



---

# Universidad de Valladolid

## Facultad de Derecho

**Doble Grado en Derecho y Administración  
y Dirección de Empresas**

### **La competencia desleal en el sector del automóvil**

Presentado por:

***Carlos Álvarez Pesquera***

Tutelado por:

***Jesús Quijano González***

*Valladolid, 28 de agosto de 2020*

# ÍNDICE

<b>1. INTRODUCCIÓN</b> .....	4
<b>2. ABREVIATURAS</b> .....	5
<b>3. MARCO JURÍDICO DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN EL DERECHO ESPAÑOL</b> .....	6
<b>3.1. LA COMPETENCIA DESLEAL: CONSIDERACIONES GENERALES</b> .....	6
<b>3.2. LEGISLACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN ESPAÑA</b> .....	9
<b>3.2.1. Antecedentes históricos</b> .....	10
<b>3.2.2. La Ley General de Publicidad</b> .....	11
<b>3.2.3. La Ley de Competencia Desleal de 1991 y la reforma de 2009</b> .....	14
<b>3.2.4. Relación entre la LCD y otras disposiciones conectadas</b> .....	20
<b>3.3. CLÁUSULA GENERAL Y ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL</b> .....	23
<b>3.3.1. Cláusula general</b> .....	23
<b>3.3.2. Actos entre competidores (arts. 5-17 LCD)</b> .....	26
<b>3.3.3. Prácticas comerciales con consumidores y usuarios (arts. 19-31 LCD)</b> .....	33
<b>3.3.4. Actos relacionados con la publicidad</b> .....	36
<b>3.4. RÉGIMEN PROCESAL</b> .....	37
<b>3.4.1. Legitimación activa y pasiva</b> .....	37
<b>3.4.2. Acciones ejercitables y prescripción</b> .....	39

<b>4. LA COMPETENCIA DESLEAL EN EL SECTOR DEL AUTOMÓVIL.....</b>	<b>42</b>
<b>4.1. CASOS ENTRE EMPRESARIOS .....</b>	<b>44</b>
4.1.1. El caso CDTI vs Opel.....	44
4.1.2. Los actos de confusión e imitación en el caso Ford.....	49
4.1.3. La guerra interna de Mazda .....	52
<b>4.2. CASOS CON CONSUMIDORES .....</b>	<b>56</b>
4.2.1. El escándalo “Dieselgate” .....	56
<b>4.3. CASOS RELACIONADOS CON LA PUBLICIDAD .....</b>	<b>65</b>
4.3.1. El anuncio del Alfa Romeo <i>Giulietta</i> .....	65
4.3.2. El anuncio del Seat León y de su equipo de competición.....	70
<b>5. CONCLUSIONES.....</b>	<b>72</b>
<b>6. BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>77</b>
<b>7. SENTENCIAS Y RESOLUCIONES ANALIZADAS.....</b>	<b>79</b>
<b>8. OTROS RECURSOS UTILIZADOS .....</b>	<b>80</b>

# 1. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo es realizar un análisis general del marco jurídico de la competencia desleal, para posteriormente centrarlo en el examen exhaustivo de la incidencia que tiene esta rama en el sector del automóvil, a través del estudio pormenorizado de algunos sucesos reales. Con esta sistemática, lo que se pretende es hacer una aproximación al tema de forma ordenada, esto es, de lo general a lo particular.

La problemática aparece porque no es suficiente con el establecimiento de normas que traten de asegurar la existencia de competencia – esto es lo que promueve la regulación de defensa de la competencia –, sino que además deben establecerse unos límites, unas reglas, buscando que aquellos que compiten en un mismo mercado lo hagan siguiendo unos modelos de conducta. En definitiva, *la pelea debe ser leal*<sup>1</sup>.

Son muchos los estudios que se han ido sucediendo en los últimos años en relación con la competencia desleal, dado lo reciente del desarrollo de la materia en comparación con otras secciones del Derecho Mercantil, pero a la vez su creciente importancia en la realidad empresarial del momento. Sin embargo, ninguno de ellos se ha centrado en concretar las consecuencias que tiene esta regulación sobre el sector automovilístico.

Este sector tiene una importancia económica espectacular: en España representa el 10% del PIB y el 19% sobre el total de las exportaciones, generando más 300.000 empleos directos y más de 2 millones de forma indirecta. Si a esto se le añade que la competencia en un sector maduro como es el de la automoción, en un mundo completamente globalizado como el actual, se caracteriza por ser feroz, el resultado es que en múltiples ocasiones los empresarios del sector optan por ciertas prácticas que no se ajustan a este comportamiento leal que viene siendo exigible. Es en este cúmulo de situaciones donde radica la importancia tanto teórica como práctica del objeto de estudio.

Por ello, en definitiva, el objetivo principal del trabajo es transmitir una visión teórico-práctica sobre la regulación de la competencia desleal a través de

---

<sup>1</sup> Arias Varona, Fco. Javier. Lecciones de Derecho Empresarial. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 85

la exposición general del tema, pero focalizado en las consecuencias que tiene la aplicación de la normativa sobre el sector automovilístico, con ánimo de comprobar la trascendencia que tiene la buena praxis en el mismo.

Como se ha indicado, con la intención de mantener la coherencia explicativa del trabajo, amén de un apartado inicial relativo a las abreviaturas utilizadas y otro final con la bibliografía y webgrafía empleadas para la documentación, este se dividirá en dos bloques principales: en primer lugar, un estudio del marco jurídico de la competencia desleal, que comenzará con unas consideraciones generales a modo de introducción específica a la materia; a continuación, el análisis normativo propiamente dicho, indicando las normas que lo componen y su evolución, los distintos supuestos que se recogen y terminando con unas referencias al sistema procesal dispuesto para defenderse frente a los mismos. Finalmente, entraremos en la parte especial del trabajo, en la cual haremos un examen de los supuestos de aplicación material de la normativa en el sector de la automoción, clasificando estos en función de la sistemática legal: actos entre empresarios, con consumidores, y relacionados con la publicidad.

## **2. ABREVIATURAS**

AN: Audiencia Nacional

AP: Audiencia Provincial

Ap.: Apartado

Art.: Artículo

CCAA: Comunidades Autónomas

CE: Constitución Española

Dir.: Directiva

DC: Derecho Civil

LCD: Ley de Competencia Desleal

LDC: Ley de Defensa de la Competencia

LGP: Ley General de Publicidad

LM: Ley de Marcas

LOCM: Ley de Ordenación del Comercio Minorista

LPI: Ley de Propiedad Industrial

SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TRLGDCU: Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

TS: Tribunal Supremo

### **3. MARCO JURÍDICO DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN EL DERECHO ESPAÑOL**

En este apartado se hará una reflexión general sobre el Derecho de la Competencia Desleal, tras la cual viene una exposición sobre la legislación reguladora de la materia, poniendo especial énfasis en los supuestos concretos de competencia desleal que están clasificados como tal en la propia normativa. Por último, se hará referencia a las acciones dispuestas para defenderse frente a estos supuestos, así como a la legitimación para ejercitarlas.

#### **3.1. LA COMPETENCIA DESLEAL: CONSIDERACIONES GENERALES**

El Derecho de la Competencia en su conjunto, como parte integrante del Derecho Mercantil que busca garantizar y proteger la competencia, parte del artículo 38 de la Constitución Española, que dispone que “*Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado*”<sup>2</sup>. Fruto de este principio de libre iniciativa empresarial surge otro principio necesario para el sostenimiento de una economía capitalista: el principio de libre competencia.

No obstante, esta rama del derecho no trabaja estrictamente sobre la clásica definición de libre competencia, entendida como principio económico según el cual el mercado se regula a través de la ley de la oferta y de la demanda, de manera que el precio de los bienes y servicios se fija exclusivamente a través del libre acuerdo de las partes que intervienen en el tráfico. Esta posición queda

---

<sup>2</sup> Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311. Artículo 38.

reforzada por el hecho de que España funciona sobre un sistema de economía social de mercado, o por el reconocimiento que hace el art. 128 CE a la iniciativa pública en la actividad económica.

De esta manera, el Derecho de la Competencia trata de garantizar la competencia entendida como aquella situación, actual o potencial, en la que existen una pluralidad de competidores independientes entre sí que concurren sobre un mismo mercado con el mismo objetivo: ofrecer bienes o servicios que satisfacen una misma necesidad.

Este derecho se halla dividido en dos categorías, que responden a las diferentes vicisitudes que vulneran la libre competencia. Por un lado, está el Derecho de Defensa de la Competencia, con base en la Ley 15/2007, de 3 de julio de 2007, de Defensa de la Competencia y cuya finalidad es sancionar las conductas que lesionan o impiden la competencia. Por otro lado se sitúa el Derecho de la Competencia Desleal, destinado a *establecer un principio de corrección en el tráfico*<sup>3</sup>, mediante el establecimiento de límites a la hora de concurrir en el mercado, y cuya ley paradigmática es la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Es sobre esta última sobre la que se centrará el trabajo, incluida la parte general, dada la enorme extensión de la materia.

Conviene hacer unas precisiones sobre los orígenes de esta materia, por lo reciente de su desarrollo legislativo en nuestro ordenamiento jurídico.

Inicialmente el Derecho de la Competencia Desleal, si bien debe tenerse en cuenta que en estos momentos no se puede hablar de la existencia de un derecho sobre estas cuestiones como tal, se concebía como “*un ordenamiento primariamente dirigido a resolver los conflictos entre competidores*”<sup>4</sup>, pues la abolición del sistema gremial trajo consigo el derecho a participar libremente en el tráfico económico, y consecuentemente, la libre concurrencia entre comerciantes. Con ella, surgió la necesidad de los empresarios de no ver perjudicada la posición que habían adquirido en el mercado a consecuencia de las prácticas incorrectas de otros empresarios rivales.

---

<sup>3</sup> García Cruces, José Antonio (2014). Finalidad y ámbito de aplicación de la Ley de Competencia Desleal. [...] *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad, Tomo II* Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 1091.

<sup>4</sup> España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 47/2013 de 19 de febrero.

La consecuencia de la concepción del Derecho de la Competencia Desleal como protector de estos intereses legítimos de los competidores, es decir, de intereses privados, es que la legitimación activa para interponer acciones frente a estos actos incorrectos quedaba reconocida solamente a los competidores que efectivamente fueran perjudicados por ellos, y siempre que se diera una relación competencial entre el actuante y el perjudicado.

En este estadio inicial la poca normativa que había sobre la materia se hallaba dispersa en preceptos sueltos de otras leyes, estando especialmente vinculada a la propiedad industrial. En este sentido, el transcurso de esta noción primaria del Derecho de la Competencia Desleal a la actual se produce gradualmente a causa de dos factores.

El primero de ellos es el surgimiento del Derecho de la Competencia, conformado ya como un derecho propio, cuyo punto de partida puede situarse en el Convenio de la Unión de París sobre propiedad industrial.

Acto seguido se promulga la Sherman Antitrust act estadounidense de 1891, que buscaba prevenir que se dieran situaciones de monopolio. A partir de aquí, fue surgiendo todo un derecho antitrust que estuvo hasta finales del S. XX mucho más centrado en la defensa de la competencia que en la competencia desleal, si bien fue sentando también las bases de este último.

Esta normativa *antitrust* penetró con fuerza en Europa tras la Segunda Guerra Mundial, cambiando la mentalidad existente acerca de la libre competencia en los países del viejo continente, los cuales presentaban, con más o menos divergencias, un modelo de economía social de mercado. Así, esta pasa de verse como un derecho exclusivo de aquellos que compiten en el mercado, a entenderse como un elemento indisoluble del modelo económico, requiriendo una tutela jurídica especial. Es decir, surgió un interés público en la protección de la libre competencia, para de esta manera garantizar el apropiado funcionamiento del sistema económico, ya que era considerada como el mecanismo por excelencia para una óptima asignación de recursos.

Esto provocó que el empresario pasara de tener un derecho a competir, a tener un correlativo deber de competir, de forma que si evita, restringe o realiza prácticas incorrectas en su actuar competitivo, será sancionado.

El segundo elemento no sólo ha influido en el derecho de la competencia sino que tenido una gran incidencia en el ordenamiento jurídico en general: la consagración del principio de tutela de los consumidores y usuarios, que ha venido de la mano del desarrollo del consumo en masa, por la generalización de una contratación estandarizada y homogénea que deja como parte débil a los consumidores y usuarios. Actualmente este principio tiene un reconocimiento constitucional otorgado por el art. 51 CE<sup>5</sup>.

No obstante, este principio va mucho más allá de la tutela de los intereses particulares de cada consumidor individualmente considerado, alcanzando la tuición de la propia figura del consumidor y la función indispensable que cumple en el mercado, que no es otra que la de ejercer el papel de árbitro en las relaciones que se suceden en el mismo.

De esta manera, se da la afirmación de este principio en la normativa sobre competencia desleal en cuanto a que busca *“permitir que la decisión del consumidor y usuario en el mercado se alcance en razón del esfuerzo competitivo del oferente y no de un actuar incorrecto que, de alguna manera, viniera a viciar tal decisión”*<sup>6</sup>.

En resumen, la evolución del Derecho de la Competencia Desleal se ha producido por el progresivo reconocimiento de los diversos intereses que concurren en el actuar competitivo del mercado, y por tanto, en el sistema económico-social de cualquier estado.

### **3.2. LEGISLACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN ESPAÑA**

El estudio de la misma se centrará en la Ley de Competencia Desleal y la reforma que sufrió en 2009 fruto de la Directiva 2005/29/CE – y de manera secundaria de la Directiva 2006/114/CE –, si bien se añadirá un análisis sobre los antecedentes legislativos y la Ley General de Publicidad. El apartado finalizará con un comentario sobre las relaciones existentes entre la LCD y otras normativas, habida cuenta de lo frecuente de la superposición normativa.

---

<sup>5</sup> Art. 51.1 CE: *“Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”*.

<sup>6</sup> García Cruces, José Antonio. *Op. Cit.* p. 1096.

### 3.2.1. Antecedentes históricos

En este apartado toca volver a hacer mención al Convenio de la Unión de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 1883, del cual España es firmante originario. Este tratado otorga en su art. 10 bis una protección contra la deslealtad en la competencia, a través de una cláusula general unida a algunos supuestos concretos de deslealtad - actos de confusión o falsedad en las afirmaciones sobre los competidores -, si bien esta salvaguarda se encuentra únicamente vinculada a los derechos de propiedad industrial.

Tratados internacionales aparte, la primera manifestación legislativa sobre la competencia desleal en España tiene lugar con la Ley de Propiedad Industrial de 16 de mayo de 1902, si bien con un carácter muy restringido, dado que también estaba exclusivamente conectada al Derecho de Propiedad Industrial, tal como se deriva del concepto recogido en su art. 131<sup>7</sup>. Además, esta ley tenía un sesgo penal, en la cual no se recogía una cláusula general de protección, sino tan sólo ciertos supuestos de engaño, confusión e imitación, cuya sanción tenía el citado carácter penal.

Por otro lado, esta norma recoge la concepción primaria del Derecho de la Competencia Desleal, es decir, como únicamente protector de los intereses de los empresarios concurrentes, ignorando la evolución que ya en ese momento estaba teniendo lugar.

Posteriormente, en 1929 se aprueba el Estatuto de la Propiedad Industrial, que en el Capítulo I de su Título VII tipifica como delito, es decir, manteniendo el carácter penal, determinados supuestos de falsificación, usurpación e imitación vinculados a los elementos propios de una marca o al nombre y rótulo comerciales. Por otro lado, no deroga los arts. 131 y 132 LPI.

La siguiente etapa del desarrollo tuvo lugar con la Ley 61/1964, de 11 de junio, por la que se aprobó el Estatuto de la Publicidad. Si bien su regulación se limitaba a establecer la lealtad conductual en la actividad publicitaria, introdujo una importante novedad: más allá de los casos tipificados de confusión, publicidad denigratoria, etc., recogió en su texto una cláusula general de

---

<sup>7</sup> El art. 131 LPI dispone que “*Se entiende por competencia ilícita toda tentativa de aprovecharse indebidamente de las ventajas de una reputación industrial ó comercial adquirida por el esfuerzo de otro [...].*”

prohibición<sup>8</sup>, original en derecho español, habida cuenta de la dificultad de normar unas prácticas tan cambiantes de forma casuística.

Esta ley estableció tanto una vía administrativa como judicial para reclamar frente a estos supuestos de deslealtad en la publicidad, si bien no tuvieron mucha eficacia, tanto por la aplicación laxa de la normativa por parte de los jurados administrativos como por la lentitud de la vía judicial.

Con la aprobación de la Constitución Española de 1978 y la liberalización de la economía se hizo necesario un cambio radical en el marco jurídico, de forma que la nueva regulación estableciera una protección eficaz de todos los intereses frente a los supuestos de competencia desleal.

En este contexto, se aprobó la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas, que derogó los arts. 131 y 132 LPI, y en lo que respecta a la competencia desleal, estableció una cláusula general muy similar a la del Estatuto de la Publicidad y una serie de supuestos concretos, remitiendo en lo relativo a las acciones ejercitables a lo establecido en la propia ley para otro tipo de supuestos relacionados con la propiedad industrial. No obstante, es importante destacar que estos artículos se configuraron como la antesala de lo que actualmente es el verdadero régimen jurídico de la competencia desleal: la Ley General de Publicidad y sobre todo, la Ley de Competencia Desleal.

Antes de pasar a analizar ambas disposiciones, conviene señalar que la Ley de Marcas de 1988 en la actualidad se encuentra derogada y son de aplicación entre otros, el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas y la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes. Su objeto de protección también debe ser considerado desde la óptica competitiva, planteándose la relación entre estas reglas y la LCD.

### **3.2.2. La Ley General de Publicidad**

El siguiente paso en la cadena evolutiva del Derecho de la Competencia Desleal se da con la Ley General de Publicidad, de 11 de noviembre de 1988.

---

<sup>8</sup> El art. 10 del Estatuto de la Publicidad disponía en su párrafo 2º que “Se considera desleal la actividad publicitaria [...] que sea contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles”.

Esta nueva regulación acoge el concepto comunitario de publicidad, definiéndola como *“Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”* (art. 2 LGP, de 11 de noviembre).

Su articulado recogía algunos casos de publicidad ilícita, los cuales eran clasificados dicotómicamente en dos grupos: actos de publicidad engañosa, vinculados a la protección de los intereses de los consumidores; y actos de publicidad desleal, asociados al interés de los empresarios concurrentes. Una dualidad esta, desfasada y que no respondía a la composición de intereses tutelados por la creciente legislación en el campo. No obstante, fue superada *de facto* por la LCD, los principios de libre competencia y tutela de los consumidores y usuarios y la reforma introducida por la Ley 29/2009.

En lo atinente a la técnica jurídica, contenía algunos tipos concretos de publicidad que se consideran ilícitos, como la publicidad engañosa, la publicidad sobre determinados bienes y servicios o la publicidad subliminal. En este sentido, presentaba un cierto continuismo con el Estatuto de la Publicidad. Existía una especie de cláusula general dentro de los supuestos de publicidad desleal, pero fue suprimida en las sucesivas reformas, rompiendo en este punto con las normas anteriores y con la subsiguiente Ley de Competencia Desleal. Por último, y de forma algo deficiente, la regulación disponía una serie de acciones y regulación procesal específicas en la materia.

Pese a su denominación, la LGP no recoge al completo los supuestos de publicidad ilícita, sino que algunos de ellos, como el etiquetado y publicidad de productos industriales destinados a la venta directa, se encuentran regulados en reales decretos o reglamentos estatales o autonómicos.

Esta ley sufrió una profunda reforma con la trasposición de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, y la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, a través de la Ley 29/2009, que

no sólo modifica el régimen de la competencia desleal sino también el de la publicidad buscando una mejor protección de los consumidores y usuarios.

Cabe hacer un breve apunte: mientras que como tendremos ocasión de ver la Directiva 2005/29/CE buscaba una armonización de máximos, la Directiva 2006/114/CE realizaba por lo general una armonización de mínimos, es decir, en cuestiones de publicidad engañosa y comparativa que afectara a otros competidores, podía regularse de forma más restrictiva por los Estados.

Tras la reforma, su art. 1 pasa a reconocer que la publicidad ilícita no sólo se regula por la propia LGP y las normas especiales en la materia sino también por la LCD, buscando una mayor coordinación normativa por lo que respecta a los actos de publicidad considerados desleales por la ley de publicidad.

