

La buena fe como criterio de delimitación de la competencia desleal en el Derecho español*

Good Faith as a Criterion for Delimiting Unfair Competition in Spanish Law

Luis Antonio Velasco San Pedro
Universidad de Valladolid (España)

Resumen: El artículo 4 de la Ley de competencia desleal española establece una cláusula general para definir los actos de competencia desleal al considerar como tales a «todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe». Este trabajo estudia cómo y por qué se llegó a esta cláusula general; qué alcance se le daba en la redacción originaria de la Ley; cómo afectó a este criterio la trasposición de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas desleales con consumidores y qué papel tiene esta cláusula para la delimitación de la competencia desleal.

Palabras claves: competencia desleal, cláusula general, buena fe, diligencia debida, consumidores

Abstract: Article 4 of the Spanish Unfair Competition Act introduces a general clause that serves as a foundational standard for identifying unfair commercial practices, characterizing as such «any conduct that is objectively contrary to the requirements of good faith». This study examines the origins and rationale behind the inclusion of this general clause; the scope it was originally intended to have within the framework of the Act; the impact of the transposition of Directive 2005/29/EC on unfair commercial practices toward consumers; and the continuing relevance of this clause in delineating the boundaries of unfair competition.

Keywords: unfair competition, general clause, good faith, due diligence, consumers

SUMARIO:

- I. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL
- II. LA DELIMITACIÓN DE LOS ACTOS DESLEALES EN LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO ESPAÑOL
- III. EL ALCANCE DE LA INICIAL CLÁUSULA GENERAL
- IV. LA INCIDENCIA DE LA TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2005/29 SOBRE PRÁCTICAS DESLEALES CON CONSUMIDORES
- V. EL DOBLE PAPEL DE LA CLÁUSULA GENERAL

* Ponencia presentada en el Congreso Internacional de la *Asociación de Facultades de Derecho Latinas*, «Buena fe y equidad: los fundamentos del derecho en el contexto actual de globalización», organizado por la Universidad Ovidius de Constanza, en Constanza (Rumanía), el 6 de junio de 2025. La ponencia se ha elaborado en el marco del Proyecto PID2022- 139741OB-C21, «La consolidación de la revolución digital y sus desafíos: adaptación de las estrategias competitivas de los operadores económicos y de las normas ordenadoras de los mercados», del Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España.

I. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Aunque comparten un mismo objeto –la *competencia*–, las normas sobre *competencia desleal* y sobre *defensa de la competencia* han venido siendo desde sus orígenes regulaciones claramente diferenciadas, con fuentes legales distintas y finalidades diversas¹. Las de *competencia desleal*, más antiguas, derivadas en sus inicios de la evolución de reglas medievales de carácter corporativo, y conectadas posteriormente, como luego se verá, a la propiedad industrial, cuando esta comenzó a reconocerse y protegerse, pretendían garantizar un comportamiento correcto, leal –de ahí su nombre–, de los comerciantes (grupo que acabó ampliándose a los demás empresarios e incluso a otros profesionales) en el ejercicio de su actividad profesional. Hoy diríamos que su pretensión era establecer un marco de *fair play* en el mercado.

Las de *defensa de la competencia*, vinculadas a la percepción de los peligros de la concentración económica cuando, tras la segunda revolución industrial, se hicieron patentes los disturbios que podía originar el uso indebido del *poder de mercado* por parte de las empresas, trataban de prevenir que estas obtengan, retengan o abusen de su poder de mercado². En definitiva, impedir *restricciones de la competencia* en el mercado como las que podían resultar de un abuso del poder monopolístico, o de combinaciones como los trust o los cárteles –de ahí también las denominaciones que reciben: Derecho antimonopolio, Derecho antitrust o Derecho de cárteles³–, así como, con el tiempo, controlar igualmente las operaciones de *concentración de empresas* (fusiones y adquisiciones de empresas), para evitar que distorsionen significativamente la competencia (especialmente, creando o reforzando monopolios).

Estos dos sectores han seguido conservando su singularidad, y es correcto que siga siendo así ya que sus funciones, que se siguen manteniendo esencialmente hoy en día⁴,

¹ En España las normas fundamentales en ambos ámbitos son, respectivamente, la Ley de competencia desleal de 1991, y la Ley de defensa de la competencia de 2007, modificadas ulteriormente en diversas ocasiones, principalmente para hacer la trasposición de directivas europeas que incidían en estas materias. La separación también es clara en el Derecho de la UE, muy desarrollado en el sector de defensa de la competencia, con un Derecho propio que, en sus bases, está en el Tratado de funcionamiento de la UE (artículos 101 y ss.), aunque también con directivas de armonización de legislaciones, y menos desarrollado en el de la competencia desleal, donde destaca la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores, de 11 de mayo de 2005

² ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, *Market Power Handbook* (2005), p. vii: «Market power is one of the essential concepts of antitrust law. At its core, antitrust policy is aimed at preventing firms from obtaining, retaining, or abusing market power».

³ El término Derecho antitrust (*Antitrust Law*) es el más extendido por influencia de la pionera legislación norteamericana, la célebre *Sherman Act* de 1890. Derecho de cárteles (*Kartellrecht*) se usa en Alemania ya que su primera legislación en la materia, de 1957, tenía como una de sus finalidades fundamentales luchar contra la cartelización de la economía alemana, que había sido característica del periodo nazi.

⁴ Aunque haya en la actualidad un gran debate sobre las finalidades del Derecho de defensa de la competencia que, habiéndose mantenido con un cierto consenso en el ámbito estrictamente económico, en los últimos años, como consecuencia de la aparición de la *economía digital* y el poder alcanzado por algunas grandes empresas que controlan las nuevas plataformas (los llamados *gatekeepers*, que popularmente se sintetizan en el acrónimo GAFAM, en referencia a la inicial de las principales de ellas: *Google, Apple, Facebook, Amazon y Microsoft*), algunos consideran que tendría (o debería tener) también finalidades de carácter político, vinculadas a la preservación de la democracia y de las derechos y libertades fundamentales. Para un primer apunte sobre este debate, me remito a mi trabajo L. A. VELASCO, «El papel del Derecho de la competencia en la era digital», en *Revista de Estudios Europeos*, nº 78, julio-diciembre de 2021, pp. 93 a 110. En todo caso, esto ha motivado que, junto al tradicional Derecho de defensa de la competencia, haya surgido en la UE un nuevo derecho regulatorio en virtud de lo dispuesto en el Reglamento 2022/1925 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital [Reglamento de

no dejan de ser distintas y, en algunos casos, antitéticas, pues los comportamientos desleales con frecuencia son *excesos de competencia* –competir con medios reprobables (por ejemplo, engañando o confundiendo a los consumidores)–, que es casi justamente lo contrario que las *restricciones de la competencia*. Pero los planteamientos más modernos tienden a sistematizarlos en un superior *Derecho de la competencia*, haciendo relevante, no solo que sus fronteras, en ciertos casos, son más difusas de lo que a primera vista cabría presuponer⁵, sino que su objetivo final y común es la protección de la competencia en interés de todos los que operan en el mercado, incluidos los consumidores, y, en definitiva, en aras del interés general⁶. Así sucede, en particular, en el Derecho español, donde la vigente Ley de competencia desleal de 1991 (de ahora en adelante LCD), principia su regulación en el artículo 1º señalando que «[e]sta Ley tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita en los términos de la Ley General de Publicidad». Y así sucede también con el Derecho europeo armonizado, ya que la Directiva 2005/29 sobre prácticas desleales con consumidores de 2005, se ocupa específicamente de aquellas conductas desleales que, por tener como destinatarios a los consumidores, pueden lesionar sus legítimos derechos económicos⁷.

En este contexto, los criterios de delimitación de la competencia desleal o, si se prefiere, de los comportamientos que cabe considerar como desleales y, por consiguiente, prohibidos –pieza clave de todo el sistema–, no pueden prescindir evidentemente de la óptica unificadora del *Derecho de la competencia* y del objetivo común de sus sectores⁸, de proteger la competencia. Este objetivo se pretende cubrir en el Derecho español partiendo de un concepto general del ordenamiento jurídico, suficientemente conocido y de honda raigambre en todos los ordenamientos, como es el de la *buena fe* ya que inicialmente, aunque luego se hayan introducido matices en reformas ulteriores de la Ley, en relación con prácticas desleales con consumidores, se va a considerar como desleal «todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe» (artículo 4.1 LCD), «siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales» (artículo 2.1 LCD)⁹.

Mercados Digitales o *Digital Market Act* (DMA)], de 14 de septiembre de 2022, que trata de controlar *ex ante* la actuación de estas grandes empresas, imponiéndoles determinadas prohibiciones y obligaciones de conducta y sometiénolas a la supervisión constante de la Comisión Europea.