Amén de esto, en lo concerniente a los actos concretos de publicidad ilícita, deroga lo dispuesto en la LGP sobre publicidad engañosa, desleal<sup>9</sup> y agresiva, pasando estos supuestos a regularse en la Ley de Competencia Desleal dentro de las prácticas agresivas, los actos comparativos, de engaño, etc., pero considerados en general.

Por otro lado, la regulación específica de las acciones que se podían ejercer frente a los actos de publicidad ilícita recogidos en la LGP también queda derogada, pues había provocado serias dificultades en su aplicación, tanto por la existencia de ciertos requisitos para interponerlas, *v. gr.* el requerimiento previo necesario para ejercer las acciones de cesación y rectificación; como por la incertidumbre acerca de la posibilidad de interponer también las acciones contempladas en la LCD<sup>10</sup>. De esta manera, el actual art. 6.1 LGP dispone que *“Las acciones frente a la publicidad ilícita serán las establecidas con carácter general para las acciones derivadas de la competencia desleal por el capítulo IV de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal”*, de forma que ya no existe esta duplicidad de regímenes procesales.

Finalmente, en el epígrafe 4.1.4, comentaremos la vinculación que presenta la propia Ley General de Publicidad con la Ley de Competencia Desleal, aunque ya estamos en grado de adelantar que la reforma operada por

---

<sup>9</sup> Según la redacción inicial de la LGP aquí quedaban incluidas la publicidad denigratoria, la confusionista y la comparativa.

<sup>10</sup> Sarazá Jimena, Rafael (1 de noviembre de 2019): La nueva regulación de la publicidad ilícita. Sevilla: Lefebvre.

la Ley 29/2009 solucionó en gran medida los problemas de compatibilidad entre ambas normativas.

### **3.2.3. La Ley de Competencia Desleal de 1991 y la reforma de 2009**

La aprobación de la Ley de Marcas y de la Ley General de la Publicidad suplió en cierto modo el descuido del legislador español hacia la cuestión de la deslealtad en la competencia. No obstante, el producto que había obtenido era una regulación dispersa y fragmentada que, aunada a su carácter incompleto y a la debilidad de su sistema sancionador, con el tiempo habría limitado en gran medida su aplicabilidad práctica.

De esta manera, la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal vino a poner fin a estas deficiencias, buscando crear un marco regulatorio unitario que proporcionara seguridad jurídica y eficacia a la hora de tipificar y sancionar la generalidad de las conductas desleales en el actuar competitivo. Supone la primera regulación sistemática y completa de la competencia desleal en nuestro país, con una gran altura técnica<sup>11</sup>.

Esta ley venía siendo reclamada desde hacía tiempo principalmente por tres motivos: primeramente, el auge de los intercambios comerciales internacionales había abierto las puertas a un crecimiento empresarial, y consecuentemente a una competencia, sin precedentes, lo que a su vez requería una normativa consistente que protegiera de nuevas prácticas abusivas en el actuar competitivo; en segundo lugar, la LCD respondía a la necesidad de equiparar la regulación concurrencial española al ordenamiento comunitario e internacional tras su entrada en la CEE en 1986. Por último, se erigió como plasmación legislativa de los principios constitucionales que hemos venido exponiendo: libre iniciativa empresarial y libre competencia (art. 38 CE), y protección de los consumidores y usuarios (art. 51 CE).

Para responder a estos desafíos, la elaboración de la ley estuvo presidida por una serie de principios y metas, “a saber, generalidad, modernidad e institucionalidad, y supuso una amplia renovación de la hasta el momento vigente

---

<sup>11</sup> Massaguer, José. Comentario a la Ley de Competencia Desleal. Madrid: Civitas Ediciones, 1999, p. 55.

regulación de la deslealtad en el triple plano de la orientación, la configuración y la realización de la disciplina”<sup>12</sup>.

Esto supone que la Ley de Competencia Desleal consagró el cambio de tendencia que venía produciéndose ya desde hacía tiempo: abandonó definitivamente la idea del derecho de la competencia desleal como solucionador de conflictos entre empresarios y es la propia competencia lo que pasa a ser objeto de protección<sup>13</sup>. Esta nueva orientación permitió componer en su interior el conjunto de intereses vinculados a un correcto y transparente funcionamiento del mercado.

En el plano sustancial esto se tradujo en la configuración de los caracteres generales que requiere toda práctica para poder ser considerada desleal, y que aún hoy se mantienen: que el acto se lleve a cabo en el mercado y que se realice con fines concurrenciales<sup>14</sup> (es decir, el ámbito objetivo - art. 2 LCD), sin necesitarse otros requisitos más allá de estos para que la conducta quede dentro del campo de aplicación de la ley.

Además, derivado de la consideración de esa concurrencia de intereses diversos, para que nos encontremos ante un comportamiento desleal no es necesario que ninguno de los individuos – infractor y paciente – sean empresarios o competidores, siendo la LCD “*aplicada a cualquier persona, física o jurídica, que participe en el mercado*” (art. 3 LCD, de 10 de enero).

Su sistemática, a la cual dedicamos ahora unas palabras, es la propia de una norma de prohibición, esto es, recoge tanto los comportamientos prohibidos como las técnicas de protección frente a ellos.

Así, en lo concerniente a la técnica jurídica, y en correlación con la modernidad pretendida, la ley abrió la parte dispositiva con una cláusula general de carácter muy amplio, puesto que prescribía como desleales cualesquiera conductas contrarias a la buena fe. Su extensión resultaba de importancia capital para que la legislación fuera eficaz, toda vez que las prácticas anticompetitivas evolucionan con rapidez y es muy complicado establecer una mera regulación caso por caso.

---

<sup>12</sup> Massaguer, José. *Op. cit.* p. 34.

<sup>13</sup> Esta es la finalidad que recoge el art. 1 LCD.

<sup>14</sup> Lo cual como señala el propio art. 2.2 LCD significa que sea apto para “para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero”.

Sin perjuicio de lo ahora señalado, esta amplitud no obstaba para una también vasta tipificación de las actuaciones concretas consideradas como desleales – desarrolladas en el siguiente epígrafe –, buscando proporcionar una mayor seguridad jurídica desde dos puntos de vista contrapuestos: mientras que en unos casos disponía la ilicitud de prácticas específicas, en otros estaba más bien destinada a tolerar el comportamiento restringiendo su consideración como desleal<sup>15</sup>.

Por último, recogía un sistema procesal y sancionador mucho más completo que sus predecesoras, contemplando numerosas acciones que era posible ejercitar frente a un ilícito concurrencial, para evitar que este quedase impune. Este amplio abanico de posibilidades se completaba con una mayor legitimación activa para ejercerlas, que salía del plano privado para entrar en el colectivo<sup>16</sup>. Además, este capítulo culminaba con tres especialidades procesales propias que garantizaban la eficacia de la ley: diligencias preliminares, destinadas a obtener información para la planificación del proceso; medidas cautelares específicas en la materia; y una inversión de la carga de la prueba en contra del supuesto infractor a discreción del juez.

Por otra parte, en lo atinente a la distribución de competencias, la legislación sobre competencia desleal está reservada en exclusiva al estado, como se extrae de la propia Constitución<sup>17</sup> y de la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual existe un límite tácito a la competencia de las Comunidades Autónomas situado en la necesidad de garantizar la unidad de mercado a nivel nacional.

Esto ha hecho que el legislador “fuera muy escrupuloso a la hora de delimitar el objeto y el campo de su regulación”, distinguiéndolo del “comercio interior” y de la tutela de “consumidores y usuarios”<sup>18</sup>, materias en las que las CCAA asumen competencias. Esto es, debe quedar claro que por el hecho de

---

<sup>15</sup> La LCD quería evitar que por el mero hecho de que una conducta fuera molesta para otro competidor en el mercado, pudiera ser calificada directamente como desleal.

<sup>16</sup> El art. 19.2 LCD ampliaba la legitimación activa tanto a las asociaciones cuya finalidad es proteger los intereses de los consumidores como a las asociaciones profesionales.

<sup>17</sup> Los arts. 149.1. 6º, 8º y 13º establecen la competencia estatal exclusiva de la legislación mercantil, las bases de las obligaciones contractuales y de las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.

<sup>18</sup> Massaguer, José. *Op. Cit.* 37

que la tuición de los consumidores haya inspirado la redacción de la LCD, no invade competencias asumidas por las comunidades.

Expuestas las características generales de la ley, toca pasar a hablar de la reforma que experimentó como consecuencia de la Ley 29/2009 que traspuso la Directiva 2005/29/CE, sobre prácticas comerciales desleales con los consumidores.

Esta directiva se ha erigido como la norma más completa elaborada en el seno de la Unión Europea, logrando una verdadera armonización a nivel continental en torno a las prácticas comerciales<sup>19</sup> realizadas por las empresas en sus relaciones con los consumidores, que afectan de manera directa y perjudicial a sus intereses económicos. Si bien es cierto que existían numerosas directivas que protegían supuestos específicos de deslealtad –conductas publicitarias, prácticas relacionadas con ciertos productos como bebidas alcohólicas, etc. –, no existía en la práctica una aproximación entre las regulaciones nacionales por el marcado carácter parcial de tales directivas<sup>20</sup>.

Por otra parte, en pos de la armonización pretendida, se ha conformado como una directiva marco, una directiva de máximos. Esto quiere decir que los Estados Miembro, a la hora de transponerla, no pueden recoger en sus legislaciones nacionales conductas más restrictivas que las señaladas por la directiva, ni siquiera pretendiendo una protección mayor de los consumidores.

En cuanto a su técnica jurídica, presenta la habitual cláusula general, en este caso de prohibición de las prácticas comerciales desleales, desarrollada en particular para las conductas engañosas y agresivas; además de una lista negra de comportamientos dispuesta en su Anexo I que se consideran desleales por sí mismos.

Conviene hacer una referencia a los efectos que ha tenido sobre la LCD a través de la Ley 29/2009, a la vez que se analiza el plano sustantivo de la citada directiva, esto es, sus ámbitos objetivo y subjetivo.

---

<sup>19</sup> Este concepto abarca y supera la noción española de conducta desarrollada en el mercado con una finalidad concurrencial, como veremos ahora.

<sup>20</sup> Massaguer, José. El nuevo derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006, p. 11-30 *passim*.

Por lo que se refiere al ámbito objetivo, la Directiva es de aplicación a las prácticas comerciales, que según su art. 2.4 d) son “*todo acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores*”. En otras palabras, es una noción muy amplia que recoge todo tipo de actuaciones y omisiones destinadas directamente a la venta o promoción.

Merece la pena destacar que dentro de estas actuaciones queda incluida la publicidad, buscando eliminar las diferencias existentes en las regulaciones nacionales entre la labor publicitaria y los comportamientos desleales en general. Esto supone que en las leyes de trasposición de la directiva debe darse un tratamiento común a las formas de represión frente a las prácticas comerciales desleales, incluyendo, por tanto, a la publicidad. El legislador español dio cumplimiento a esta exigencia, aunque de una forma un tanto desordenada, puesto que si bien es cierto que fruto de la trasposición en la misma ley de la posterior Directiva 2006/114/CE, la publicidad engañosa, la desleal y la agresiva pasaron a regularse dentro de los actos concretos de la LCD, para el resto de supuestos se limitó a establecer en el art. 18 LCD que “*La publicidad considerada ilícita por la Ley General de Publicidad, se reputará desleal*”. En definitiva, mantuvo la duplicidad de normativas en lo que a la tipificación de algunas conductas publicitarias se refiere.

La directiva también incorporó dentro de este concepto de prácticas comerciales a la actividad de comercialización, entendida como aquellas actuaciones “relacionadas con la preparación, realización y ejecución de los contratos”<sup>21</sup>. El legislador español incorporó este mandato en el art. 2.3 LCD<sup>22</sup>.

Dentro del terreno subjetivo, existe una mayor concreción: para que sea de aplicación, tales actuaciones deben ser realizadas exclusivamente por empresas, entendidas como personas físicas o jurídicas que realizan estas conductas con un fin vinculado a su actividad económica<sup>23</sup>; y solamente en sus

---

<sup>21</sup> Massaguer, José. *Op. Cit.* p. 19.

<sup>22</sup> Art. 2.3 LCD: “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”.

<sup>23</sup> Como señala Massaguer, quedan incluidas las personas que realizan estas actividades en nombre o por cuenta de una de estas empresas o comerciantes.

relaciones con los consumidores, que son considerados como tales aquellas personas físicas cuyo proceder no tiene un fin conectado a una actividad económica, profesión, negocio u oficio, esto es, no se va a utilizar el bien o servicio con una finalidad inserta en el marco de estas actividades. Esta noción de consumidor es la que se venía utilizando ya en la regulación comunitaria anterior, en la Ley de Competencia Desleal y en la Ley General de Publicidad.

Finalmente, es importante destacar que para que la directiva sea de aplicación no basta con cumplir los requisitos objetivo y subjetivo ahora analizados, sino que las prácticas comerciales deben perjudicar, o al menos ser susceptibles de hacerlo, directamente los intereses económicos de estos últimos. Según la directiva, a los efectos de la deslealtad, los intereses económicos de los consumidores son aquellos que se hallan vinculados a la toma de decisiones sobre transacciones económicas, y más en concreto, a la libertad y racionalidad empleadas a la hora de adoptar tales elecciones.

Tal interpretación, por tanto, deja fuera a las prácticas comerciales que puedan afectar a la salud y seguridad de los consumidores, a las que perjudiquen los intereses de otros empresarios o a las que supongan un menoscabo de los intereses colectivos de los consumidores en cuanto tales o de los intereses generales, siempre y cuando no vayan acompañadas de una actuación que vaya en detrimento de sus intereses económicos.

Esta consideración hace que la aplicabilidad de la directiva tenga un espacio mucho más reducido que el que presentan la LCD y la LGP, que protegen de los actos de competencia desleal o de publicidad ilícita, independientemente de si los intereses afectados lo son de otras empresas, de los consumidores o incluso se refieren a los intereses generales del mercado.

En definitiva, como resultado de la modificación provocada a raíz de la Ley 29/2009 a causa de la Directiva 2005/29/CE, se ha producido una alteración de gran magnitud en la sistemática tradicional, introduciendo dentro de la cláusula general una especie de subcláusula para el ámbito de las prácticas desleales que afecten a los consumidores y usuarios; y pasándose a distinguir entre los comportamientos prohibidos en relación con otros competidores (los actos clásicos que ya venían recogidos en la primera LCD, arts. 5-18 LCD, que también sufren algunos cambios) y aquellos no permitidos en relación con los

consumidores (lo recogido en el Anexo I, introducidos todos ellos a raíz de la Ley 29/2009, arts. 19-31 y cumpliendo ciertos requisitos, 5, 7 y 8 LCD).

Dicho de otro modo, se ha producido “una fragmentación subjetiva del régimen de represión de competencia desleal, en función de la naturaleza y la titularidad de los intereses perjudicados por las actuaciones desleales, más especialmente cuando hablamos de los intereses de los consumidores”<sup>24</sup>.

No obstante, lo que ha permanecido indemne es la técnica jurídica que sigue la regulación, manteniendo la cláusula general de prohibición combinada con una enumeración casuística de carácter no exhaustivo.

#### **3.2.4. Relación entre la LCD y otras disposiciones conectadas**

A pesar de la buena crítica que por lo general merece la Ley de Competencia Desleal, uno de sus principales aspectos negativos es la relación, y en muchos casos superposición, entre esta y otras normativas relacionadas que hemos venido comentando.

Por lo que respecta a las normas protectoras de la propiedad industrial e intelectual (Ley de Marcas, Ley de Patentes y Ley de Propiedad Intelectual), la Ley de Competencia Desleal ha derogado expresamente lo dispuesto específicamente contra la competencia desleal en la Ley de Marcas. En el resto de cuestiones, atendiendo a la doctrina mayoritaria, el objeto directo de salvaguarda en estas normativas es distinto a la corrección concurrencial propia de la Ley de Competencia Desleal, y también lo es la forma de protegerlo. Así, parece que, dándose los requisitos, ante una misma conducta, son de aplicación todos los órdenes normativos, pero con carácter alternativo, y no concurrente (acumulación de acciones sobre un mismo punto) ni excluyente<sup>25</sup>.

En lo concerniente a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, a pesar de la diversidad de objetos – la LOCM establece el régimen jurídico del comercio minorista y de ciertas ventas especiales y actividades de promoción comercial – , no son compartimentos estancos. El problema queda salvado por el art. 15 LCD, que dispone que se considera desleal prevalerse en el mercado de una

---

<sup>24</sup> Massaguer, José. *Op. cit.* p. 155.

<sup>25</sup> García Cruces, José Antonio. *Op. Cit.* p. 1099.

ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de leyes, de forma que ante una infracción de estas características de la LOCM, pueden utilizarse las acciones previstas en la LCD más allá de las dispuestas por la primera.

Tras la reforma operada por la Ley 29/2009, la tesis ha cambiado a favor de una coincidencia interpretativa y sustantiva entre ambas en relación con las conductas que afectan a los intereses de los consumidores y puedan alterar su comportamiento económico, puesto que la Directiva 2005/29/CE se configura como una norma de máximos y no se pueden considerar como ilícitas ni prácticas comerciales ni conductas en general más allá de lo tipificado en la directiva, como ocurría en ciertas ocasiones dentro de la LOCM.

En lo atinente al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, no se plantean problemas: existe absoluta compatibilidad entre ambos textos legales, dado que tienen un ámbito subjetivo diverso (consumidores y usuarios vs el interés general del mercado, que supone una ampliación de los intereses tutelados más allá de dichos consumidores y usuarios); y el TRLGDCU presenta unos remedios orientados a una acción administrativa más rápida que la vía judicial de la LCD.

Por último, y más importante, está la relación con la LGP: ambas disposiciones han regulado la cuestión de la publicidad ilícita, que, teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto sobre la definición de publicidad recogida en el art. 2 LGP y lo dispuesto en la Directiva 2005/29/CE, resulta obvio que puede enmarcarse dentro de la noción general de acto desleal.

Sin embargo, la conexión entre ambas ha sido realmente conflictiva. Inicialmente, con la promulgación de la LCD se sostenía por la doctrina todo tipo de posturas: desde aquellas que exigían la derogación de la LGP a favor de la LCD en lo referente a la publicidad ilícita hasta las que afirmaban el carácter general de la LCD y especial de la LGP, pasando por aquellas que reclamaban la convivencia entre ambas normas, siendo aplicadas conjunta o alternativamente, pero teniendo la Ley de Competencia Desleal una función interpretativa que era de aplicación a las disposiciones materiales de la Ley General de Publicidad.

Esta última era la posición mantenida por Massaguer, quien a pesar de ser un vehemente defensor de la derogación de la LGP por lo que respecta a la publicidad ilícita, reconocía que no era tal lo dispuesto en el texto de la LCD ni las intenciones del legislador, que había mantenido expresamente la vigencia – tanto formal como material – de la primera.

Así, existía un escenario de gran incertidumbre en torno a los actos desleales que merecieran la consideración de actividad publicitaria. Siempre siguiendo a Massaguer (1999), la tesis correcta debía sostener la primacía de la Ley de Competencia Desleal sobre la Ley General de Publicidad en el plano sustantivo, puesto que la publicidad engañosa y desleal no son una parte especial dentro de los actos realizados en el mercado con fines concurrenciales<sup>26</sup>, y además, la LCD contiene expresamente menciones sobre su aplicabilidad a la actividad publicitaria. Por otro lado, los principios generales de la LCD tienen fuerza interpretativa respecto de algunos contenidos sustantivos de la LGP, como lo relativo al significado de “buenos usos mercantiles” de su antiguo art. 6 b).

El resultado de esta postura era que en la práctica debería considerarse un único régimen sustantivo de la publicidad, saldándose a favor de la Ley de Competencia Desleal los conflictos materiales entre ambas. En el terreno de las acciones que era posible ejercitar la solución daba lugar a la posibilidad de que hubiera un concurso de acciones. No obstante, la cuestión no quedó zanjada hasta que se pronunció en este mismo sentido el Tribunal Supremo<sup>27</sup>.

A pesar de solucionar la controversia judicialmente, los problemas interpretativos suscitados continúan hasta la entrada en vigor de la Ley 29/2009, que no sólo traspuso las directivas antes comentadas sino que intentó poner fin al debate reformando los aspectos sustantivo y procesal de la publicidad ilícita. En este sentido y sin alargarnos más deroga todo lo atinente tanto a la publicidad engañosa, desleal y agresiva, como al sistema procesal, recogidos en la Ley General de Publicidad, concentrando estas cuestiones en la Ley de Competencia

---

<sup>26</sup> Es esta la postura que se recoge en el propio preámbulo de la LCD, que dispone que la ley “adopta una perspectiva unitaria del fenómeno concurrencial”.

<sup>27</sup> España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 515/2005 de 4 julio.

Desleal a través de una estructura de remisiones recíprocas, buscando una mayor coordinación entre ambas regulaciones.

### **3.3. CLÁUSULA GENERAL Y ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL**

En este apartado analizaremos tanto la cláusula general como los grupos de actuaciones concretas que merecen la consideración de desleales, centrándonos por razones de oportunidad en aquellas que tienen más incidencia en el sector de la automoción.

En cuanto a la metodología, buscando respetar la sistemática legal, dentro de los actos relacionados con la publicidad se hará referencia exclusivamente a los recogidos en la Ley General de Publicidad, y no a los que actualmente se encuentran regulados dentro de la Ley de Competencia Desleal en tipos más generales, como puede ser la publicidad engañosa, denigratoria, confusionalista...<sup>28</sup>. De la misma manera, aquellas prácticas que merezcan la consideración de desleales en una doble vertiente – con los competidores y en las relaciones con consumidores y usuarios –, serán objeto de un análisis dual.

#### **3.3.1. Cláusula general**

La cláusula general de deslealtad competitiva se recoge en el art. 4 LCD, de forma realmente amplia. Su importancia radica en que establece un criterio general para valorar la deslealtad de una conducta competitiva más allá de los supuestos concretos tipificados, lo cual como ya hemos señalado permite incorporar los supuestos no previstos, bien por darse con escasa frecuencia, bien por ser casos surgidos a raíz de la evolución del actuar competitivo en el mercado. Esto conlleva que si una conducta es subsumible en alguno de los tipos concretos recogidos en la LCD, no podrá ser de aplicación la cláusula general. En suma, al tener sustantividad propia<sup>29</sup>, evita la obsolescencia de la normativa y la hace eficaz y operativa en el transcurso del tiempo.

A raíz de la reforma introducida por la Ley 29/2009, esta cláusula general ha quedado dividida en “dos reglas”: la cláusula general común y la cláusula general relativa a las relaciones con consumidores y usuarios. No obstante,

---

<sup>28</sup> Velasco, L. A. (2017). Competencia desleal y publicidad (1). Revista de derecho de la competencia y la distribución. (Nº 21), p. 4.

<sup>29</sup> En este sentido se manifiesta la STS 1915/2012, de 7 de marzo.

ambas comparten rasgos comunes en lo que a su objeto, el acto de competencia desleal, se refiere: “es un ilícito objetivo, de peligro y de naturaleza extracontractual”, Massaguer, J (*apud* García Cruces, J.A.).

Que sea de peligro implica que para que nos encontremos ante un comportamiento desleal, no es necesario que se produzca un resultado perjudicial, sino que basta con que pueda producirse. La objetividad supone que es irrelevante la existencia o no de una intención subjetiva de perjudicar, aunque de su presencia depende la posibilidad de ejercitar la acción de indemnización de daños y perjuicios. Por último, que sea extracontractual supone que la deslealtad proviene de incumplir un deber general y no un contrato previo entre las partes. Partiendo de esta base, comentaremos sucintamente las “dos reglas” de la cláusula general.

#### 3.3.1.1. *Cláusula general común*

Se recoge en el primer inciso del art. 4.1 LCD, y no ha visto modificado su contenido desde la redacción original. Esta dispone que “*Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe*”. Siguiendo un criterio de exclusión, es de aplicación a todos los supuestos en los que no participe un consumidor o usuario.

En lo que se refiere a su alcance, plantea problemas por su amplitud y generalidad el concepto jurídicamente indeterminado “*objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe*”. Sin embargo, es esta redacción tan simple y técnicamente correcta la que verdaderamente permite al art. 4 LCD ejercer las funciones pretendidas con el establecimiento de una cláusula general.

Como ya hemos considerado para ambas cláusulas, el precepto se refiere a una buena fe objetiva. Por lo que respecta a que sea “*contrario a las exigencias de la buena fe*”, estamos ante un concepto dinámico, dependiente de la evolución de las pautas culturales y prácticas comerciales. A pesar de ello, atendiendo a la finalidad de la ley, es posible afirmar que se contravienen estas exigencias cuando se ejercita de forma abusiva el derecho de libertad de empresa, lo que significa que el agente no está compitiendo en el mercado basándose en su propio esfuerzo o en la bondad de las prestaciones que ofrece, sino en una

actuación torticera, que aunque no vaya dirigida a los consumidores, pueda alterar la racionalidad de sus decisiones.

### 3.3.1.2. *Cláusula general en las relaciones con consumidores y usuarios*

Se contiene en el segundo inciso y demás apartados, introducida como consecuencia de la trasposición de la Directiva 2005/29/CE, entrando en juego cuando el destinatario de la práctica es un consumidor o usuario persona física. Esta dispone que: *“En las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica.”*

Buscando realizar una vinculación formal con la cláusula común, parece que mantiene el concepto de buena fe pero concretado en el ámbito de las prácticas con los consumidores, requiriéndose particulares exigencias. Ha sido muy criticado, pues el legislador ha tenido que hacer una interpretación auténtica de alguna de ellas en los siguientes apartados, como vemos ahora:

- La diligencia profesional exigida atiende a criterios objetivos, a saber, que sea acorde con las prácticas honestas del mercado. Estas son entendidas como aquellas que permiten al consumidor tomar decisiones libres e informadas, es decir, que no modifiquen o puedan modificar, de forma más notable que en el caso anterior, su comportamiento económico en el mercado.
- Este comportamiento económico en el mercado es aquel relacionado con aspectos esenciales de la contratación, como influir en la selección de una oferta, la contratación definitiva de un bien o servicio, etc. Este concepto de alterar el comportamiento económico se toma también en los actos concretos.

- A la hora de valorar una conducta como desleal, se atiende al consumidor medio, que según la doctrina del TJUE es aquel “normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz”. Asimismo, para establecer quién es este consumidor medio, habrá que estar quién se dirige la práctica, pues puede ser la generalidad de los consumidores o sólo un grupo de ellos. Dentro de este campo, el art 4.3 LCD termina haciendo una llamada especial a que hay determinados sectores de la población que, por ser consumidores y usuarios especialmente vulnerables (por discapacidad, edad, etc.), deben de ser considerados aparte a la hora de determinar la posible influencia de una práctica comercial.

Para terminar, es importante destacar que la aplicabilidad de ambas reglas de la cláusula general es en la práctica reducida dada la extensión de las conductas concretas tipificadas.

### **3.3.2. Actos entre competidores (arts. 5-17 LCD)**

En este conjunto de preceptos se regulan los actos clásicos, recogidos desde la redacción inicial, lesivos para otros competidores. Vamos a dividirlos en cinco grupos distintos atendiendo a sus características:

#### *3.3.2.1. Prácticas engañosas (arts. 5 y 7 LCD)*

Las conductas engañosas suponen la categoría más tradicional de actos de competencia desleal, teniendo un papel predominante en la regulación por presentar elementos propios del dolo y del error que las vuelven aptas para distorsionar la toma de decisiones por parte de los consumidores.

. Tras la reforma operada por la Ley 29/2009 presentan una estructura compleja: una base general común independiente del destinatario, constituida por los actos de engaño del art. 5 LCD y las omisiones engañosas del art. 7; y una parte que se aplica exclusivamente a las relaciones con consumidores, que son engañosas *per se*, en los arts. 21-27.

Respecto a los actos de engaño, el art. 5 señala que es desleal por engañosa toda conducta que contenga información falsa o, que aun siendo

veraz, por su contenido o presentación pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico.

De esta manera, la información falsa sería aquella que no se corresponde con la realidad, y la información veraz susceptible de inducir a error se refiere a la que siendo verdadera en un plano abstracto, genera una interpretación incorrecta en el consumidor medio. Cuando se habla de “por su presentación”, se hace referencia a la publicidad encubierta, que es aquella que no se percibe como tal por los consumidores, incardinándose en ella desde la publicidad redaccional (insertar en una comunicación informativa un mensaje publicitario) hasta el emplazamiento de productos (publicitar bienes o servicios mediante su inserción en series o películas). Este último es un fenómeno frecuente en el terreno automovilístico, destacando las apariciones de Audi en el universo cinematográfico de *Marvel* o la saga *Transporter*, BMW y Mercedes en *Alerta Cobra*, Lotus en la saga *Red* o Aston Martin en la saga *James Bond*.

El error o la falsedad deben recaer sobre características principales del bien o servicio, su precio, derechos del empresario o del consumidor, etc., y deben en todo caso ser capaces de modificar el comportamiento económico del destinatario en el sentido antes expuesto. Finalmente, el precepto hace una especial mención al incumplimiento de códigos de conducta.

En lo atinente a las omisiones engañosas, el legislador, de mala manera, ha agrupado tanto la omisión (en sentido estricto) y la ocultación<sup>30</sup> de información necesaria para que el destinatario adopte una decisión racional en relación con su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa, como el hecho de que la información proporcionada sea poco clara, oscura o en momentos poco apropiados. Es, como señala Fernández, P. (2010), un concepto omnicompreensivo, que para ser desleal requiere que verse sobre información sustancial cuya omisión en sentido amplio derive en que se pueda ver modificado el comportamiento económico del sujeto.

Por último, para valorar el carácter engañoso de una omisión, debe atenderse a las circunstancias y al contexto del caso concreto, concretamente a

---

<sup>30</sup> La información se presenta de forma imperceptible: p. ej. la letra pequeña.

la importancia de la información omitida, a las limitaciones del medio utilizado para difundir el mensaje publicitario y al grado de conocimiento del consumidor medio de la información omitida u ocultada.

Dentro del campo de las omisiones engañosas, concretamente en su variante de ocultación, podría entrar la frecuente “letra pequeña” que vemos en los anuncios de automóviles, relativos a sus datos de consumo, cilindrada, pero sobre todo, a las formas de financiación para adquirirlos.

### 3.3.2.2. *Prácticas agresivas (art. 8 LCD)*

Este tipo de prácticas, que previamente carecía de consideración legal específica<sup>31</sup>, se ha introducido en el elenco de casos particulares de competencia desleal a resultas de la Ley 29/2009, que ha ido más allá de lo que exigía la trasposición de la Directiva 2005/29/CE y ha extendido la deslealtad de estos comportamientos a las relaciones entre empresarios y profesionales, siendo coherente con la pretendida regulación unitaria.

Independientemente de quién sea el destinatario de la práctica, la prohibición general y la estructura de las prácticas agresivas se encuentra en el art. 8 LCD. Este define la conducta relevante como un comportamiento que, para promocionar las operaciones comerciales, se basa en el acoso, la coacción, o la influencia indebida, que se da cuando el oferente se prevale de una posición de poder con respecto al destinatario, sea cual sea su naturaleza.

Además, recoge una serie de circunstancias que permiten determinar si tal comportamiento constituye en el caso concreto realmente acoso, coacción o influencia indebida, atendiendo al momento y lugar en que se produce, su persistencia, el lenguaje empleado, el aprovechamiento de situaciones graves que vive el destinatario, etc. Circunstancias estas destinadas a determinar en definitiva si el comportamiento concreto es susceptible de reducir la libertad de elección del destinatario, y por tanto, de afectar a su comportamiento económico. Decisión que puede consistir en aceptar una oferta, no ejercer un derecho, no

---

<sup>31</sup> No obstante, como señala Massaguer en “Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal”, no era necesario, pues la cuestión quedaba resuelta con la cláusula general, el antiguo art. 8 LCD y la regulación de la publicidad agresiva de la LGP.

exigir una obligación debida, etc. En suma, no toda conducta que se valga de estas modalidades es en sí misma desleal.

### 3.3.2.3. Aprovechamiento del esfuerzo de otros competidores en el mercado (arts. 6, 11, 12 y 13 LCD)

Si bien los empresarios y profesionales deben concurrir en el mercado en base al esfuerzo y méritos propios, en ocasiones tratan de aprovecharse del buen desempeño de otros competidores, siendo esto lo que procuran evitar este grupo de artículos, dentro del cual nos centraremos en los tres primeros, puesto que el art. 13 LCD sobre violación de secretos empresariales desde febrero de 2019 se remite a su legislación específica, buscando proteger conocimientos que no entraban en la tuición de la propiedad industrial.

Como apunta la profesora Curto Polo, M<sup>a</sup> M. (2011), el art. 6 LCD sanciona “los actos de confusión en el mercado susceptibles de generar el error de los destinatarios acerca de la procedencia empresarial de la actividad, las prestaciones o el establecimiento”, sin acaparar la totalidad de los actos confusionistas. Cabe señalar que en este precepto no cabe subsumir ningún acto que vaya exclusivamente contra los consumidores, pues para eso se ha dispuesto, en una mala fragmentación subjetiva, el art. 20 en el Capítulo III.

Este precepto incluye en su seno tanto la confusión directa (el error en la diferenciación del origen de los productos o la identidad del empresario) como el riesgo de simple asociación o confusión en sentido amplio en su ap. 2 (el pensar que entre los dos empresarios existen vínculos económicos). Basta entonces que pueda producirse este riesgo de asociación en torno a signos distintivos para que entre juego la tuición que ofrece el artículo.

Muy conectado a este se encuentra el art. 11 LCD sobre los actos de imitación. Si bien salvo que medien derechos de exclusiva el precepto parte de la libre imitación de prestaciones – que comprende al producto en sí y a sus elementos exteriores, como envases, formas... – e iniciativas empresariales, en sus aps. 2 y 3 regula una serie de excepciones, destacando el segundo.

Según este, tal imitación será desleal si es idónea para provocar un riesgo de asociación en los consumidores respecto de las prestaciones de un tercero; o conlleva un aprovechamiento indebido de la reputación ajena, con la intención

parasitaria de generar demanda para sus productos en otros segmentos del mercado. Al margen de que en ambos casos se requiere que la prestación imitada presente una peculiaridad competitiva, para los elementos generales sobre el riesgo de confusión o el aprovechamiento indebido de la reputación ajena, nos remitimos a lo expuesto sobre los arts. 6 y 12 LCD.

En este sentido, el art. 12 LCD regula la explotación de la reputación ajena, consistente en aprovechar indebidamente, en beneficio propio o ajeno, las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por un tercero en el mercado. Posteriormente, ejemplifica algunos supuestos como el empleo de signos distintivos ajenos o denominaciones de origen falsas, usando expresiones como (si fueran del mismo) tipo, clase, etc.. Como vemos, no se vincula con creaciones que tengan carácter material.

Así, el precepto requiere tres requisitos para su deslealtad: que efectivamente exista esa reputación, entendida como buen nombre, cierta fama o reconocimiento en el mercado; que se produzca o pueda producirse un aprovechamiento de la reputación ajena, sin requerirse un resultado; y que este sea indebido, lo cual implica que no existe autorización o norma que ampare el comportamiento, teniendo en cuenta las circunstancias.

Una vez hecha la exposición, puede seguir planteando serias dudas cuándo se aplican unos u otros tipos en la práctica. Atendiendo a la doctrina y la jurisprudencia, los arts. 6 y 12, que en muchas ocasiones se manifiestan vía publicidad, extienden su protección a creaciones formales, a los signos distintivos: marcas, nombres comerciales, etc.; mientras que el art. 11 se dedica a proteger las creaciones materiales, técnicas o estéticas. En cualquier caso, la sistemática de los actos de confusión ha sido muy criticada por su dispersión y fragmentación.

Este tipo de actos sí es muy frecuente dentro del sector del automóvil, aunque como veremos, suele darse en demandas que para la mayoría de aspectos se basan en la Ley de Marcas o de Patentes, y para lo no protegido por estas, emplean la Ley de Competencia Desleal.

#### 3.3.2.4. *Ataques directos a otras empresas participantes en el mercado (arts. 9-10, 14 y 17 LCD)*

En este caso, el empresario actuante trata de echar a otros participantes del mercado o de quitarles cuota en él por medio de agresiones directas.

Dentro de este grupo destacan las alusiones a otros empresarios o profesionales, en las cuales se encuadran tanto los actos de denigración como de comparación, cuyo vehículo conductor suele ser la publicidad. Si bien el legislador no es proclive a ellas, sí que están permitidas reuniendo ciertos requisitos, buscando fomentar los derechos constitucionales de recibir información útil y veraz, y de libertad de expresión.

Los actos de denigración (art. 9 LCD) son aquellos que, a través de la difusión de manifestaciones de cualquier tipo en el mercado<sup>32</sup>, son aptos para menoscabar el crédito de otro competidor, esto es, hacerle perder reputación. Estas pueden versar tanto sobre aspectos profesionales (la actividad, las prestaciones...) como personales (nacionalidad, ideología, etc.) de un tercero.

Puesto que lo que se busca es proteger la competencia y la racionalidad de las decisiones económicas, estas declaraciones se consideran ilícitas salvo que sean exactas, verdaderas y pertinentes. En otras palabras, entra en juego la *exceptio veritatis* fundamentada en los derechos constitucionales. Que sean exactas y verdaderas implica que las declaraciones se correspondan con la realidad y se interpreten en ese sentido, y su pertinencia atañe a que se refiera a cuestiones económicas de forma proporcionada y justificada, no siendo pertinentes las referidas a la vida privada, creencias o ideología, por ejemplo.

El art. 10 LCD, reflejo de la antigua regulación de la publicidad comparativa en la LGP, regula de forma unitaria todos los tipos de actuaciones comparativas, que son aquellas en las que se produce una confrontación pública, esto es, el destinatario es consciente de que se encuentra ante una comparación, entre el propio empresario y uno o más terceros, o sus productos<sup>33</sup>, buscando obtener una mayor cuota de mercado destacando sus bienes y servicios sobre los de otros empresarios rivales.

---

<sup>32</sup> Según el profesor Ávila, el conocimiento sobre la veracidad y pertinencia de las afirmaciones sólo es relevante a efectos de determinar la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, y no se exige una "gran difusión" para su ilicitud.

<sup>33</sup> Ya sea de forma explícita o implícita, siempre que sea posible identificarlos.

Para que sea lícita, esta comparación debe recaer, siguiendo a la opinión doctrinal, sobre productos, servicios, actividades, prestaciones o establecimientos. A mayores, se disponen una serie de requisitos, como que los bienes o servicios comparados satisfagan las mismas necesidades, esto es, que sean intercambiables; o que la comparación verse de forma objetiva sobre características esenciales, pertinentes y demostrables, es decir, que no esté basada en juicios de valor. Por último, tampoco debe contravenir los arts. 5, 7, 9, 12 y 20, sobre engaño, denigración y explotación de la reputación ajena.

Estos dos tipos de supuestos ya no son de lo más típico dentro del automovilismo, aunque se manifiestan en algunos casos de concesionarios de automóviles que dejan de estar vinculados a una marca.

Por otro lado, el art. 14 LCD versa sobre la inducción a la infracción contractual, recogiendo tres conductas distintas: la inducción a la infracción de deberes contractuales básicos, la inducción a la terminación regular de un contrato y el aprovechamiento de una infracción contractual ajena. Siguiendo a la profesora Domínguez (2011), a este respecto, los tribunales se han mostrado muy reacios a admitir demandas por la dificultad de probar esta inducción.

Finalmente, encontramos en el art. 17 LCD la venta a pérdida o bajo coste, que parte de un principio de licitud de la misma, salvo que tenga por finalidad inducir a error a los consumidores, desacreditar a un producto o establecimiento ajenos o eliminar a un competidor.

Lo cierto es que los supuestos de los art. 14, y sobre todo 17, no son frecuentes en la industria automovilística, puesto que es un sector maduro con rivales bien asentados en los que son frecuentes los contratos de exclusiva con proveedores y donde la venta a pérdida difícilmente puede llevar a buen puerto.

#### *3.3.2.5. Otro tipo de actuaciones que van en contra del funcionamiento del mercado (arts. 15-16 LCD)*

Aquí se incluye la infracción de normas del art. 15 LCD, al que sólo haremos una sucinta referencia por la inabarcabilidad de conductas que caben a su amparo. Recoge tres tipos de conductas: la violación de normas no concurrenciales, que requiere la obtención y aprovechamiento de una ventaja significativa; la transgresión de normas concurrenciales, bastando con la mera infracción; y la contratación de extranjeros sin autorización para trabajar al

amparo de la Ley Orgánica de Extranjería, si bien en todas ellas se produce una infracción (o defraudación) de normas jurídicas con la finalidad de generar situaciones de ventaja con respecto a los competidores.