⁵ Esto se aprecia, por ejemplo, en conductas que simultáneamente pueden merecer un reproche desde ambos ámbitos, como las conductas restrictivas de falseamiento del mercado, o las conductas desleales de explotación de la situación de dependencia.

⁶ Sobre estos planteamientos, señalando la evolución desde los modelos más tradicionales de regulación de la competencia desleal y de su comprensión por la doctrina, véase A. MENÉNDEZ, *La competencia desleal*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 1988, págs. 89 y ss.

⁷ Lo que no obsta para que se haya criticado, con razón, que la armonización se haya limitado a estas prácticas, fragmentando la regulación de la competencia desleal. En este sentido, en la literatura española, J. MASSAGUER, *El nuevo Derecho de la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, Thomson-Civitas, Cizur Menor 2006, pp. 45 y ss.

⁸ Como tercer sector habría que añadir el de las ayudas de Estado o *ayudas públicas*, prohibidas con carácter general en el artículo 107 del Tratado de funcionamiento de la UE, aunque con diversas excepciones (ayudas autorizadas *de iure* y ayudas autorizables).

⁹ De manera complementaria, el artículo 2.2 LCD señala que «[s]e presume la finalidad concurrencial del acto cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero», y el 2.3 que «[l]a Ley será

Precisamente el objeto de este trabajo gira en torno a la *buena fe* como criterio de delimitación de la competencia desleal en el Derecho español, a cuyo fin se estudiará [1º] cómo y por qué se llegó a este concepto en la LCD; [2º] qué alcance se le daba; [3º] cómo afectó a este criterio la trasposición de la Directiva 2005/29 sobre prácticas desleales con consumidores y [4º] qué papel tiene este concepto para la delimitación de la competencia desleal.

II. LA DELIMITACIÓN DE LOS ACTOS DESLEALES EN LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO ESPAÑOL

La primera vez que se reguló la competencia desleal en España, aunque bajo la denominación de *competencia ilícita*, fue en la Ley de propiedad industrial de 16 de mayo de 1902, cuyo artículo 131 establecía (aparentemente) una cláusula general donde se definía como tal a «toda tentativa de aprovecharse indebidamente de las ventajas de una reputación industrial o comercial adquirida por el esfuerzo de otro que tenga su propiedad al amparo de la presente ley». Seguidamente el artículo 132 enumeraba una serie de conductas que se consideraban «como hechos constitutivos de competencia ilícita», y que estaban bastante vinculados a la protección de la propiedad industrial (patentes, marcas, modelos y dibujos), objeto principal de aquella Ley: básicamente, actos de imitación de competidores, de confusión con ellos o de denigración de los mismos (o de sus productos o establecimientos). Por su época y estas razones, esta norma se correspondía con el periodo que algún autor ha denominado como *paleoliberal*¹⁰, donde básicamente se identificaba la protección de la competencia desleal con la de los competidores amparados por la propiedad industrial, con una función claramente complementaria de los derechos de exclusiva que resultan de dicha propiedad industrial y que descansaba en reglas de carácter penal (los actos de competencia desleal comprendidos en esta Ley, igual que otras violaciones de los derechos de propiedad industrial, eran delitos), lo que implicaba seguramente su carácter de *numerus clausus* en virtud de las exigencias de la tipicidad penal¹¹.

Posteriormente, esta normativa¹² se vio complementada en España por criterios más acordes con la evolución del Derecho comparado en la materia, que fue avanzando hacia un modelo que se ha calificado de *profesional*, en la medida en que para la delimitación de la competencia desleal se partía ya de criterios de valoración profesional,

de aplicación a cualesquiera actos de competencia desleal, realizados antes, durante o después de una operación comercial o contrato, independientemente de que este llegue a celebrarse o no».

¹⁰ A. MENÉNDEZ, *La competencia...* cit., pp. 38 y ss.; sobre las características que para este autor tiene dicho modelo, con examen del Derecho comparado coetáneo, pp. 31 y ss.

¹¹ Ello, no obstante, fue objeto de discusión en la doctrina, discusión que también llevaba a cuestionarse si el artículo 131 contenía en realidad o no una auténtica cláusula general. Sobre este debate, véanse las referencias resuntivas de F. VICENT, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, Valencia 1982, II, pp. 43 y s.