Dentro del art. 16 LCD, norma puente entre el derecho de la competencia desleal y la defensa de la competencia, nos centraremos en la dependencia económica, puesto que el tratamiento discriminatorio del consumidor no suele darse en nuestro sector.

Así, es desleal la explotación por parte del empresario o profesional de la situación de dependencia económica<sup>34</sup> en que se encuentren los clientes o proveedores (empresarios o profesionales) que no dispongan de alternativa equivalente – relaciones comerciales con otras empresas – para ejercer la actividad en su mercado de referencia, lo que hace que su relación con el dominante sea imprescindible para mantenerse.

Este aprovechamiento, entendido como la obtención de ventajas adicionales que no se otorgan a empresarios similares, puede presentarse bajo formas muy distintas: la negativa a establecer o continuar relaciones comerciales si no se conceden ciertas condiciones, impedimentos como el exigir contratos en exclusiva..., estando algunas de ellas directamente tipificadas como desleales en el propio precepto.

### **3.3.3. Prácticas comerciales con consumidores y usuarios (arts. 19-31 LCD)**

Como ya se ha explicado previamente, estos actos se tipifican en la LCD en su Capítulo III, fruto de la transposición de la Directiva 2005/29/CE por la Ley 29/2009, constituyendo una especie de “parte especial” en cuanto a los destinatarios de estas prácticas, que sólo pueden ser consumidores y usuarios, buscando proteger sus intereses económicos.

Comienza el capítulo con el art. 19 que sirve de introducción, indicando en su primer apartado que, sin perjuicio de lo dispuesto en el TRLGDCU y demás normativa complementaria, sólo se consideran prácticas desleales con los consumidores las previstas en este capítulo y las de los artículos, 4, 5, 7 y 8. A su vez, su apartado segundo dispone, de manera exhaustiva, que las prácticas

---

<sup>34</sup> Relativa, por eso se localiza en la LCD y no en la LDC.

contenidas en los arts. 21-31 son en todo caso y en cualquier circunstancia desleales, es decir, no están sometidas al juicio de deslealtad. Por otro lado, como apunta Massaguer, J. (2010), esto no significa que no deban realizarse juicios de valor o analizar los detalles de cada conducta en el caso concreto.

#### 3.3.3.1. *Conductas engañosas y de confusión (arts. 20-27 LCD)*

En este apartado nos referimos únicamente a las conductas que se consideran en sí mismas engañosas y que sólo son aplicables en cuanto se den en las relaciones con consumidores y usuarios.

Una mención aparte merece el art. 20 sobre prácticas engañosas por confusión, una especie de subtipo general de práctica desleal con los consumidores pero que no es un acto desleal *per se* como el art. 25 – el cual queda circunscrito al intento deliberado de confundir en la actividad de promoción sobre el origen empresarial de bienes y servicios, pero sin acoger el mero riesgo de asociación –. Esto es, las conductas del art. 20 deben ser aptas para afectar al comportamiento económico de los consumidores, y esto debe probarse.

Así, la confusión contemplada en el art. 20 LCD debe darse en relación con los bienes y servicios o los signos distintivos – según la interpretación doctrinal del concepto “otras marcas distintivas” – de otro empresario o profesional, de forma que se tiene por desleal cualquier modalidad de riesgo de confusión, desde la confusión directa hasta la mera asociación. Frente al art. 6, que no se aplica a conductas que vayan sólo contra los consumidores, abarca la protección de prestaciones, esto es, creaciones materiales.

Entrando ya en las prácticas desleales *iuris et de iure*, nos centraremos en las prácticas engañosas sobre códigos de conducta u otros distintivos de calidad (art. 21) y en las prácticas comerciales encubiertas (art. 26).

En el primer tipo de prácticas considerado, el elemento que sirve como denominador común es la intención del empresario de mejorar su imagen pública a través de anunciar la obtención de factores de prestigio reconocidos o acreditados que se hallan vinculados a su empresa o a sus bienes y servicios, como por ejemplo estar adherido a un código de conducta, haber obtenido una acreditación oficial sin ser realmente así, o exhibir un sello de calidad sin

autorización. Este es uno de los preceptos que se alega en alguna de las sentencias sobre el asunto “Dieselgate” del grupo Volkswagen.

Respecto al segundo, la publicidad encubierta del art. 26 sólo recoge la publicidad redaccional, exigiendo además que medie un pago por parte del empresario o profesional<sup>35</sup>, de forma que el emplazamiento publicitario de marcas de automóviles al que antes hemos hecho referencia no puede subsumirse en el supuesto de hecho recogido por este precepto, debiendo reclamarse a través del juego de los artículos 5 y 7 LCD.

El resto de prácticas engañosas recogidas, como las prácticas señuelo o promociones engañosas del art. 22, donde se oferta un precio sin que luego sea cierto; los engaños concretos sobre la naturaleza del producto o disponibilidad del art. 23; o la venta piramidal del art. 24, donde los consumidores reciben una compensación si atraen a más clientes, apenas se ven dentro de nuestro sector. Si acaso el acto de presentar a los consumidores un derecho que tienen como si fuera una característica distintiva del art. 27.1.

#### 3.3.3.2. *Prácticas agresivas (arts. 28-31 LCD)*

Al amparo del art. 19.1 LCD, todo lo reseñado sobre la prohibición general de las prácticas agresivas del art. 8 también es de aplicación cuando los destinatarios son consumidores y usuarios. Sin embargo, ahora se trata de las prácticas que conforme al art. 19.2 son siempre desleales.

Dentro de estos destaca el caso en que se haga creer al consumidor que no puede abandonar el establecimiento del empresario sin contratar (art. 28 LCD), las visitas domiciliarias en contra de la voluntad del consumidor (art. 29.1), el envío de comunicaciones comerciales no solicitadas por teléfono, correo electrónico... (art. 29.2), la exigencia de requisitos desproporcionados como la presentación de documentos innecesarios a quien reclame la indemnización de un siniestro (art. 31.1) o la información de que el sustento del empresario corre peligro si el consumidor no contrata (art. 31.3). Como es fácilmente observable, estas técnicas apenas son utilizadas en el sector de la automoción, por lo que no nos detendremos más en ellas.

---

<sup>35</sup> Tato Plaza, Anxo. Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014, p. 1776.

### 3.3.4. Actos relacionados con la publicidad

Aquí encontramos los supuestos de publicidad ilícita recogidos en el art. 3 LGP, que pese a no ser estrictamente actuaciones de competencia desleal, se consideran tal por el juego de remisiones recíprocas entre la LGP y la LCD.

En este campo, como dispone el art. 3 LGP encontramos la publicidad contraria a los valores constitucionales y/o la dignidad humana, dentro de la cual se encuentra especificada la publicidad que atenta contra la dignidad de las mujeres; la publicidad dirigida a menores; la publicidad subliminal; y la publicidad sobre determinados bienes y servicios que incumple la normativa sectorial, concretamente sobre medicamentos, propiedades de los alimentos, juegos de azar, tabaco y bebidas alcohólicas, etc. Dentro de esta categoría, centraremos el análisis en la publicidad contraria a la dignidad de las mujeres, cuya protección se ha visto ampliada y detallada con la reforma operada por la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género; y de manera secundaria, en la publicidad subliminal.

De esta manera, el art. 3 a) LGP considera ilegal la publicidad que presente a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria, dentro de la cual entrarían aquellos anuncios que emplean la imagen de la mujer como reclamo sexual o que sugieren una idea de inferioridad o ineptitud frente a los hombres<sup>36</sup>. Es justo en este punto donde se subsume el caso del Alfa Romeo Giulietta que analizaremos posteriormente.

Sin embargo, el art. 3 a) LGP va más allá, prohibiendo también los casos de la “mujer-objeto”, es decir, aquellos *spots* en los que su cuerpo es utilizado directamente como un objeto sin ningún tipo de vinculación con el producto promocionado. El Jurado de la Publicidad requiere además para su ilicitud que la imagen se utilice en la parte captatoria de la publicidad. En este caso encaja el supuesto del Seat León que también tendremos ocasión de ver.

Por último, también prohíbe el uso de la imagen de la mujer asociada a conductas estereotipadas que vulneran las bases del ordenamiento, pero vinculándolo a la violencia de género, lo cual implica que no basta con que se muestre a la mujer desempeñando roles tradicionalmente a ellas asignados sino que debe transmitirse una cierta idea de sumisión a los hombres.

---

<sup>36</sup> Velasco, L. A. *Op. cit.* p. 10.

Por otra parte, la publicidad subliminal se encuentra regulada en términos oscuros en el art. 4 LGP. Su ilicitud deriva del hecho de que el destinatario de la publicidad “no es capaz de percibir conscientemente la existencia de ningún mensaje publicitario”<sup>37</sup> por la levedad o brevedad del mensaje, a pesar de lo cual el estímulo producido puede incitar al sujeto a contratar ciertos productos o servicios, sin que tal contratación responda a una libre formación de la voluntad.

Este tipo de actuaciones no es frecuente en el ámbito del automovilismo, pues debemos recordar que el emplazamiento de bienes y servicios en series y películas se corresponde con publicidad encubierta y no subliminal.

### **3.4. RÉGIMEN PROCESAL**

Como ya hemos tenido ocasión de señalar, la LCD trajo consigo un sistema procesal y sancionador completo, que permitía una enorme protección frente a todos los supuestos de competencia desleal. Con la Ley 29/2009, se han introducido algunos cambios en materia de acciones y legitimación activa. Asimismo, debemos recordar que este régimen procesal también sirve para la publicidad ilícita regulada en la LGP. Por ello, dedicaremos unas breves palabras a comentarlo con el simple objetivo de que la parte especial resulte más comprensible.

#### **3.4.1. Legitimación activa y pasiva**

Cuando hablamos de legitimación activa y pasiva nos referimos a quién puede ejercer las acciones y contra quién pueden ser ejercitadas.

##### **3.4.1.1. Legitimación activa (art. 33 LCD)**

Es muy amplia, y en ella es posible distinguir entre una legitimación individual y una legitimación colectiva. Si bien la segunda se dará en algún caso de los que posteriormente estudiamos, nos centraremos en la primera por ser la más habitual en los procesos sobre cuestiones automovilísticas, que a su vez, distingue entre si se hace frente a los actos desleales o de publicidad ilícita.

---

<sup>37</sup> Iraculis Arregui, Nerea. Publicidad ilícita y competencia desleal por infracción de normas publicitarias. Revista de derecho de la competencia y la distribución, núm. 7, 2010, p. 161.

Así, para ejercer las acciones del art. 32 – salvo la de enriquecimiento injusto –, frente a las actuaciones desleales, se encuentra legitimada cualquier persona<sup>38</sup> que participe en el mercado cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por la conducta.

Por un lado, la participación en el mercado ha de darse cuando se produce el acto desleal y no cuando se interpone la demanda. Por otro, respecto de la exigencia de que los intereses se vean directamente perjudicados (intereses reales) o amenazados (meramente potenciales), se entiende que siempre concurren en los consumidores; pero respecto de otros empresarios, estos deben verse afectados en la actividad que desarrollan<sup>39</sup>.

Frente a la publicidad ilícita, las mismas cinco acciones son ejercitables por cualquier persona que resulte afectada o por quienes tengan un derecho subjetivo o interés legítimo. En este sentido, se amplía la legitimación frente a los actos de competencia desleal, pues no se exige participar en el mercado y basta con presentar un interés legítimo, entendido como que exista una repercusión negativa en la esfera patrimonial del afectado.

Finalmente, respecto a la acción de enriquecimiento injusto, esta sólo podrá ser ejercitada por el titular de la posición jurídica violada, que incluye a los titulares de un derecho en exclusiva y a los que presenten una situación de análogo contenido económico.

Por lo que respecta a la legitimación colectiva, respecto de las cuatro primeras acciones del art. 32 tenemos que se mantiene la legitimación concedida a las asociaciones y corporaciones profesionales cuando resulten afectados los intereses económicos de sus miembros. Además, para la defensa de los intereses generales, colectivos o difusos de consumidores y usuarios, con la reforma se añade la legitimación para el ejercicio de estas cuatro acciones a las asociaciones de consumidores y usuarios, a ciertos órganos de la administración y al Ministerio Fiscal. En el terreno automovilístico, dentro del campo publicitario, sí es más frecuente que asociaciones de consumidores y usuarios sean quienes interpongan estas acciones.

---

<sup>38</sup> No sólo física o jurídica como dispone el artículo.

<sup>39</sup> No obstante, la jurisprudencia admite la afectación a sus intereses indirectos, siempre que estos presenten un carácter concreto y singular.

#### 3.4.1.2. Legitimación pasiva (art. 34 LCD)

Esta se determina de forma aún más amplia, pues puede dirigirse el proceso contra cualquier persona que haya realizado (autor material), ordenado (autor intelectual) o cooperado<sup>40</sup> para realizar la conducta desleal.

En el concepto “cualquier persona” entran personas físicas, jurídicas, o entes sin personalidad, ya sean consumidores, empresarios, profesionales u otros partícipes en el mercado. Empero, existe una excepción con respecto a la acción de enriquecimiento injusto, que sólo podrá dirigirse contra aquella persona que se benefició del ilícito.

Por último, regula una regla especial en su ap. 2, relativa a que si el comportamiento desleal se lleva a cabo por trabajadores u otros colaboradores en el ejercicio de sus funciones y deberes contractuales, las acciones deberán dirigirse contra el principal<sup>41</sup>. Atendiendo a la corriente doctrinal y jurisprudencial mayoritaria, estos deben actuar por iniciativa del principal, pues si lo hacen *motu proprio*, sin haber mediado mandato este último, asumirán legitimación pasiva como autores.

#### 3.4.2. Acciones ejercitables y prescripción

Las acciones que cabe ejercitar contra los actos de competencia desleal y de publicidad ilícita son seis y se encuentran reguladas en el art. 32.1 LCD. Con la intención de ceñirnos lo más posible al tema, en lo atinente a la legitimación requerida en cada una, nos remitimos a lo justo ahora expuesto, razón por la cual se ha invertido el orden sistemático de la ley.

Primeramente, la acción declarativa pretende obtener del tribunal la declaración de deslealtad de un acto concurrencial, de forma que lo que pretende el actor es la calificación del acto como desleal. Cabe decir que en ningún caso tiene carácter constitutivo, y tampoco puede utilizarse en sentido contrario, en otras palabras, para declarar la lealtad de un acto.

---

<sup>40</sup> Según la profesora Cervera, este punto exige que su ayuda sea imprescindible para acometerla, como el cooperador necesario en Derecho Penal.

<sup>41</sup> A rasgos generales, la remisión al DC termina en esta solución.

Es destacable, como apunta la profesora Barona, S. (2008), que antes de la reforma, se exigía que la perturbación subsistiera en el momento de interponer la demanda, cuestión removida por la problemática que planteaba.

Puede ejercitarse de forma autónoma o de forma acumulada con otras acciones. Esto último será lo habitual, pues, incluso aunque no se ejercite como tal la acción declarativa, el resto de acciones que veremos parten de la concurrencia de la deslealtad en la actuación enjuiciada.

En segundo lugar encontramos la acción de cesación o prohibición de la conducta desleal, acción que contiene varias facultades procesales. Así, puede requerirse del juez que el sujeto actuante deje de llevar a cabo la conducta desleal (cesación); que prohíba la misma cuando ya se ha producido y es razonable temer que se reitere (prohibición de reiteración futura); o que la prohíba incluso aunque aún no se haya producido (prohibición preventiva), introducida con la reforma de 2009, y que “requiere de la existencia de actos preparatorios que denoten la voluntad de realizar el comportamiento ilícito”<sup>42</sup>.

Posteriormente se sitúa la acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal, que pretende que el juez adopte las medidas pertinentes para eliminar o reducir los efectos derivados del acto desleal, o dicho de otro modo, reintegrar al demandante en su posición jurídica anterior, incluyendo cuantas medidas sean necesarias al efecto. Conviene destacar que el demandante deberá incluir en el *petitum* los efectos que quiere suprimir y las medidas concretas de las que quiere valerse, que corren a cargo del infractor.

En el ap. 1, 4º se coloca la acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas<sup>43</sup>, que podría considerarse una subespecie de la anterior, pero que mantiene su autonomía buscando cubrir los efectos residuales provocados por actuaciones desleales realizadas o difundidas a través de la publicidad<sup>44</sup>. En este sentido, se distingue de la anterior en que no exige que se hayan producido efectos exteriores más allá del embuste

---

<sup>42</sup> Vega, José Antonio (2011). Acciones. [...] Comentarios a la Ley de Competencia Desleal, p. 858 Cizur Menor, Navarra: Thomson Aranzadi.

<sup>43</sup> El engaño es el supuesto más grave, requiriendo de dolo, frente a la falsedad o incorrección donde la causa de las mismas es indiferente.

<sup>44</sup> Barona, Silvia. Competencia desleal. Tutela jurisdiccional –especialmente proceso civil- y extrajurisdiccional. [...] Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, p. 787.

publicitario, revestido eso sí de una cierta gravedad, y puede exigir la rectificación mediante anuncios, comunicados a los destinatarios afectados....

En quinto lugar encontramos la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios generados por el comportamiento desleal. Para que se pueda ejercitar, encontramos una serie de presupuestos más exigentes que en los casos anteriores, pues debe ocasionarse un perjuicio patrimonial, debe mediar una relación de causalidad entre el acto y el daño, y debe concurrir dolo o culpa en el sujeto actuante.

El perjuicio patrimonial debe ser probado, o sea, quasi-cuantificado en la demanda. Dentro de este perjuicio se incluye tanto el daño emergente (la pérdida que efectivamente se ha sufrido) y el lucro cesante (la ganancia que se ha dejado de obtener), siendo esto lo que puede ser indemnizado. Además, debe acreditarse que existe una causalidad entre el comportamiento y el daño, atendiendo a su duración, intensidad, comportamiento de las partes, etc. Pero para que quepa esta indemnización, se exige también demostrar que el agente actuó con dolo o culpa, rompiendo con todo lo visto hasta ahora. Esto es porque para que exista un acto de competencia desleal no se atiende a la intencionalidad, pero sí a la hora de poder solicitar la indemnización por daños y perjuicios, por el especial desvalor que ello supone.

En el punto 6º encontramos la acción de enriquecimiento injusto, que sólo cabe cuando el acto desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva o análogo. Con ella se pretende “transferir al actor la ganancia conseguida por el infractor”<sup>45</sup>, debiendo mediar, por tanto, la obtención de una ventaja patrimonial por parte del infractor y una pérdida en el perjudicado, las cuales deben ser probadas.

Finalmente, tenemos que el art. 32.2 recoge la publicación de la sentencia o declaración rectificadora, que podrá ser acordada por el juez a petición del actor en la demanda y a costa del demandado, siempre que se estime alguna de las cuatro primeras acciones que hemos visto. Lo relativo a los medios y al alcance de la publicación queda al arbitrio judicial.

---

<sup>45</sup> Vega, J. A. *Op. Cit.* p. 878. Es por esto por lo que es compatible con la acción de resarcimiento.

A todo este grupo de acciones son de aplicación los mismos plazos de prescripción. Por un lado tenemos que prescriben por el transcurso de un año desde que pudieron ejercitarse y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto<sup>46</sup>, plazo que puede interrumpirse; y como norma de cierre, cuando no sea posible probar cuándo se tuvo conocimiento del acto, tenemos que prescriben en todo caso por el paso de tres años desde que la conducta finalizó, no siendo posible la interrupción de este plazo.

Por otro lado, lo más habitual es que muchas de ellas se interpongan de forma conjunta y complementaria, buscando obtener una protección global. Además, cabe recordar que la LCD también regula la opción de solicitar diligencias preliminares previas al ejercicio de estas acciones.

Para finalizar con la parte general, queríamos apuntar que la ley tiende a fomentar la aprobación de códigos de conducta que ofrecen fórmulas preventivas de actuaciones desleales, de forma que cuando un empresario está vinculado a él, el grado de exigencia de la ley respecto de los actos desleales es incluso mayor, por el compromiso de buena actuación y transparencia. En este sentido, es bastante eficaz el referido a la publicidad, promovido por la asociación de Autocontrol, el organismo independiente de autorregulación de la industria publicitaria en España, que además tiene un juzgado interno que valora las campañas publicitarias para evitar demandas judiciales mediante dicha autorregulación. De hecho, el análisis del Alfa Romeo Giulietta, y en parte del Seat León, estará basado en sus resoluciones.

#### **4. LA COMPETENCIA DESLEAL EN EL SECTOR DEL AUTOMÓVIL**

En este apartado analizaremos las sentencias – pero también resoluciones de otro tipo de órganos de carácter no judicial, como aquellas del Jurado de la Publicidad de Autocontrol – que aplican la normativa concerniente a la competencia desleal, esto es, tanto la Ley de Competencia Desleal como la

---

<sup>46</sup> Aunque como señala la profesora Barona deben tomarse en cuenta los dos, y por tanto, el momento en el que se conoció a la otra persona, debido a la dificultad de probarlo muchas veces se toma en cuenta el momento en que se conoció el acto.

General de Publicidad, así como códigos de conducta, a sucesos concretos que han ido aconteciendo en la práctica dentro del sector del automóvil.

Con la intención de ser coherentes con el trabajo hasta ahora realizado, el estudio de los mismos seguirá la misma sistemática empleada para el análisis de los supuestos concretos, de manera que:

- Los casos en los que se solicite la aplicación de los artículos 5-17, se encuadrarán en el grupo “casos entre empresarios”, independientemente de que tratándose de los arts. 5, 7 u 8, su aplicación venga solicitada también por afectar los intereses de los consumidores.
- Por ende, al interno de los casos con consumidores introduciremos exclusivamente aquellos casos que reclaman la aplicación de los arts. 19-31, donde no tienen cabida otros intereses que no sean aquellos propios de los consumidores y usuarios.
- Dentro los supuestos relacionados con la publicidad, sólo entrarán los casos que encajen dentro de la Ley General de Publicidad, y no aquellos subsumidos en los supuestos de hecho recogidos en los tipos concretos de actos de competencia desleal, *v. gr.*: publicidad confusionista, engañosa, etc.
- En caso de que en un supuesto se reclame la aplicación conjunta de varios preceptos, *a priori* encuadrados en nuestro estudio en conjuntos distintos, atenderemos para su colocación sistemática a la relevancia que tengan estos dentro del acontecimiento concreto.
- Por razones de oportunidad, todos los análisis realizados se ceñirán a las cuestiones de competencia desleal, y no a aquellas otras, como propiedad industrial o intelectual, defensa de la competencia o de los consumidores y usuarios, con las que puede aparecer conjuntamente en las distintas resoluciones estudiadas.

Por último, respecto a la metodología empleada para el análisis, comenzaremos por la presentación de los hechos objeto del litigio, tras lo cual nos centraremos en exponer el pronunciamiento del juzgado, tribunal u órgano correspondiente, atendiendo al derecho aplicado. Finalmente, realizaremos una valoración crítica acerca del mismo, en relación con los hechos y el derecho.

## **4.1. CASOS ENTRE EMPRESARIOS**

### **4.1.1. El caso CDTI vs Opel**

Comenzamos este apartado con un caso que, si bien cuando tiene lugar aún no se había aprobado siquiera la Directiva 2005/29/CE, tiene interés a nuestros efectos por los pronunciamientos que contiene acerca de la cláusula general y los actos de confusión y explotación de la reputación ajena, artículos estos dos últimos que como sabemos no han visto modificada su literalidad por la reforma operada a través de la Ley 29/2009. Estudiaremos el litigio basándonos principalmente en la STS 635/2009, pero también aportando algunos fundamentos de derecho de la SAP de Zaragoza 31/2005, que es frente a la cual se interponen los recursos de casación e infracción procesal.

Entrando en los antecedentes de hecho, nos encontramos con el Centro para el Desarrollo Tecnológico e Industrial (en adelante el Centro), que es un organismo de derecho público con personalidad jurídica propia pero sujeto al derecho privado en sus relaciones con terceros, entre cuyas funciones se encuentra el promover la colaboración entre la industria y organismos de investigación y la comercialización de productos o procesos, así como explotar tecnologías desarrolladas por él o en colaboración con otros centros.

El 26 de febrero de 2004 interpuso demanda contra Opel España de Automóviles, S. L. (en lo sucesivo Opel), quien dice que requirió su financiación y asesoramiento, “por utilizar sin su consentimiento las siglas CDTI para identificar en el mercado las características de los motores diésel de los vehículos que fabrica”.<sup>47</sup> El Centro alega en la demanda que es titular de las

---

<sup>47</sup> España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 635/2009, de 8 de octubre de 2009, p. 5.

marcas mixtas formadas por las siglas CDTI y un dibujo, las cuales además de estar registradas para identificar servicios de investigación, gestión de negocios y de financiación de proyectos de investigación, son notorias y renombradas, al igual que su nombre comercial – no registrado –. Por ello, con su conducta Opel está provocando un riesgo de confusión con los servicios prestados por el Centro, además de estar aprovechándose del renombre de estas marcas, lo cual supone un perjuicio tanto para sus derechos como para el mercado.

De esta manera, el Centro ejercita contra Opel las acciones declarativa, de condena al cese y a la indemnización de daños y perjuicios previstas tanto en la LM por infracción de alguno de sus preceptos, como en el art. 18 LCD (actual art. 33) por infracción de sus arts. 5, 6 y 12. Suplica, en suma, 1) que se declaren tales comportamientos como actos de competencia desleal y vulneraciones del derecho de marca, 2) que se prohíba a Opel realizarlos a futuro, 3) que esta cese en el empleo en el mercado de las siglas CDTI, 4) que se le condene al pago de la indemnización de daños y perjuicios, y 5) que se ordene la publicación de la sentencia a costa de la demandada en tres periódicos de tirada nacional.

El juzgado de primera instancia desestimó la demanda por no haber quedado acreditado que se diera realmente el riesgo de confusión y el aprovechamiento indebido de la reputación ajena, recogidos respectivamente en los arts. 6 y 12 LCD.

Frente a esta resolución, el Centro interpuso recurso de apelación alegando a mayores el derecho de los organismos públicos sobre su denominación o sus siglas regulado en el Real Decreto 1465/1999, regulador de criterios de imagen institucional. Tal recurso fue desestimado por la AP de Zaragoza en su sentencia 31/2005. Por un lado, respecto a las pretensiones de primera instancia esta estaba fundamentada en los mismos motivos que la sentencia recurrida. Por otro, en lo relativo a la alegación del real decreto, lo desestima tanto porque supone una *mutatio libelli* o modificación de la causa de pedir, prohibida por la indefensión que genera, como porque ni es de aplicación esta norma al objeto litigioso, ni aunque lo fuera tendría incidencia.

Frente a esta sentencia, el Centro interpuso sendos recursos extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El primero está destinado a reclamar contra la consideración de la *mutatio libelli*, aunque nos limitaremos a

decir, por su nula conexión con la competencia desleal, simplemente que el motivo se desestima por su nula influencia sobre el caso.

El recurso de casación se basa en varios motivos, interesando a nuestros efectos tres: la infracción por interpretación errónea de los arts. 2 y 3 LCD, del art. 5 en conexión con los arts. 6, y 12 LCD, y del art. 6 b) LGP. Reclama también la infracción de la LM y el real decreto, si bien dichas reclamaciones son desestimadas.

Con respecto al ámbito de aplicación de la LCD, esto es los arts. 2 y 3 LCD, la sentencia recurrida en uno de sus fundamentos de derecho incidía en una frase extraída del recurso de apelación del Centro: “la entidad actora no es un empresario que compita en el mercado con la entidad demandada”<sup>48</sup>, con ánimo de ahondar en la imposibilidad de estimar el recurso diciendo que ni siquiera existía un atisbo de competencia. El Tribunal Supremo, reconoce el error cometido por la SAP de Zaragoza, puesto que efectivamente el Centro presta servicios en el mercado, y el art. 3 indica que la Ley de Competencia Desleal se aplica a todas las personas que participen en el mercado, independientemente de que exista o no una relación de competencia entre los sujetos agente y paciente del comportamiento desleal. No obstante, no toma el TS en consideración este motivo porque no fue el determinante del fallo.

En lo atinente a la vulneración del art. 5 en relación con los arts. 6 y 12 LCD, aquellos que regulan respectivamente los actos de confusión y la explotación indebida de la reputación ajena, en primer lugar el TS recuerda, como ha señalado la jurisprudencia en reiteradas ocasiones, que la cláusula general (recogida en esa época en el art. 5 LCD) no puede ser alegada de forma complementaria cuando las conductas denunciadas sean subsumibles en alguno de los preceptos que tipifican actos desleales concretos, como es el caso respecto de los arts. 6 y 12 LCD.

En cuanto a la vulneración de estos, confirma el fallo de la SAP de Zaragoza, la cual decía que en el mismo recurso, con ánimo de dar aplicabilidad al real decreto antes mencionado, el Centro terminaba por reconocer que no

---

<sup>48</sup> España. Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª). Sentencia núm. 31/2005, de 26 de enero, p. 7

existía confusión entre las siglas de un organismo público (el Centro) y “las correspondientes, no a una entidad mercantil, sino a una subespecie de alguno de sus productos”<sup>49</sup>, pues se refiere a un tipo concreto de tecnología empleada en motores que están presentes en diversos modelos de la marca demandada. Añade además, que el uso de estas siglas, en este o en orden similar, es frecuente en numerosas marcas, como ocurre en Honda (CDTi). En resumen, aduce la AP de Zaragoza que no sólo es que no exista confusión, sino que ni siquiera estas siglas sirven para identificar al fabricante, sólo a una tecnología presente en los motores diésel de los vehículos de muchos fabricantes. Por otro lado, señala que el Centro no es un empresario que en razón de su actividad haya alcanzado una reputación industrial o comercial que pueda ser indebidamente explotada, por lo cual, desestima íntegramente el motivo.

En lo referente a la infracción del art. 6 b) LGP, que regula lo concerniente a la publicidad confusionista, desestima el motivo por la misma razón que niega la vulneración del art. 6 LCD: no existe confusión alguna.

Por todo ello, el Tribunal Supremo declara que no ha lugar ninguno de los dos recursos interpuestos contra la SAP de Zaragoza 31/2005.

Tras haber examinado la sentencia, por nuestra parte cabe decir que la ratificamos punto por punto. En primer lugar, el Tribunal Supremo acierta de pleno al corregir, independientemente de su incidencia en el caso, a la AP de Zaragoza en lo referente al ámbito de aplicación de la Ley de Competencia Desleal. Debemos recordar que precisamente la aprobación de esta ley tenía la finalidad de proteger la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, de forma que para entrar en juego y ejercer su función tuitiva tan sólo requería que el acto discutido se llevara a cabo en el mercado y con fines concurrenciales, sin exigirse una relación de competencia entre sujeto activo y pasivo. En este sentido, entre las funciones del centro está la de promover la comercialización de productos o procesos, por lo cual ya está realizando un acto con finalidad concurrencial, pues se muestra idóneo para asegurar la difusión en el mercado de prestaciones, tal y como exige el art. 2 LCD.

---

<sup>49</sup> España. Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª) *Op. Cit.* p. 6

También creemos afortunado el pronunciamiento acerca de la imposibilidad de alegar la cláusula general, antes recogida en el art. 5 LCD, cuando la conducta sobre la que se discute puede ser confrontada con alguno de los tipos concretos, reconociendo de esta manera su sustantividad propia, y por tanto su operatividad únicamente en relación con conductas que no estén catalogadas concretamente al interno de la ley.

Por lo que respecta a la existencia o no de confusión y de aprovechamiento indebido de la reputación ajena, queremos antes de nada señalar que las siglas CDTI que se encuentra presente en los modelos de Opel significan "*Common-rail Diesel Turbo Injection*", un sistema de inyección de combustible electrónico empleado en motores diésel de inyección directa. A nuestro juicio, si bien es cierto que un consumidor puede interpretar al ver las siglas CDTI que estamos ante algo relacionado con el motor – ni siquiera saber qué es exactamente –, parece más complicado que lo asocie a una marca concreta. Como señala la sentencia, este sistema de inyección, y por tanto las siglas, van incorporados en vehículos de Opel, aunque también de manera similar en automóviles de Honda (tecnología CDTi); y no sólo eso, muchos modelos de las marcas del grupo Volkswagen (Volkswagen, Audi, Seat, Skoda, etc.) llevan incorporadas en el maletero (y obviamente en la publicidad) las siglas TDI, correspondientes a un sistema similar, los modelos de Mercedes utilizan tecnología CDI, y así podríamos seguir. En definitiva, efectivamente se puede asociar a un tipo de motor, pero muy difícilmente a un concreto fabricante, por lo que resulta complicado dar credibilidad a la idea de que lo que pretende Opel es confundir al público.

Con todo, para interpretar que existe confusión entre las características de los motores y los servicios prestados por el Centro, o aprovechamiento indebido de la reputación ajena, sería necesario, respecto al primer punto, que el consumidor asociara o vinculara el motor de los coches de Opel al Centro, y además, que este tuviera una cierta fama industrial o comercial, de la que Opel se aprovechara al usar este signo distintivo en sus automóviles. No obstante, si bien no nos cabe duda acerca del prestigio y buena labor que lleva el Centro, creemos que esta reputación se circunscribe a círculos muy estrechos y vinculados con investigadores o empresarios del sector, pero en ningún caso,

con el mercado de los potenciales compradores de automóviles. Por ello, al no existir esta fama en el mercado, sino tal vez en un nicho muy pequeño dentro del mismo, no existe la posibilidad ni de que exista confusión, pues el consumidor no asocia estas siglas al Centro; ni aprovechamiento indebido de la reputación ajena, pues esta no existe en el mercado objetivo de Opel, lo cual implica que no puede beneficiarse de tal fama.

Amén de todo lo dicho, nos gustaría realizar un último apunte: de haberse producido el caso tras haber entrado en vigor la nueva regulación que recoge las prácticas con consumidores y usuarios desleales en sí mismas, ¿habría podido ser subsumible en los arts. 20 o 25 LCD?

Partiendo de que por los mismos argumentos que los ahora expuestos no triunfaría ninguna reclamación independientemente del artículo que se alegase como vulnerado, lo más probable es que no, puesto que para que estos artículos entren en juego se requiere que la conducta vaya exclusivamente contra los consumidores, y en este caso parece que la reclamación del Centro está más dirigida al perjuicio que le causa el acto a él mismo que a la distorsión que puede ocasionar en las decisiones de los consumidores, siendo recomendable por tanto utilizar igualmente el art. 6 LCD. No obstante, podría alegarse de forma complementaria la vulneración del art. 20 y sólo en relación con la afectación de la conducta al comportamiento económico de los consumidores y usuarios.

#### **4.1.2. Los actos de confusión e imitación en el caso Ford**

A continuación, nos gustaría hacer alguna referencia a lo argumentado por la STS 904/2002, de 3 de octubre, que trata sobre un asunto de imitación de piezas producidas por Ford, no para hacer un estudio exhaustivo de la misma como el ahora realizado, sino para poner las argumentaciones que recoge en conexión con el supuesto anterior, puesto que además prácticamente cuatro quintas partes de su texto están dedicadas íntegramente a la propiedad industrial.

En cuanto a los hechos, nos encontramos con que Ford-Werke Aktiengesellschaft (en lo sucesivo, Ford), es titular registral de un modelo industrial internacional cuyo objeto es la aleta delantera del modelo Ford Fiesta,

lo cual le otorga el derecho exclusivo y excluyente de fabricarla, venderla y comercializarla. Al mismo tiempo, Construcciones Metálicas Arregui (en adelante, Arregui) se dedica a fabricar este mismo modelo industrial para el mercado de recambios.

Por ello Ford alega que se están violando sus derechos de exclusiva sobre el modelo y se está incurriendo con tal actuación en un acto de competencia desleal sancionado por los arts. 6 y 12 LCD. Arregui por su parte centró su defensa en la nulidad del modelo industrial que según Ford le amparaba.

De esta forma, el asunto termina llegando al Tribunal Supremo. Antes de nada, dejar claro que el alto tribunal entendió que el derecho de exclusiva que tenía Ford no adolecía de ningún defecto que lo volviera nulo, por lo que era perfectamente válido. Así las cosas, y dado que a lo largo del proceso ha quedado acreditado e incluso reconocido por la propia Arregui que las piezas que fabricaba para el mercado de repuestos eran idénticas al modelo industrial de Ford, tal conducta dice el TS que queda subsumida en los arts. 6 a 17 LCD. Concretamente, considera que la misma es constitutiva de un acto de confusión derivado de “la elaboración y posterior distribución de productos amparados por un derecho exclusivo y excluyente”, ya que el consumidor puede interpretar que existen vínculos entre Ford y Arregui. No siendo el caso, Ford no supervisa que las condiciones de calidad de las piezas fabricadas por Arregui sean las mismas que las suyas propias, suponiendo un perjuicio al consumidor que se puede ver engañado cuando compra una aleta de Arregui pensando que en realidad viene de Ford.

Como podemos ver, el Tribunal Supremo no dedica un gran esfuerzo a concretar cuáles son los artículos vulnerados, aunque de su pronunciamiento cabría entender que se refiere a los actos de confusión (art. 6) y a los actos de engaño (en la fecha del caso art. 7 y actualmente art. 5). No estamos de acuerdo con la subsunción de los hechos en ninguno de los dos apartados, aunque sí con su ilicitud como desleales y por tanto con el fallo.

Vamos a partir de la distinción con el supuesto anterior. En el caso Opel vs CDTI decíamos que no era posible entender que se diera la confusión porque

el consumidor medio del grupo destinatario (el potencial comprador del vehículo), era incapaz tanto de asociar las siglas a Opel como al propio Centro. Sin embargo, aquí el consumidor medio está más delimitado, puesto que es el potencial comprador de piezas de recambio de Ford, de forma que conoce perfectamente tanto la pieza concreta que necesita como a la marca Ford. En este sentido, si adquiere a Arregui la misma, sí es perfectamente posible que la asocie a la marca Ford y a los estándares que le presupone. En suma, sí puede darse ese riesgo de asociación entre ambas empresas.

Ahora bien, en nuestra opinión no es de aplicación el art. 6 LCD, sino el art. 11 LCD, que disponía (y dispone en su ap. 1) que la imitación de prestaciones empresariales ajenas es libre salvo que se encuentren amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la ley, como es el caso que nos ocupa. Por ende, el hecho es sancionable por la vía del art. 11.1 LCD. Pero aunque no fuera un derecho protegido por la ley, en este concreto supuesto, podría subsumirse la conducta en el ap. 2 de dicho precepto, que recoge que esta imitación será desleal si es idónea para generar la asociación por parte del consumidor respecto a las prestaciones del tercero; asociación que como hemos visto no ofrece ninguna duda.

Además, queremos recordar que según la doctrina y reiterada jurisprudencia, el art. 11 LCD entra en aplicación cuando el objeto de la conducta desleal son creaciones materiales, en este caso la aleta, y los arts. 6 y 12 cuando hablamos de creaciones formales, como los signos distintivos que suponen las siglas CDTI.

Por último, nos hacemos la misma pregunta que en el caso anterior: ¿de ser un supuesto actual podrían aplicarse los arts. 20 o 25 LCD? En nuestra opinión, la respuesta es la misma que en el caso anterior. Sería más recomendable basar la demanda o el recurso en la infracción del art. 6 LCD pero podría alegarse de forma complementaria la del art. 20. No entra en ninguno de los dos casos el art. 25 LCD porque se refiere a la promoción de bienes y servicios, y no a la venta de los mismos.

### 4.1.3. La guerra interna de Mazda

El presente supuesto gira en torno a la SAP de Madrid 310/2008, una sentencia más breve que el resto de las examinadas pero en la cual se recogen pronunciamientos sobre diversos artículos de la LCD, los cuales, salvo la cláusula general, apenas han sufrido variaciones tras la Ley 29/2009.

Por lo que se refiere a los antecedentes de hecho, Mazda Motor Corporation (en lo sucesivo Mazda Corp.) compró el 32% del accionariado de la distribuidora exclusiva de la compañía en España, Tecnitrade RV S.A., que en 1996 pasó a llamarse Mazda Motor España S.A. (en adelante Mazda España). En 1998, Mazda Corp. decidió asumir ella misma la distribución de los vehículos y sus recambios en España, acordando con los socios españoles de Mazda España la compra de sus acciones de la misma por un precio determinado por expertos designados por las partes, lo cual tuvo lugar a principios de 1999. Cabe reseñar que estas acciones iban a ser adquiridas aparte de por Mazda Corp., por otras sociedades del grupo, a saber Mazda Motor Europe GmbH (en lo sucesivo Mazda Europa), Mazda Motor Logistics Europe N. V. (en adelante Mazda Logistics), y una persona física, D. Jorge.