¹² Cuya vigencia suscitó dudas después de la publicación del Decreto ley de 26 de julio de 1929 que derogó la precedente Ley de Propiedad Industrial de 1902, pero cuyos artículos 233 a 243, de carácter penal, fueron declarados en vigor ulteriormente por el Decreto ley de 22 de mayo de 1931, y que buena parte de la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo entendía que implicaba también la de los precedentes artículo 131 y 132 que acabamos de citar, ya que sin los mismos no cabía aplicar aquellos preceptos expresamente declarados en vigor. Sobre este debate, véanse de nuevo las referencias resuntivas de F. VICENT, *Compendio...* cit., II, pp. 43 y s.

como las normas de corrección profesional, y cuyo objetivo era fundamentalmente el de proteger a los empresarios competidores a través de acciones o remedios civiles (como las acciones de cesación y de daños)¹³. En este sentido, la regla más clara fue la ratificación por España del Convenio de la Unión de París, cuyo artículo 10 bis, tras exigir en su ap. 1 que «[l]os países de la Unión están obligados a asegurar a los nacionales de los países de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal», consideró en su ap. 2, que «[c]onstituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial», enumerando en su ap. 3º, con el carácter de *numerus apertus*, determinadas conductas que tendrían este carácter¹⁴. En una línea semejante, aunque en el ámbito más restringido de la publicidad, se manifestó el artículo 10 del, hoy derogado, Estatuto de la Publicidad de 11 de junio de 1964, que indicaba que «[s]e considera desleal la actividad publicitaria dirigida a provocar confusión entre bienes y servicios, la que tienda a producir descrédito de los competidores o de los productos de los mismos y, genéricamente, la que sea contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles».

Por esta misma senda transitó la Ley de marcas (de ahora en adelante LM) de 10 de noviembre de 1988, donde se pretendió establecer un nuevo régimen general para la competencia desleal desligada de la propiedad industrial, aunque paradójicamente se configurara como un título de una Ley referida a una de sus modalidades (las marcas y los demás signos distintivos), y contra la que podían interponerse las acciones civiles previstas para su violación, entre ellas las de cesación y daños (artículo 89). Para su delimitación se utilizó, ya de manera más clara que en las normas precedentes, la técnica de combinar una cláusula general con una lista abierta de supuestos concretos de competencia desleal. En este sentido, el 87 LM señalaba que «se considera desleal todo acto de competencia que sea contrario a las normas de corrección y buenos usos mercantiles», indicando a continuación el 88 una serie de supuestos que, «en particular», se consideraban desleales, «[s]in perjuicio de lo que se establezca en la legislación general sobre la materia».

Inmediatamente después la Ley general de publicidad (de ahora en adelante LGP) de 11 de noviembre de 1988, consideró en su artículo 3, como una modalidad de publicidad ilícita (y, por tanto, prohibida) la publicidad desleal, así como la publicidad engañosa y la subliminal, contempladas como supuestos distintos, aunque conceptualmente estas dos últimas puedan y deban asimilarse a la publicidad desleal. Por lo que atañía a la publicidad desleal en sentido estricto (para la Ley), su técnica de delimitación se basaba en la enumeración de cuatro supuestos concretos que se

¹³ A. MENÉNDEZ, *La competencia...* cit., pp. 61 y ss.

¹⁴ Este convenio inicialmente es de 1883. El artículo 10 bis se introdujo en la revisión de la Haya de 1925 y el texto del Convenio vigente en España es el de la revisión de Estocolmo de 1967, cuya ratificación se publicó en el BOE de 1 de febrero de 1974.

No obstante, de nuevo fue objeto de discusión la «autoejecución» de este precepto, que no había sido incorporado al ordenamiento español más allá de la ratificación del tratado internacional en el que constaba (además como una obligación de los estados). Por ejemplo, a favor, entre otros, F. VICENT, *Compendio...* cit., II, p. 43; en contra, A. MENÉNDEZ, *La competencia...* cit., pp. 82 y ss. En estas obras se pueden rastrear otras posiciones que trataron de descubrir en la legislación interna, una cláusula general similar en otras reglas como el artículo 1902 del Código civil [siguiendo la estela de lo que se había hecho en otros ordenamientos, como el francés o el italiano, partiendo de preceptos generales semejantes de su legislación civil], que establece un principio general de responsabilidad extracontractual para quien, mediando culpa o negligencia, daña a otro, o el artículo 10 del Estatuto de la Publicidad de 1964, al que me refiero seguidamente.

consideraban como tales en el artículo 6, referidos a publicidad denigratoria, publicidad confusionista, uso injustificado de signos distintivos ajenos y publicidad comparativa (fuera de los parámetros en que esta se permitía); a los que había que añadir, la delimitación de la publicidad engañosa, en el artículo 5, y la subliminal en el artículo 7. Como acciones concretas para actuar contra estas modalidades de publicidad se reconocieron solo las acciones de cesación y rectificación (artículo 25).