Iniciado el proceso de adquisición, Mazda Corp. retiró el apoyo financiero que prestaba a Mazda España desde 1996, consistente en una *comfort letter* por valor de 1.400 millones de yenes; denunció a principios de 1999 las relaciones contractuales que mantenía con Mazda España; y finalmente en marzo del 2000 publicó la denuncia de tales relaciones contractuales para que fuera conocida en el mercado.

Frente a estas actuaciones, Mazda España interpuso demanda contra Mazda Corp., Mazda Europa, Mazda Logistics y D. Jorge, alegando que habían realizado estas actuaciones con el objetivo de que la demandante y sus socios españoles aceptaran las condiciones de compra de acciones que les estaban imponiendo los demandados. Por ello, en el suplico de la demanda se solicitaba: 1) la declaración de tales actos como ilícitos por desleales, puesto que entendían que la retirada del apoyo financiero y la denuncia de las relaciones contractuales sobre distribución no respondía a causa alguna más que a una estrategia de coerción; que la publicación de tal denuncia era innecesaria y prematura; y

además aducían que las demandadas habían llevado a cabo actos de descrédito y desconfianza contra Mazda España tanto en el mercado general como frente a bancos, concesionarios y trabajadores; 2) la cesación de dichos actos; 3) la remoción de sus efectos, restableciendo la *comfort letter* y las relaciones contractuales, comunicando al mercado la ilicitud de sus actos y sometiendo a un experto independiente la valoración de las acciones de los socios españoles; y 4) finalmente, una indemnización de daños y perjuicios. Fundamentaba sus pretensiones en los arts. 16 (abuso de situación de dependencia), 14 (inducción a la infracción contractual), y 9 (actos de denigración) de la LCD, ejercitando para ello las acciones previstas en su art. 18.

En primera instancia la demanda fue desestimada y los demandados absueltos. Frente a dicha sentencia, Mazda España interpuso recurso de apelación solicitando que se estimara la demanda, por entender que la sentencia de instancia no había considerado los comportamientos alegados como actos de competencia realizados en el mercado y con finalidad concurrencial; y que los hechos habían quedado acreditados y eran subsumibles en conjunto en el art. 5 LCD, así como en algunos tipos concretos. Como es lógico, los recurridos se opusieron solicitando la íntegra desestimación del recurso.

Trasladados ya el recurso y la oposición al mismo a la AP de Madrid, esta dictó sentencia el 7 de mayo de 2008. En primer lugar señala que las conductas aducidas por Mazda España no son comportamientos que se encuentren sancionados en la LCD, puesto que entiende que tales actuaciones tuvieron lugar fuera del mercado, dado que sus efectos se generan en un proceso de negociación y venta de acciones entre socios, o dicho de otro modo, *ad intra* y no *ad extra* como exige la propia noción de mercado. Además apunta que tampoco existen fines concurrenciales, sino que lo que se pretende es adquirir las acciones de los socios de una forma más ventajosa, no siendo tal conducta contraria a la buena fe del art. 5 LCD. Así, no considera desleal la ruptura de las relaciones contractuales.

Partiendo de la no deslealtad de esta ruptura, considera que no se produce ninguna vulneración del art. 9 LCD, esto es, un acto de denigración, por el hecho de informar de la finalización de las relaciones al mercado en general,

lo cual es un hecho objetivo. También arguye que estas operaciones de descrédito que según la recurrente se han llevado a cabo con bancos y empleados no ha quedado probada en ningún momento, y sin embargo, sí se ha probado la inexistencia de tales actos con respecto a los bancos.

Finalmente, en lo concerniente al abuso de la situación de dependencia regulada en el art. 16.2 LCD, desestima el motivo porque el citado precepto viene circunscrito a clientes y proveedores, no a distribuidores, por lo que no puede ser de aplicación.

Teniendo todos estos argumentos en cuenta, la Audiencia Provincial de Madrid absuelve a las entidades recurridas y desestima el recurso de apelación interpuesto por Mazda España.

Por lo que a nosotros respecta, no compartimos todos los pronunciamientos efectuados por la sentencia, aunque sí el resultado del fallo.

En primer lugar, discrepamos con la audiencia acerca del tratamiento de los comportamientos litigiosos como *ad intra* o ajenos al mercado. Si bien no nos ofrece dudas el hecho de que el objetivo principal de las actuaciones vaya dirigido a obtener unas condiciones de adquisición de acciones más ventajosa, sí creemos que no sólo tiene efectos sobre los accionistas españoles de Mazda España, sino también sobre la propia sociedad. A nuestro juicio, el hecho de que se retire a la compañía la financiación que hasta ahora recibía, así como que se denuncien las relaciones contractuales y se anuncie el dato en el mercado, indudablemente traerá consecuencias sobre la sociedad y sus posibilidades de actuación, dado que podría atravesar problemas de liquidez, y además, perderá el derecho a distribuir tales productos en el mercado. Cuestión distinta es que posteriormente los actos se revelen leales o desleales conforme a la LCD. Y también es ajeno a lo que aquí se trata el hecho de que después de cerrar la operación y ya con el nuevo accionariado, Mazda España vuelva a disfrutar de las ayudas o a realizar la misma o distinta actividad, así como que los socios no españoles de Mazda España sean indiferentes a las dificultades que puede atravesar la empresa hasta el cierre de la operación porque conozcan los planes futuros que tiene el grupo para la compañía – la cual sigue en activo –. En definitiva, a pesar de que el objetivo principal tenga carácter *ad intra*, también

tiene una finalidad concurrencial, en cuanto a que siguiendo al art. 2.2 LCD es idóneo para promover, de forma diferente, la difusión en el mercado de las prestaciones propias de Mazda Corp., en este caso, vehículos y recambios.

En lo relativo a la vulneración del art. 14 LCD sobre inducción a la infracción contractual, la sentencia de la audiencia no se pronuncia expresamente. No obstante, entendemos que no es de aplicación, pues lo que acontece ni es una inducción a la infracción de obligaciones contractuales básicas o a la terminación de un contrato, ni una infracción contractual, sino una ruptura directa de las relaciones contractuales por parte de Mazda Corp.

Por ende, siendo a ojos de la Ley de Competencia Desleal conductas leales, tales actos no pueden ser considerados actos de denigración (art. 9 LCD), puesto que Mazda Corp. se limita a informar de un hecho, que además es exacto, verdadero y pertinente. Además, la actora y recurrente tampoco ha probado la existencia de ninguna de esas actuaciones realizadas por las demandadas para generar descrédito y desconfianza.

Por otra parte, creemos que la Audiencia Provincial de Madrid sí que acierta a la hora de negar la posibilidad de aplicación del art. 16 LCD sobre la explotación de la situación de dependencia económica, pues en su tenor literal se encuentran recogidos exclusivamente clientes y proveedores, pero no distribuidores, no habiéndose dado una interpretación extensiva del concepto ni por la doctrina ni por la jurisprudencia.

Finalmente, en cuanto a la alegación del art. 5 LCD para calificar todas las conductas examinadas como objetivamente contrarias a la buena fe, al margen de su subsunción en otros tipos, nos remitimos a lo expuesto dentro del caso “Opel vs CDTI” en relación con su sustantividad y operatividad propias. Al margen de esto, quizá hubiera sido posible que prosperara el recurso si lo hubiera centrado en la similitud que presentan los actos que tienen lugar en el caso con el supuesto de hecho del art. 16 LCD, en el cual no son subsumibles por la razón antes explicada.

## 4.2. CASOS CON CONSUMIDORES

### 4.2.1. El escándalo “Dieselgate”

Queremos comentar en este apartado un caso que ha sonado bastante en los últimos años y que creemos puede resultar interesante: la manipulación efectuada por el grupo Volkswagen sobre algunos de sus vehículos, a través de la instalación de un *software* en el ordenador de a bordo que era capaz de detectar si el coche estaba siendo sometido a una prueba de emisiones. De esta manera, cuando detectaba que se encontraba en una de estas pruebas, el dispositivo alteraba muy a la baja los valores reales de las emisiones de óxido de nitrógeno (NOx).

En relación con esto, quitando que todo lo concerniente al procedimiento penal se trasladó a Alemania para ser resuelto por sus tribunales, es importante destacar que el 25 de mayo de 2020, el Tribunal Federal de Justicia Alemán, equivalente al Tribunal Supremo en España, resolvió en vía civil sobre un caso similar a los que ahora analizamos, en cuya sentencia reconocía el derecho a indemnización de un comprador afectado, que podía “exigir el reembolso del precio de compra abonado, pero debiendo descontar la ventaja de uso obtenida, es decir, los kilómetros recorridos; así como poner el coche a disposición del fabricante”. Argumentaba la decisión por el “engaño intencional equivalente a un comportamiento inaceptable” que perjudicaba al consumidor en el sentido de que el automóvil “no era plenamente utilizable según su propósito”<sup>50</sup>.

La sentencia es muy reciente como para que los nuevos casos que han llegado a los tribunales sobre la misma cuestión hayan podido ser enjuiciados bajo esta óptica, aunque está claro que puede sentar un precedente a tomar en consideración por las instancias inferiores; y no sólo eso, es posible que la decisión pueda exportarse fuera de sus fronteras.

En España resulta destacable el juicio que enfrenta a la Organización de Consumidores y Usuarios y Volkswagen por el mismo asunto, que se encuentra

---

<sup>50</sup> Agencia EFE (25 de mayo de 2020). El Supremo alemán da la razón a un consumidor alemán afectado por el caso VW.

pendiente de dictar sentencia tras haberse celebrado el juicio oral el 17 de febrero, amén de la multitud de demandas individuales pendientes.

Por nuestra parte vamos a examinar una serie de litigios iniciados por demandas de particulares cuyos fallos poco se asemejan a lo ahora expuesto, aunque, si bien no existe unidad de criterio promovida por una instancia superior, las pocas resoluciones dictadas por las audiencias provinciales hasta ahora sobre el caso presentan una doctrina similar.

De esta manera, estudiaremos sentencias que sí contienen referencias a la competencia desleal, entre las que están la SAP de Burgos 168/2019, que será el eje vertebrador del análisis y alrededor del cual introduciremos referencias de otros fallos similares, dictadas por la propia AP de Burgos, a saber, las SAP de Burgos 544/2017, 27/2018 y 116/2018. También se hará una breve reseña a modo de curiosidad sobre las SAP de Barcelona 18/2020 y 285/2018, y la SAP de Huelva 549/2018, puesto que aunque aplican en su mayor parte el Código Civil y el TRLGDCU, contienen algunas referencias hacia la deslealtad en el comportamiento.

En la SAP de Burgos nos encontramos con un particular, D. Serafín (quien tras su fallecimiento será sucedido procesalmente por D<sup>a</sup> Vanesa), que interpuso demanda contra Auxiliar de Emplazamientos y Servicios, S.L., (en adelante Auxiliar), que absorbió Automoba, S.A., la cual era concesionaria de Volkswagen en Burgos y provincia, y a la que Serafín compró el 29 de diciembre de 2009 un Audi A3 con un motor 2.0 diésel EA 189 con homologación Euro 5 por 29.989€. Posteriormente, en septiembre de 2015 se destapó que este tipo de motores llevaba instalado el programa antes explicado, lo cual según D<sup>a</sup> Vanesa lo vuelve un vehículo contaminante que incumple la normativa europea de emisiones.

Por ello, en la demanda ejercita las siguientes acciones: 1) la de nulidad radical de la compraventa por infracción de normas imperativas, esto es, por no cumplir con la normativa Euro 5 que lo homologa; 2) la de nulidad relativa por dolo y error esencial y excusable a la hora de consentir la compra del vehículo, pensando que compraba un vehículo ecológico; 3) resolución del contrato por incumplimiento imputable a Auxiliar, tanto por falta de conformidad de lo entregado con lo pactado en el contrato y lo que aparece en la publicidad, como

por la posibilidad de que la retirada del *software* afecte a la conducción y prestaciones del automóvil; 4) y la solicitud de 6.839,75€ en concepto de indemnización de daños y perjuicios – por mayor consumo de combustible, averías futuras, pérdida de valor y llevar el vehículo al taller –. Así, solicita en la demanda la nulidad o subsidiaria resolución del contrato, debiendo la demandada devolver el precio pagado y abonar tanto el interés legal desde el pago como la indemnización; devolviendo la actora el coche comprado.

Frente a esto, Auxiliar se opone a la demanda realizando alegaciones respecto de cada una de las acciones interpuestas: 1) frente a la nulidad por infracción de normas imperativas, aduce que el *software* afecta a las emisiones de NOx cuando el coche está en bancada, pero no en circulación, no estando ninguna de ellas reguladas por Euro 5 y no habiendo sido revocada la homologación tras descubrirse el programa; 2) respecto al dolo y el error, se opone excepción de caducidad; que la empresa vendedora es independiente de la fabricante e importadora, no conociendo el *software* y habiendo actuado de buena fe; que el vehículo es menos contaminante que otros del segmento; y que además no consta especial conciencia ecológica en el comprador; 3) respecto a la resolución contractual, el automóvil es conforme a lo pactado y publicitado – puesto que no se hace referencia a las emisiones de NOx –, sin que ni la permanencia ni la retirada del software afecten a la circulación y prestaciones del vehículo, siendo la retirada una reparación menor ofertada por el fabricante de forma gratuita para el comprador; 4) frente a la indemnización, alega que ninguno de los puntos reclamados ha sido acreditado.

Teniendo esto en cuenta, el juzgado de primera instancia estima la excepción de caducidad opuesta frente a la acción de anulabilidad por dolo y error, y desestima las acciones de nulidad y resolución por incumplimiento contractual, acogiendo los argumentos de la demandada. Empero, estima parcialmente la acción de indemnización de daños y perjuicios, condenando a Auxiliar a abonar 2.898€ (10% del precio) por incumplimiento contractual parcial al ofertarse un vehículo ecológico, vulnerarse la Euro 5, afectar al motor e inutilizar parcialmente el vehículo por la retirada del programa, y defraudar la confianza de D. Serafín.

Contra esta sentencia interponen ambas partes recurso de apelación requiriendo su revocación, solicitando la parte actora que se estime íntegramente la demanda por error en la valoración de la prueba, basándose en la LCD pero sin alegar ningún precepto en particular; y la parte demandada la íntegra desestimación alegando incongruencia en las razones por las que se concede la indemnización, por la inexistencia de dolo o negligencia ni haberse probado ningún daño cierto.

Así, comienza la AP de Burgos apuntando que el examen de la cuestión debe partir de la consideración de una serie de hechos previos. El primero, la certeza sobre la implantación del *software* y su función en el vehículo, en los términos antes expuestos; el segundo, que Volkswagen AG como fabricante había ofrecido a los titulares de los automóviles en los cuales se hallaba instalado el programa una solución técnica gratuita, que no modificaba ninguno de los atributos del vehículo y sin perder la homologación Euro 5; y tercero, que estos últimos extremos habían sido probados en diversos informes por instituciones de reconocido prestigio en la materia, entre otros el de la Universidad Politécnica de Valencia que se aporta en la contestación a la demanda y al que por tanto se le confiere pleno valor probatorio tanto en primera instancia. De aquí cabe extraer que en todos los fundamentos se parte de que el automóvil es perfectamente apto para circular en la Unión Europea conforme a su propia normativa, ya que la homologación sobre estos vehículos no ha sido revocada ni impugnada.

Puesto que las alegaciones de la parte actora en el recurso giran en torno al error en la valoración de la prueba y la existencia de un cumplimiento irregular del contrato por la instalación del programa, la AP aduce que tan sólo cabe pronunciarse sobre lo que afecta a la petición de indemnización de daños y perjuicios, entendiéndose que D<sup>a</sup> Vanesa acata la sentencia de instancia en el resto de aspectos.

Con respecto al error en la valoración de la prueba, la AP de Burgos desestima el motivo y confirma el pleno valor probatorio del informe pericial aportado con la contestación a la demanda, como ya hizo el juzgado de primera instancia o la propia Audiencia en la SAP de Burgos 544/2017, en la cual fue

aportado este mismo estudio. Nos remitimos en este punto a las consideraciones efectuadas sobre los hechos previos.

En lo atinente a la pretensión resarcitoria, esta se basa en el cumplimiento defectuoso del contrato de compraventa por la contravención de la norma Euro 5 y porque según la actora “el coche no es ecológico”. No obstante, por un lado, si bien la Euro 5 ha sido vulnerada por la instalación del *software*, por ser un mecanismo de desactivación prohibido por la misma, esta infracción se salda por la instalación del nuevo sistema de forma gratuita, y además, la Euro 5 no regula nada al respecto de las emisiones de NOx y se cumple con toda la normativa europea sobre emisiones de gases contaminantes. Por otro, en cuanto al carácter ecológico o no del vehículo, se argumenta, como se hizo en la SAP de Burgos 544/2017, que para que las promesas publicitarias queden incluidas en el contrato, se requiere que las mismas se refieran a aspectos concretos y verificables. Dado que sólo se presenta el vehículo como “ecológico”, para considerarlo no ecológico debería “contravenir la normativa sobre de gases contaminantes o que las emisiones de los mismos fuesen superiores a lo normal, tomando como referencia la comparación con vehículos de otras marcas de la misma gama o características similares”<sup>51</sup>, y ni incumple la normativa ni emite en mayor grado gases contaminantes que otros vehículos de su mismo segmento – de hecho, los emite en menor medida –.

En este último punto, la actora establece como fundamento legal de sus pretensiones la LCD, si bien, sin mencionar ningún precepto concreto, ni ejercitar ninguna de las acciones recogidas en el art. 32 LCD, ni respetar la competencia objetiva, que recae sobre un juzgado mercantil y no sobre uno de primera instancia. En esta dirección, el art. 21.1 c) LCD dispone que: “*Se reputan desleales por engañosas, las prácticas comerciales que afirmen sin ser cierto: c) Que un empresario o profesional, sus prácticas comerciales, o un bien o servicio ha sido aprobado, aceptado o autorizado por un organismo público o privado, o hacer esa afirmación sin cumplir las condiciones de la aprobación, aceptación o autorización*”. Sin embargo, la AP reitera que a pesar de que se haya introducido

---

<sup>51</sup> España. Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3ª). Sentencia núm. 544/2017, de 21 de diciembre (*apud* España. Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3ª). Sentencia núm. 168/2019, de 29 de marzo, p. 14).

el *software*, la normativa Euro 5 no regula nada respecto de las emisiones de NOx y por tanto no ha quedado acreditado que la misma se haya incumplido, motivo por el cual desestima el motivo.

Pasando a la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, para que se estime requiere de la presencia de un daño cierto y valorable económicamente, basado en el incumplimiento contractual, no cumpliéndose ninguna de estas condiciones. No obstante, la sentencia de instancia concede un 10% de indemnización porque el actor se vio perjudicado porque en la publicidad se ofertaba un vehículo ecológico, se incumplió la Euro 5, se inutiliza parcialmente el vehículo mientras se repara y se defrauda la confianza de D. Serafín en la bondad del producto. Frente a esto, la AP argumenta que los dos primeros motivos ya han sido analizados en sentido contrario en esta sentencia; respecto de la inutilización parcial, dice que tiene carácter mínimo; y respecto a la pérdida de confianza, reconducida a un daño moral, dice que no ha sido solicitada por la parte actora y por tanto incurre en incongruencia *extrapetiturum*.

Aun así, la AP trae a colación lo argumentado por la SAP de Burgos 116/2018 sobre el daño moral, diciendo que se califica como “una situación de angustia, zozobra, inseguridad y en definitiva desconfianza”<sup>52</sup>, pero que no podría haberse producido en los titulares de vehículos con el motor afectado, puesto que desde que se destapó el escándalo, en los medios también se dijo que los automóviles continuaban homologados y no variaban sus prestaciones.

También en relación con los daños morales se pronuncian las SAP de Barcelona y Huelva, sólo que en estos casos la demanda sí pretende de forma expresa la indemnización de daños morales, basándolos – con términos muy similares en todas ellas – en la deslealtad del comportamiento, y concretamente, en “el incremento de emisión de gases NOx que el vehículo va a producir y en su influencia en la salud de las personas y el público en general, en los daños a los competidores por competencia desleal, en los daños a los inversores accionistas de la propia Volkswagen y en el engaño a la Administración”<sup>53</sup>. No obstante, en ninguna de las demandas se alega ningún precepto concreto de la

---

<sup>52</sup> España. Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2ª). Sentencia núm. 116/2018, de 28 de marzo, p. 7.