El régimen general de la LM, fue efímero pues poco después se publicó la ya citada LCD de 10 de enero de 1991, que la derogó en relación con sus disposiciones sobre competencia desleal, que fueron sustituidas por el mucho más completo que esta estableció. Este régimen seguía basculando sobre una cláusula general y una lista ejemplificativa de actos de competencia desleal. Pero la cláusula general, contenida inicialmente en su artículo 5, seguía un nuevo criterio de delimitación de los actos de competencia desleal, basado en la *buena fe*, ya que consideraba como tal «todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe», como ya se adelantó. Respecto a la lista ejemplificativa, la norma yendo más allá de una mera enumeración, fue configurando una serie de tipos concretos de las diversas conductas que, en particular, se consideraban prohibidas, en los artículos 6 y ss. La norma se cerraba con un elenco de acciones civiles que, no obstante, eran en gran medida semejantes a las que ya se contemplaban en la LM, comprendiendo, entre otras, las de cesación, remoción, daños y enriquecimiento injusto (artículo 18 LCD).

Sin embargo, la LCD no hizo lo propio con la regulación de la LGP, por lo que coexistieron ambas regulaciones, con el contrasentido de que la LCD incidía asimismo en conductas que ya estaban contempladas en aquella, como los actos de confusión, de engaño, de denigración y de comparación, y para cuya definición se utilizaron fórmulas no enteramente coincidentes con las de aquella. En cuanto a las acciones, y en relación con los actos de competencia desleal, como acaba de decirse, se amplió el elenco de las que ya estaban en la LGP (cesación y rectificación).

Esta dualidad de regulaciones, originaba importantes problemas de coordinación entre las respectivas normativas, que no siempre fueron resueltos por la doctrina y la jurisprudencia con los mismos criterios. En primer lugar, y en relación con las definiciones –como se ha dicho, no enteramente coincidentes que hacían de las mismas conductas ambas leyes–, se planteaba la duda de si dar prevalencia a las contenidas en la Ley general de publicidad como *lex specialis*, o a las de la LCD como *lex posterior*. En cuanto a las acciones ejercitables, y partiendo de que eran distintas en ambas leyes, y era también diferente la legitimación activa y pasiva, determinar si el actor podía optar por unas u otras, y si era posible acumularlas en un mismo procedimiento judicial¹⁵.

La situación perdurará hasta la modificación de la LGP y la LCD por la Ley de 30 de diciembre de 2009, cuya finalidad fundamental fue la de realizar la trasposición de Directiva 2005/29 sobre prácticas desleales con consumidores, aunque se aprovechó la ocasión para sistematizar de manera más apropiada el régimen de la competencia desleal. A este respecto, se procedió a unificar toda la materia de la competencia desleal en la LCD reformada, suprimiendo el tratamiento diferenciado en cuanto a definiciones y acciones de la publicidad desleal y engañosa (esta última englobada ahora dentro de los actos de engaño)¹⁶, aunque manteniendo algunas alternativas de diferenciación respecto

¹⁵ Sobre este problema, con ulteriores referencias doctrinales y jurisprudenciales, véase J. MASSAGUER, *Comentario a la Ley de competencia desleal*, Civitas, Madrid 1999, pp. 62 y ss.

¹⁶ El nuevo artículo 3 LGP mantuvo básicamente las categorías anteriores de publicidad ilícita –en su caso con las reformas que se habían ido produciendo anteriormente en relación con la publicidad vejatoria para

a actos de competencia desleal con consumidores, tanto en la cláusula general (lo que será el nuevo art 4 de la LCD), como en la formulación de supuestos específicos para consumidores (los artículos 19 a 31 de la LCD), siguiendo en todo caso, como era obligado, las fórmulas de la Directiva, referida únicamente a las prácticas desleales que afectaban a consumidores¹⁷.