<sup>53</sup> España. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13ª). Sentencia núm. 18/2020, de 14 de enero, p. 9.

Ley de Competencia Desleal, sino que sólo se hace referencia a la misma; y además, estas conductas no encajan dentro del concepto de “daño moral” que expone todo este grupo de sentencias.

Por todos estos motivos, estima el recurso de la parte demandada, Auxiliar, y revoca la sentencia de instancia, si bien no condena en costas a la actora por considerar que algunos aspectos pueden ofrecer dudas, entre otros, que la práctica incluso podría llegar a considerarse un acto de competencia desleal a tenor del art 21 LCD.

Como hemos podido comprobar, es un caso complejo y con múltiples aspectos a tener en cuenta. Nosotros nos centraremos en valorar lo que importa a efectos de la competencia desleal. En este sentido, aunque estamos de acuerdo con el fallo recogido en la sentencia, no lo estamos con los fundamentos que aporta en lo que al art. 21 LCD respecta.

Tal y como queda reconocido en la propia sentencia, la instalación del *software* para manipular los valores de las emisiones durante las pruebas va en contra de la norma Euro 5, que prohíbe los mecanismos de desactivación, que son aquellos destinados a detectar cuándo el vehículo se encuentra sometido a pruebas, para de esta manera modificar los valores de algunas de sus características técnicas. Sin embargo, la sentencia desestima el motivo de cumplimiento irregular del contrato por incumplimiento de la normativa Euro 5 porque esta no regula nada sobre las emisiones de NOx, entendiéndose que por ende esta no queda incumplida. A nuestros ojos, resulta completamente incongruente que desestime el motivo por esta razón, pues la propia sentencia reconoce el incumplimiento inicial de la Euro 5 por la instalación del *software*, por mucho que luego aduzca que tal incumplimiento se rectifica con la instalación del nuevo sistema de forma gratuita.

Dicho de otro modo, el art. 21.1 c) LCD recoge como desleales por engañosas – recordemos que de forma automática por el juego del art. 19.2 LCE – aquellas prácticas que afirmen la obtención para uno de sus productos de un refrendo por parte de un organismo, ya sea público o privado, sin ser cierto o sin cumplir realmente las condiciones para obtenerlo, residiendo la deslealtad en el engaño que supone el decir que se ha obtenido tal reconocimiento o autorización

sin ser así. Como vemos, la deslealtad se produce en el momento inicial, esto es, el momento en que se realiza este tipo de afirmaciones sin ser ciertas, y Volkswagen incurre en esta conducta cuando anuncia que sus vehículos, incluidos los que llevan el *software* prohibido, son acordes a la normativa Euro 5, sin serlo realmente por la razón que acabamos de exponer. En definitiva, el acto llevado a cabo por Volkswagen nos parece subsumible en el supuesto de hecho que recoge el art. 21.1 c) LCD, y no alcanzamos a comprender cómo la audiencia lo ha pasado por alto.

Con todo y con ello debe resaltarse que aunque pudiera ser de aplicación el art. 21.1 c) LCD a la conducta, el que la ha llevado a cabo no es el concesionario, que es la parte demandada, sino su fabricante, sin que la parte demandada tuviera conocimiento de ello. Por ende, en ningún caso podría estimarse este motivo respecto de la demandada Auxiliar.

Tampoco estamos de acuerdo en que la acción de daños y perjuicios tenga que ser ejercitada al amparo del art. 32 LCD para que se hubiera podido estimar el motivo por infracción del art. 21.2 LCD, como señala el voto particular de esta sentencia, ya que el art. 19 LCD dispone que existen otros textos que protegen frente a la deslealtad de los comportamientos de los empresarios si afectan a los consumidores – véanse los arts. 19 y 20 del TRLGDCU –.

Bien es cierto, que, a pesar de estas cuestiones, estamos de acuerdo con el fallo por dos razones. En primer lugar no se respeta la competencia objetiva para este tipo de acciones, reservadas al juzgado mercantil. En segundo y más importante, el resultado habría sido el mismo, toda vez que en la acción de daños y perjuicios de la LCD se exige que medie dolo o culpa del infractor, y en tal caso el demandado no era el infractor, a lo que hay que añadir que tampoco tenía conocimiento del acto; además de que el afectado no ha probado ningún tipo de daño que sea evaluable económicamente, y en este punto sí estamos de acuerdo con los argumentos de la sentencia.

Antes de finalizar la cuestión, nos gustaría hacer otra reseña, en relación con lo fallado por el Tribunal Federal de Justicia Alemán, o lo argumentado por el juzgado de primera instancia para conceder la indemnización: el primero decía que se producía un engaño intencional que era perjudicial para el comprador en

cuanto a que el coche no era utilizable según su propósito; y el segundo hacía alguna referencia entre otras cosas a esa defraudación de la confianza.

Habida cuenta de que como ha quedado acreditado en todas las sentencias expuestas, incluidas aquellas que están fundamentadas exclusivamente en la Ley de Competencia Desleal, puesto que el programa no afecta al rendimiento ni a las prestaciones del vehículo, parece que estas resoluciones tienen un componente de carácter más punitivo-económico que reparador. Es decir, parece que tratan de imponer una sanción económica a Volkswagen por su conducta más que reparar los daños, de dudosa realidad en muchos supuestos, producidos a los consumidores, puesto que en ningún caso se ha recogido en los estudios sobre la cuestión que haya habido averías o cambios en las prestaciones del vehículo, ni es realmente plausible pensar en un daño moral exceptuando quizá a alguna persona con alta conciencia medioambiental.

Por ende, a nuestro juicio, de ser esta la razón de fondo que impera bajo estos pronunciamientos, se estaría introduciendo un carácter meramente punitivo o penal en el Derecho de Competencia Desleal, cuando no debe ser así, pues al contrario que la LDC o el TRLGDCU que sí recogen un apartado de sanciones consistentes en una multa como tal, esto es, un castigo por la infracción, la naturaleza de los remedios que acoge en su interior la LCD es resarcitoria o reparadora. Desde aquí no se niega que su comportamiento sea merecedor de una cuantiosa sanción, pero esto es algo que corresponde hacerlo al amparo de otra normativa, ya sea, según el carácter de la norma vulnerada, en tribunales civiles o penales.

De hecho, si en nuestro país se terminara por resolver alguno de estos casos amparándose en la LCD, en el mismo sentido que el tribunal alemán – la indemnización alcanza al precio total del vehículo menos el descuento de uso, cantidad muy superior al valor del coche en ese momento –, creemos que podría estar incurriéndose en un enriquecimiento injusto por parte del comprador, pues el valor de mercado del coche que devuelve al fabricante es muy inferior al valor de compra menos el descuento por la ventaja de uso obtenida que le es restituida.

## 4.3. CASOS RELACIONADOS CON LA PUBLICIDAD

### 4.3.1. El anuncio del Alfa Romeo *Giulietta*

Para el estudio de este caso se tomará como base la Resolución de 5 de julio de 2012, de la Sección Quinta del Jurado de la Publicidad, que ha sido la primera entidad privada acreditada como entidad de resolución alternativa de litigios por el Gobierno de España, esto es, no es un órgano jurisdiccional.

Este dicta sus resoluciones atendiendo no sólo a la legislación vigente sino también a la normativa contenida en el Código de Conducta Publicitaria. El hecho de que sobre este asunto no haya recaído sentencia, nos deja en grado de afirmar que logró su objetivo de evitar que sobre el caso recayera una demanda judicial.

Los hechos objeto de controversia se refieren a un anuncio que fue emitido en televisión durante los meses de noviembre de 2011 y de abril de 2012, que tenía el objetivo de promocionar el modelo *Giulietta* de la marca italiana Alfa Romeo, que pertenece al grupo Fiat.

A lo largo de este anuncio se van intercalando una serie de imágenes en movimiento en las que se muestran diversas perspectivas del coche así como una serie de personas que en algunas escenas interactúan con él. Al mismo tiempo, a lo largo del anuncio se puede escuchar una voz en *off* de mujer, y en ciertos fotogramas, textos breves que anuncian cualidades del vehículo.

Así, durante el anuncio se van presentando distintas combinaciones: en la primera escena se ve al automóvil salir de un garaje a la vez que se escucha “mírame”. Después, aparece una mujer tocando el coche al mismo tiempo que la voz en *off* dice “tócame”. En la siguiente se puede apreciar unas manos de mujer girando el volante, mientras la voz dice “incítame”, y mientras se puede leer “Alfa TCT mejor cambio automático”. Después se aprecia al Alfa Romeo girando por una pista de tierra, junto con el texto, “Alfa TCT mejor relación prestaciones-consumo” a la vez que la voz dice “provócame”. Acto seguido, aparece una mujer acariciando a un hombre pegado a la pared mientras se yergue y la voz en *off* dice “sedúceme”. En la siguiente escena, una de las causantes del debate, se ve una mano de mujer que toca uno de los comandos

del automóvil al tiempo que se escucha “contrólame”, y se puede leer “selector de conducción Alfa D.N.A.”; tras lo cual se le ve circulando bajo la lluvia a la par que se lee “el más seguro de su categoría según EuroNCAP”. Después se observa a unos niños debajo de su maletero mientras se escucha “protégeme”. Tras este punto, viene la otra secuencia objeto de controversia: aparece un hombre corriendo detrás del coche, aparentemente chillando, mientras se escucha “grítame”. Posteriormente, a la vez que la voz dice “relájame”, se ve al coche circular y llegar de nuevo a un garaje. Continúa el anuncio con el coche en un plano central mientras la voz dice “yo soy Giulietta, si vas a hablar de mí, pruébame”, para pasar a enunciar que se trata de la versión súper y su precio, 18.900€, que pueden leerse bajo la tipografía de *Giulietta*. Termina el *spot* con el logotipo de Alfa Romeo y el eslogan “sin corazón, sólo seríamos máquinas”<sup>54</sup>.

Frente a este anuncio la Asociación de Usuarios de la Comunicación (en adelante AUC) reclama que el empleo de las expresiones “contrólame” y “grítame” podrían incitar a la violencia de género, al normalizar estas actuaciones con respecto a una mujer, señalando que esto es contrario al art. 3 a) LGP que establece la ilicitud de la utilización de la imagen de la mujer con carácter vejatorio o discriminatorio. Asimismo, aducen que estos hechos contradicen también lo dispuesto por las normas 2 (respeto a la legalidad vigente) y 10 del Código de Conducta de la Publicidad (ilicitud de la publicidad discriminatoria). Por estas razones, solicitan el cese o rectificación de la publicidad reclamada.

Frente a tales alegaciones, Fiat se defendió arguyendo que el anuncio se limita a mostrar imágenes del automóvil, siendo las personas que figuran en él meros elementos accesorios que interactúan con el coche, que es en todo momento el elemento principal de la imagen. Además, la voz en femenino dicen que se explica por el nombre del coche – llamado *Giulietta* –.

De esta manera, señalan que no es posible decir que la imagen de la mujer sea utilizada de forma vejatoria o discriminatoria, puesto que además todas las personas que aparecen en el anuncio lo hacen vestidas. Del mismo modo, alegan que todas las expresiones se refieren al automóvil, y pretenden que los potenciales compradores prueben el vehículo y opinen; incluidas las

---

54

[https://www.youtube.com/watch?time\\_continue=18&v=3ulXnLO2zbs&feature=emb\\_logo](https://www.youtube.com/watch?time_continue=18&v=3ulXnLO2zbs&feature=emb_logo)

expresiones “contrólame”, en el momento en el que se toca una tecla del panel de control del vehículo, sugiriendo una conducción segura; o “grítame”, que se refiere a que el hombre le grita que no se vaya.

Por último, basándose en la Norma 3 del Código, que dispone que la publicidad sea analizada en su conjunto, atendiendo a la impresión global que genera en los consumidores, Fiat aduce que los reclamantes han descontextualizado completamente las dos expresiones mencionadas, además de haberse producido la reclamación dos meses después de la finalización de la emisión del anuncio, por lo que entienden debe desestimarse la reclamación.

A la luz de estas reclamaciones el Jurado de la Publicidad entiende que el caso debe resolverse atendiendo a la Norma 10 del Código sobre publicidad discriminatoria, que dispone que la publicidad no debe sugerir circunstancias de discriminación, entre otras cosas por razón de sexo, ni atentará contra la dignidad de la persona; en conexión con el art. 3 a) LGP, a cuyo amparo se considera ilícita la publicidad atentatoria contra la dignidad de la persona o los derechos reconocidos en la CE, destacando los arts. 14, 18 y 20.4, y particularmente dentro de este supuesto, aquella publicidad que presente a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria.

En este mismo sentido, trae a colación el art. 14 CE sobre la igualdad ante la ley; y el art. 10 CE sobre la dignidad de la persona, a la que considera “uno de los principios básicos sobre los que se apoya tanto el régimen jurídico como deontológico de la publicidad”<sup>55</sup>.

Así las cosas, el Jurado llega a la conclusión, tras analizar el anuncio en su conjunto, de que se presenta como normal la sumisión de la mujer, toda vez que a pesar de que la publicidad termine con la voz en *off* diciendo “Yo soy Giulietta”, en el resto de escenas se escucha a una voz femenina enunciando acciones que le gustaría que le sucedieran, no sólo las referenciadas por AUC como “contrólame” o “grítame”, sino también otras como “tócame”, “sedúceme”, “provócame”, etc.

---

<sup>55</sup> Autocontrol. Jurado de la Publicidad (Sección Quinta). Resolución de 5 de julio de 2012, p. 7.

A esto añade que no sólo se escucha esta voz en femenino hablando en primera persona, sino que en muchas de las escenas aparecen mujeres, y que incluso en una de ellas, cuando se escucha “sedúceme”, aparece un hombre pegado a la pared y una mujer subiendo con las manos por su cuerpo.

En definitiva, según el Jurado de la Publicidad no cabe sino entender del contexto general que es la mujer que habla en primera persona la que reclama estas acciones, y no el coche como alegaba Fiat, de modo que, al encontrarse entre ellas “contrólame” y “grítame”, presenta de forma clara la imagen sumisa de la mujer frente al hombre.

Hecha esta valoración de los hechos por el Jurado, considera que, si bien la dignidad de la persona es un concepto de difícil determinación, pueden encuadrarse en él los derechos a la libertad y a la igualdad, de forma que esta imagen de sumisión supone una vulneración de la Norma 10 en conexión con el art. 3 a) LGP y de los arts. 10 y 14 de la CE. Por todo ello, estima la reclamación e insta a Fiat a cesar la publicidad reclamada.

A nuestro juicio, el fallo es acertado. Si bien no nos cabe ninguna duda acerca de que la finalidad de Fiat, perfectamente lícita, es suscitar en los potenciales compradores el deseo de probar el vehículo, no nos parece conforme a derecho el modo de llegar a ello.

A pesar de que sí vemos cierto que hayan elegido una voz femenina por el hecho de que el modelo se llama *Giulietta* y porque la palabra coche en italiano, de donde es la marca, es femenina – *la macchina* –, no creemos menos cierto que hayan aprovechado esta coyuntura para elaborar un juego confusionista entre la figura de la mujer y el automóvil, personalizándolo; idea esta que queda reforzada por el propio eslogan de la marca: “Sin corazón, sólo seríamos máquinas”.

Por otro lado, Fiat argumentaba que el automóvil se mantiene siempre en el plano principal de la imagen. No obstante, esto no es cierto, puesto que en la secuencia en la que se escucha “sedúceme” sólo se ve a un hombre contra la pared y a una mujer subiendo por él con sus manos, no apareciendo el automóvil por ningún lado.

Teniendo esto en cuenta, es perfectamente posible que el consumidor medio interprete el anuncio en su conjunto y sin la necesidad de descomponerlo en partes, como reclama el ap. 1 de la Norma 3 del Código de Conducta Publicitaria, como que es una mujer, la que está diciendo esas frases, y por tanto es ella misma la que está reclamando estas actuaciones; independientemente de que finalice diciendo “Yo soy Giulietta”, pues en este caso, y dudamos que el consumidor medio llegue a plantearse estos extremos durante la visualización del anuncio, es plausible pensar que al personalizar el coche, este sea una mujer.

En resumen, independientemente del camino que se tome, si se llega a la conclusión de que la interpretación de la publicidad conduce a pensar que se habla de una mujer, efectivamente se muestra una imagen de sumisión de la misma con respecto al hombre.

Pues bien, habida cuenta de ello, entendemos que sí que se produce la vulneración de las normas expuestas previamente, esto es, la Norma 10 del Código, el art. 3 a) LGP y los arts. 10 y 14 CE. Particularmente, dentro de las conductas del art. 3 a) LGP, esta imagen de la mujer sumisa encajaría dentro de la parte general que sanciona a aquella publicidad contraria a la dignidad de la persona y que presente de manera vejatoria o discriminatoria a la mujer, que según la jurisprudencia engloba a aquellos mensajes publicitarios que utilicen de forma procaz su imagen – en este caso también la voz – como reclamo sexual, o que transmiten la impresión de que son inferiores a los hombres.

A modo de finalización, podemos encontrar un cierto paralelismo entre la cesación o rectificación solicitadas en la reclamación y las acciones declarativa – que se califique el *spot* como publicidad ilícita – y de cesación y prohibición de reiteración futura de la conducta que se recogen en la LCD<sup>56</sup>. Por otro lado, el caso es que tal reclamación se produjo después de que el anuncio terminara de emitirse en televisión, por lo que la resolución no parece que tuviera ningún tipo de consecuencia real, salvo, quizá, evitar que se volviera a emitir.

---

<sup>56</sup> No así con la acción de remoción de los efectos producidos, puesto que la rectificación de la que aquí se habla es a futuro y sin consecuencias sobre las consecuencias pasadas.

#### **4.3.2. El anuncio del Seat León y de su equipo de competición**

Queremos finalizar esta serie de supuestos con una breve reseña sobre la publicidad que empleó Seat para su modelo León y su equipo de carreras, no con ánimo de extendernos más sino de conectarlo de manera breve con el supuesto anterior. Dejaremos de lado la controversia que atañe a la agencia de publicidad contratada por Seat y a su responsabilidad, y nos centraremos en la aplicación del art. 3 a) LGP a la conducta, basándonos en los hechos y fundamentos recogidos tanto en la SAN de 26 de noviembre de 2008 como en la resolución del Jurado de la Publicidad de 31 de enero de 2007.

En este anuncio sobre el equipo automovilístico de competición Seat León pueden observarse al inicio varias tomas de automóviles en un circuito de carreras. Posteriormente y de forma breve se muestra la imagen de una mujer de espaldas, a la que el viento levanta su mini falda, quedando sus glúteos al descubierto. Acto seguido, vuelven las imágenes de coches de competición, con los textos “valor garantizado”, “sentido común opcional”; y finalmente la de un piloto de carreras realizando gestos de satisfacción con el texto “enhorabuena al equipo Seat León por esta gran temporada”.

Frente a estos actos, vuelve a reclamar ante Autocontrol la AUC solicitando el cese de la publicidad – sólo que esta vez Seat no se encuentra adherida a su código de conducta, por lo que la resolución del Jurado de la Publicidad no es vinculante para ella –. En la reclamación la AUC alega que esta publicidad infringe la norma 10 del código y el art. 3 a) LGP, justo como en el caso anterior.

Por otro lado, el caso que llega a la Audiencia Nacional se basa en el recurso de la agencia de publicidad contratada por Seat contra una sentencia que declaraba esta conducta como contraria a estos artículos, y recogía en lo concerniente a este punto los mismos fundamentos de derecho respecto al art. 3 a) LGP que el Jurado de la Publicidad, por lo que los sintetizaremos como si fueran comunes.

Además, en este supuesto, realizaremos la valoración crítica a la vez que exponemos el pronunciamiento y los fundamentos acerca de la cuestión, por

razones economía expositiva. Centrando ya el tema, el Jurado entiende que la conducta es contraria a la norma 10 del Código de Conducta Publicitario, que prohibía la publicidad que atentara contra la dignidad de la persona o sugiriera circunstancias de discriminación, entre otras cosas por razón de sexo.

De la misma manera, también aprecian tanto la Audiencia como el Jurado que la conducta vulnera el art. 3 a) LGP, que catalogaba como ilícita aquella publicidad que atentase contra la dignidad de la persona o los derechos de la CE, y concretamente aquella que presentase a la mujer de forma vejatoria o discriminatoria, “bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar”, bien utilizando su imagen vinculada a comportamientos estereotipados.

Dentro del art. 3 a) LGP, ambas consideran que podría producirse una vulneración del primer subtipo de conductas vejatorias recogido en el mismo, esto es, aquellas que utilicen su cuerpo como reclamo sexual desvinculado del bien o servicio promocionado, requiriéndose para ello tres requisitos: 1) el uso del cuerpo femenino o de una parte del mismo con connotaciones eróticas en la parte captatoria de la publicidad; 2) la presentación de su cuerpo como simple objeto, sin que desempeñe ningún papel durante la publicidad o que este no guarde relación con el argumento; y 3) que no exista ningún tipo de vinculación entre la imagen de la mujer y el bien o servicio promocionado.

Así, tanto la AN como el Jurado lo contraponen con el caso fáctico. 1) Con respecto al primer requisito, en el *spot* se emplean las nalgas, parte de claro contenido erótico, para crear impacto y atraer de forma efectiva e inmediata la atención del público, pues tal imagen aparece de forma brusca en medio de una secuencia de imágenes relacionadas con una competición automovilística. 2) Respecto a su aparición como mero objeto sin ningún tipo de incidencia en la publicidad, tampoco ofrece dudas: aparece la falda de la mujer siendo levantada por el viento, quedando sus glúteos al descubierto, sin que esto suponga participar en ningún momento activamente en el anuncio. Tampoco parece que esta imagen pueda ser insertada de forma coherente en la trama del anuncio. Y 3) tampoco existe ningún tipo de vinculación entre la imagen de las nalgas de la

mujer y el producto publicitado, a saber el equipo de competición de Seat y el propio Seat León.

Como podemos notar, el interés que presenta este caso para el trabajo no es la subsunción de los hechos enjuiciados en la norma 10 del Código o en el art. 3 a) LGP, que no aporta nada nuevo, sino resaltar la variedad de conductas que caben bajo el amparo de este último y que efectivamente son aplicadas en la práctica de nuestros tribunales y del Jurado de la Publicidad de Autocontrol.

En el caso del Alfa Romeo *Giulietta* se reconducía el acto concreto al grupo más general de supuestos de publicidad vejatoria o discriminatoria contra la mujer, donde se incluye la publicidad que utiliza la imagen de la misma de forma inapropiada y como simple reclamo sexual, pero que no es subsumible en alguno de los subtipos que regula el precepto, principalmente los de la mujer-objeto o los de conductas estereotipadas.

Sin embargo, el caso del Seat León es perfectamente reconducible a este subgénero de la mujer-objeto del art. 3 a) LGP, puesto que se cumplen los tres requisitos que exige el precepto para considerar como ilícita una publicidad concreta por presentar a la mujer de forma cosificada.

## **5. CONCLUSIONES**

Este apartado final está dedicado a exponer las conclusiones que hemos ido extrayendo a lo largo de toda la investigación que ha sido necesaria realizar para llevar a cabo el trabajo. Con espíritu de mantener la siempre necesaria coherencia expositiva, comenzaremos por las conclusiones relativas al marco jurídico en general, y finalizaremos por presentar aquellas atinentes a la incidencia de este marco regulatorio sobre el sector del automóvil; centrándonos por supuesto en los aspectos más importantes.

- I. Lo primero que queremos destacar es la rápida evolución del Derecho de la Competencia Desleal en España. Su tardía aparición a finales del S. XIX y su consideración durante prácticamente un siglo como elemento accesorio de la propiedad industrial, y ya posteriormente de la actividad publicitaria, no fue óbice para que en 1991 se aprobara la Ley de Competencia Desleal, un cuerpo legislativo sin precedentes que aunaba en un solo texto y de forma

bien sistematizada la práctica totalidad de conductas desleales que podían darse en el mercado, mereciendo especial valoración la técnica jurídica, consistente en tipificar no sólo actos concretos sino también una cláusula general, para abarcar las conductas que no hubieran sido previstas.

En este sentido, merece la pena llamar la atención sobre el hecho de que, frente a otras ramas del Derecho Mercantil, como la propia defensa de la competencia, la influencia del acervo comunitario sobre la competencia desleal hasta ese momento había sido considerablemente menor, y limitada a la armonización de aspectos relativos a la publicidad y actividades de radiodifusión televisiva. En definitiva, podemos decir que la Ley de Competencia Desleal de 1991 es un producto eminentemente español, que merece por lo general una valoración muy positiva.

- II. Con todo, el hecho de que se aprobara un texto legal sancionador de las conductas desleales, no debe llevarnos a pensar en que con ello se estuviera estableciendo un marco normativo represor de la actividad competencial. Más bien todo lo contrario, la finalidad de este texto legal es precisamente proteger la competencia, de forma que en el actuar competitivo sólo se impiden aquellas conductas dispuestas – principalmente – en la Ley de Competencia Desleal, por entenderse que adolecen de un particular desvalor que resulta perjudicial para el buen funcionamiento del mercado, siendo libre cualquier otra conducta no expresamente tipificada.
- III. Como ya hemos señalado en su momento, el único punto de la ley que no merecía una valoración tan positiva eran sus relaciones o frecuentes superposiciones con otras normativas, especialmente con la Ley General de Publicidad. Sin embargo, no es esto lo que pretendemos resaltar, sino el hecho de que gracias al buen planteamiento general que se dio a la Ley de Competencia Desleal, como protectora de la competencia y del buen funcionamiento del mercado en interés de todos los que participan en él, se lograron salvar estas dificultades y debates interpretativos en el campo de la aplicación del derecho por parte de los tribunales desde un comienzo.

En otras palabras, existía una aplicación bastante uniforme y coherente tanto de Ley de Competencia Desleal como de la Ley General de Publicidad, dando primacía a la primera tanto en el plano sustantivo como en el de los principios generales dispuestos en ella. Y todo ello ya con anterioridad a que se llegara a un acuerdo más o menos mayoritario por la doctrina y el Tribunal Supremo fallara en 2005 en este sentido.

- IV. En lo concerniente a la reforma operada por la Ley 29/2009 tenemos posiciones encontradas. No cabe duda de que el legislador a la hora de trasponer las Directivas 2005/29/CE y 2006/114/CE ha cumplido por lo general con las exigencias de la Unión Europea, y además solucionó en buena medida los problemas existentes acerca de las relaciones entre la Ley de Competencia Desleal y la Ley General de Publicidad.

Con lo que no estamos de acuerdo es con la forma de hacerlo, pues no ha respetado el principio inspirador de la regulación de la competencia desleal española, a saber, la protección unitaria de todos los interesados en el buen funcionamiento del mercado, con independencia de quiénes sean los destinatarios de las prácticas desleales.

Así, a lo que obligaba la Directiva 2005/29/CE era a trasponer en el ordenamiento español la lista negra de conductas recogidas en su Anexo I, que se consideraban desleales *per se* y sólo en las relaciones con consumidores y usuarios; es decir, las prácticas engañosas y agresivas que finalmente quedaron reguladas en los arts. 21-31 LCD del Capítulo III. Sin embargo, nada impedía al legislador catalogar estas conductas como desleales también cuando el destinatario fuera un empresario o profesional, lo cual habría evitado la fragmentación subjetiva en función del titular de los intereses afectados en que finalmente se ha incurrido.

Además, el haber tipificado las prácticas engañosas de los arts. 21-27 LCD tras los arts. 5 y 7 sobre actos y omisiones engañosas, y las prácticas agresivas de los arts. 28-31 justo después del art. 8 sobre actuaciones agresivas, independientemente de los destinatarios, también hubiera

permitido sentar una estructura más correcta desde los puntos de vista técnico y sistemático, y sobre todo menos compleja.

- V. No obstante, como hemos podido ir observando conforme avanzábamos en el estudio, los problemas anteriores han quedado corregidos en la práctica jurídica gracias al sistema de legitimación activa tan amplio que regula la ley en su artículo 33. Así, por ejemplo, si bien para subsumir una conducta en el supuesto de hecho de uno de los arts. 20-31 LCD es necesario que la misma afecte a un consumidor o usuario, es perfectamente posible que sea un empresario el que interponga una de las acciones del art. 32 LCD, siempre que se vea amenazado o perjudicado su interés económico, lo cual ocurrirá en la mayoría de ocasiones.
- VI. Por otra parte, de la búsqueda realizada sobre la incidencia de la deslealtad competencial en el sector del automóvil también es posible inferir una serie de corolarios. Sin duda el primero de ellos es que se configura como un sector en el que no es muy frecuente aplicar la Ley de Competencia Desleal, al menos como fundamento principal de las pretensiones.

Consideramos que esto se debe principalmente a que por un lado, es complicado que muchos de los comportamientos recogidos a lo largo del texto legal se den en la realidad de la esfera automovilística. Por ejemplo, es poco probable que se den prácticas de coacción para intentar vender un vehículo o piezas del mismo, así como de acoso telefónico o vía correo electrónico, pues son decisiones de relevancia para cualquier persona a las que normalmente dedica un alto grado de reflexión. Asimismo, muchas de las prácticas engañosas en sí mismas están directamente enfocadas a otros sectores como el comercio minorista.

Por otro lado, lo cierto es que muchas de las conductas del Capítulo III, amén de ser bastante recientes, se dan exclusivamente con los consumidores, los cuales suelen ser bastante reacios a acudir a juicio, siendo también complicado que otro empresario interponga las acciones aunque esté legitimado porque es difícil que tenga conocimiento fehaciente de ello.

- VII. Más aplicabilidad tienen los artículos relacionados con la confusión, imitación de prestaciones o aprovechamiento indebido de la reputación ajena, aunque no tanta como cabría esperar, pues la mayoría de las empresas del sector suelen tener fuertes derechos de exclusiva sobre sus signos distintivos o sus creaciones materiales, de forma que cuando se vulneran los mismos *v. gr.* una imitación de una pieza, suelen acudir en primer lugar a la protección ofrecida por la Ley de Marcas o la Ley de Patentes, y de manera complementaria o subsidiaria – por ejemplo si no media tal derecho de exclusiva –, a la que proporciona la Ley de Competencia Desleal.
- VIII. También queremos hacer una referencia a la publicidad. Nos ha llamado mucho la atención la imposibilidad de encontrar casos de publicidad comparativa o encubierta, puesto que sobre todo esta última es bastante frecuente en el día a día. Quizá menos sorprendente ha sido lo fácil que ha sido encontrar alguna resolución sobre publicidad ilícita, especialmente vinculada a la presentación de la mujer de forma vejatoria o discriminatoria, habida cuenta de lo habitual de ciertas imágenes en el ámbito del automovilismo o motociclismo competitivo que acaban pasando también al mundo de la publicidad comercial. Sin embargo, nos alegra decir que no hemos encontrado apenas casos recientes y relevantes acerca de la misma.
- IX. Para finalizar, queremos resaltar la frecuente e insistente alegación en demandas y recursos de la cláusula general como complemento en el que subsumir actuaciones que ya se encuentran recogidas en tipos concretos, cuando desde los inicios se ha dicho por doctrina y jurisprudencia que se constituye como un precepto con sustantividad propia. En nuestra opinión, todo vale dentro de una estrategia procesal, aunque como hemos podido comprobar los tribunales la rechazan.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- Arias Varona, Francisco Javier (2018). El derecho de la competencia. En M<sup>a</sup>. A. Alcalá Díaz (Coord.), *Lecciones de derecho empresarial*, pp. 69-97. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Arroyo Aparicio, Alicia (2011). Explotación de la reputación ajena. En A. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, pp. 317-350. Cizur Menor, Navarra: Editorial Thomson Aranzadi.
- Ávila de la Torre, Alfredo (2014). Actos de denigración y actos de comparación. En J. A. García Cruces (Coord.), *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad, Tomo II* (pp. 1303-1348). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Barona Vilar, Silvia. Competencia desleal. Tutela jurisdiccional –especialmente proceso civil- y extrajurisdiccional. Doctrina, legislación y jurisprudencia. Tomo I: Consideraciones generales y objeto del proceso civil. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008.
- Bercovitz Álvarez, Raúl (2011). Prescripción. En A. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, pp. 955-982. Cizur Menor, Navarra: Editorial Thomson Aranzadi.
- Bellido, José (2011). Discriminación y dependencia económica. En A. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, pp. 433-458. Cizur Menor, Navarra: Editorial Thomson Aranzadi.
- Carbajo Gascón, Fernando (2011). Violación de normas. En A. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, pp. 405-432. Cizur Menor, Navarra: Editorial Thomson Aranzadi.
- Cervera Martínez, Marta. (2014). Acciones y legitimación ante un acto de competencia desleal. Prescripción. En J. A. García Cruces (Coord.), *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad, Tomo II* (pp. 1843-1944). Valencia: Tirant Lo Blanch
- Costas Comesaña, Julio. Crónica crítica de la reforma de la ley española de defensa de la competencia. *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, tomo XX, 1999, pp. 1411-1430.

- Curto Polo, M<sup>a</sup> Mercedes (2011). Actos de confusión. En A. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, pp. 143-158. Cizur Menor, Navarra: Editorial Thomson Aranzadi.
- Domínguez Pérez, Eva M<sup>a</sup> (2011). Actos de imitación. Inducción a la infracción contractual. En A. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, pp. 279-316 y 379-404. Cizur Menor, Navarra: Editorial Thomson Aranzadi.
- Esteban Ramos, Luisa María. La prohibición de la venta a pérdida en España tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 19 de octubre de 2017. *Revista de derecho de la competencia y la distribución, comentarios de jurisprudencia*, núm. 23, 2018, pp. 1-14.
- Fernández Carballo-Calero, Pablo y Salgado André, Elena. Actos de engaño y omisiones engañosas en la Ley de Competencia Desleal (análisis de los arts. 5 y 7 LCD). *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, tomo 30, 2010, pp. 225-244.
- García Cruces, José Antonio (2014). Finalidad y ámbito de aplicación de la Ley de Competencia Desleal. La cláusula general de deslealtad competitiva. En J. A. García Cruces (Coord.), *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad, Tomo II* (pp. 1091-1206). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Iraculis Arregui, Nerea. Publicidad ilícita y competencia desleal por infracción de normas publicitarias. *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm. 7, 2010, pp. 155-174.
- Marimón Durá, Rafael (2014). Prácticas comerciales desleales con los consumidores. En J. A. García Cruces (Coord.), *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad, Tomo II* (pp. 1645-1808). Valencia: Tirant Lo Blanch
- Massaguer Fuentes, José. *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid: Civitas Ediciones, 1999.
- Massaguer Fuentes, José. *El nuevo derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*. Cizur Menor, Navarra: Editorial Thomson Aranzadi, 2006.

- Massaguer Fuentes, José. Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 27, 2010, pp. 1-14.
- Sarazá Jimena, Rafael (1 de noviembre de 2019): La nueva regulación de la publicidad ilícita. Sevilla: Lefebvre. Disponible en:  
<https://elderecho.com/la-nueva-regulacion-de-la-publicidad-ilicita>
- Tato Plaza, Anxo (2014). Publicidad y publicidad ilícita. En J. A. García Cruces (Coord.), *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad, Tomo II* (pp. 1945-1982). Valencia: Tirant Lo Blanch
- Vega Vega, José Antonio (2011). Acciones. Legitimación activa. Legitimación Pasiva. En A. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, pp. 847-954. Cizur Menor, Navarra: Editorial Thomson Aranzadi.
- Velasco San Pedro, Luis Antonio. Competencia desleal y publicidad (1). *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm. 21, 2017, pp. 1-21.
- Viera González, Arístides Jorge. Los actos de confusión e imitación en el Proyecto de Ley por el que se modifica el régimen legal de la competencia desleal. *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm. 6, 2010, pp. 153-162.

## **7. SENTENCIAS Y RESOLUCIONES ANALIZADAS**

- Autocontrol. Jurado de la Publicidad (Sección Primera). Resolución de 31 de enero de 2007.
- Autocontrol. Jurado de la Publicidad (Sección Quinta). Resolución de 5 de julio de 2012.
- España. Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª). Sentencia de 26 de noviembre de 2008.
- España. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17ª). Sentencia núm. 285/2018, de 15 de marzo.
- España. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13ª). Sentencia núm. 18/2020, de 14 de enero.

España. Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3ª). Sentencia núm. 544/2017, de 21 de diciembre.

España. Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3ª). Sentencia núm. 27/2018, de 29 de enero.

España. Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2ª). Sentencia núm. 116/2018, de 28 de marzo.

España. Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3ª). Sentencia núm. 168/2019, de 29 de marzo.

España. Audiencia Provincial de Huelva (Sección 2ª). Sentencia núm. 549/2018, de 17 de octubre.

España. Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20ª). Sentencia núm. 310/2008, de 7 de mayo.

España. Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª). Sentencia núm. 31/2005, de 26 de enero.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 904/2002, de 3 de octubre.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 515/2005 de 4 julio.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 635/2009, de 8 de octubre de 2009.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 1915/2012 de 7 de marzo.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 47/2013 de 19 de febrero.

## **8. OTROS RECURSOS UTILIZADOS**

Agecia EFE (25 de mayo de 2020). El Supremo alemán da la razón a un consumidor alemán afectado por el caso VW. Disponible en: <https://www.efe.com/efe/america/economia/el-supremo-aleman-da-la-razon-a-un-consumidor-afectado-por-caso-vw/20000011-4254452>

Autocontrol (2020). La organización y su finalidad. Disponible en:  
<https://www.autocontrol.es/>

Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311, pp. 29313 a 29424.

España. Ley sobre la propiedad industrial [Internet]. Gaceta de Madrid, 18 de mayo de 1902, pp. 782 a 767. Disponible en:  
<https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1902/138/A00782-00787.pdf>

España. Ley 61/1964, de 11 de junio, por la que se aprueba el Estatuto de la Publicidad. Boletín Oficial del Estado, 15 de junio de 1964, núm. 143, pp. 7804 a 7808.

España. Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. Boletín oficial del Estado, 15 de noviembre de 1988, núm. 274, pp. 32464 a 32467.

España. Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Boletín Oficial del Estado, 11 de enero de 1991, núm. 10, pp. 959 a 962.

España. Real Decreto-ley de 26 de julio de 1929, por el que se reforma la Ley de Propiedad Industrial de 16 de mayo de 1902 y su reglamento de 15 de enero de 1924 [Internet]. Gaceta de Madrid, 30 de julio de 1929, núm. 211, pp. 739 a 777. Disponible en:

<https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1929/211/A00739-00777.pdf>

Guías jurídicas. (Sin fecha). Libertad de competencia. Madrid: Wolters Kluwer. Disponible en:

[https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4slIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjQwtLtbLUouLM\\_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoAUMWRbzUAAAA=WKE](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4slIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjQwtLtbLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoAUMWRbzUAAAA=WKE)

Heras Aznar, A. (24 de octubre de 2019). La industria de la automoción en España. Disponible en:

<http://www.investinspain.org/invest/es/sectores/automocion/descripcion/index.html>

Organización de Consumidores y Usuarios (17 de febrero de 2020). OCU lleva a Volkswagen a los tribunales. Disponible en:  
<https://www.ocu.org/coches/coches/noticias/juicio-volkswagen>

Portal del consumidor de la Comunidad de Madrid (2020). Tipos de publicidad prohibidos. Disponible en:

[http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=FRAME\\_Contentido\\_FA&childpagename=PortalConsumidor%2FFrame\\_Contentido\\_FA%2FPTCS\\_contenidoGenerico&cid=1343066039600&p=1343064183296&pagename=PTCS\\_wrapper](http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=FRAME_Contentido_FA&childpagename=PortalConsumidor%2FFrame_Contentido_FA%2FPTCS_contenidoGenerico&cid=1343066039600&p=1343064183296&pagename=PTCS_wrapper)

Real Academia Española (2019). Diccionario de la lengua española (23.<sup>a</sup> ed.).

Disponible en: <https://dej.rae.es/lema/libre-competencia>

Unión de París. (1883). Convenio de la Unión de París para la Protección de la Propiedad Industrial. Disponible en:

[https://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file\\_id=288515#P182\\_34724](https://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=288515#P182_34724)

Unión Europea. Directiva (UE) 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n° 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo. Diario Oficial de la Unión Europea L 149/22, de 11 de junio de 2005.

Universidad Nacional Española a Distancia (2018). Guías de Derecho Mercantil.

Disponible en: <https://derechoured.com/mercantil>

YouTube (2012). Alfa Romeo | Giulietta – Serie limitada SUPER. Disponible en:

[https://www.youtube.com/watch?time\\_continue=18&v=3ulXnLO2zbs&feature=emb\\_logo](https://www.youtube.com/watch?time_continue=18&v=3ulXnLO2zbs&feature=emb_logo)