III. EL ALCANCE DE LA INICIAL CLÁUSULA GENERAL

A la hora de delimitar la competencia desleal, como se acaba de decir, la LCD de 1991 optó por la técnica de combinar una cláusula general, con una lista ejemplificativa de supuestos concretos, a los que tipificó de forma detallada (lo que luego, como se verá, tendrá sus consecuencias a la hora de valorar su alcance). Esta técnica, seguida en otros ordenamientos y ya ensayada anteriormente en la propia España, es la forma más adecuada de abordar esta cuestión habida cuenta de la complejidad que de suyo tiene la actividad competitiva, con la continua aparición de nuevas técnicas comerciales¹⁸, y la dificultad en todo caso de definir de manera cerrada todos los posibles supuestos, sin incurrir en algún olvido u omisión¹⁹.

En la redacción originaria de la LCD la *cláusula general* de delimitación de la competencia desleal, como también se acaba de decir, definía la deslealtad en su artículo 5 (actual artículo 4.1) como «todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe». La inspiración de este precepto parece estar en el artículo 2 de la Ley federal suiza sobre competencia desleal de 1986, que señala (en su versión francesa) que «[e]st déloyal et illicite tout comportement ou pratique commerciale qui est trompeur ou qui contrevient de toute autre manière aux règles de la bonne foi et qui influe sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients».

En cualquier caso, con ello la Ley española quiso huir deliberadamente de cualquier criterio que pudiera evocar o remitir a reglas de valoración profesional, como los que usa el artículo 10 bis del Convenio de la Unión de París, o empleaba la precedente

las mujeres y la dirigida a menores-, pero para la definición de la publicidad desleal, engañosa y agresiva (nueva categoría que se añadió siguiendo la Directiva), se hizo en su apartado e) una remisión a lo dispuesto en la LCD. Asimismo, se señaló que todas las modalidades de publicidad ilícita tendrían la consideración de actos de competencia desleal a los efectos de lo previsto en la LCD y que contra ellas se podrían ejercitar las acciones establecidas en esta Ley: artículos 6 LGP y 18 LCD.

¹⁷ Las opciones seguidas por otros Estados Miembros han sido diversas. Mientras Alemania, por ejemplo, optó por incorporar la Directiva a su Ley de competencia desleal de 2004, mediante su reforma en 2008 [véase R. GARCÍA PÉREZ, «Nuevo texto de la Ley de Competencia Desleal alemana (UWG): Traducción con anotaciones», en *Actas de Derecho Industrial*, vol. 29, 2008-2009, pp. 699 y ss.]; Italia realizó la trasposición de la Directiva en 2007 en el Código de consumo de 2005, sin variar el régimen general del Código civil sobre competencia desleal [véase S. M. CASTRO, *Las prácticas comerciales agresivas como acto de competencia desleal*, Bosch, Barcelona 2024, pp. 84 y ss.].

¹⁸ Piénsese, por ejemplo, en lo que ha supuesto en este campo la irrupción de las nuevas tecnologías y de la economía digital, prácticamente inexistente en el momento de la promulgación de la LCD, y de la que obviamente derivan nuevas modalidades de competencia desleal.

¹⁹ Una técnica semejante se seguía ya en el Derecho de defensa de la competencia a la hora de delimitar las conductas prohibidas, tanto en el europeo (actualmente en los artículos 101 y 102 del Tratado de funcionamiento de la UE), como en el español (actualmente en los artículos 1 y 2 de la Ley de defensa de la competencia).

y derogada regulación de la LM, que se basaba para definir la deslealtad en la contradicción con las reglas de «corrección y buenos usos mercantiles»²⁰.

Este cambio de orientación pretendía hacer patente, como ya se advirtió anteriormente, la absorción del sector del Derecho de la competencia desleal, por un superior Derecho de la competencia, en el que concurre con el Derecho de defensa de la competencia o Derecho antitrust, y con el que comparte el objetivo común de proteger la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, señalado en el propio artículo 1º de la LCD. En esta dirección, la LCD seguía la senda de aquellos planteamientos que pretendían llegar a una nueva comprensión de la competencia desleal, desligada de parámetros profesionales, no solo porque ello podría considerarse contradictorio con la protección de la competencia, en la medida en que esos parámetros podrían ser equivalentes a obstáculos para competir, reconociendo ámbitos de exclusividad a los empresarios y demás profesionales en el mercado, sino por la apreciación de nuevos intereses concernidos por la competencia desleal, además del general, como los de los consumidores, que pueden ser dañados por comportamientos desleales, como los actos de engaño o confusión, por poner dos claros ejemplos de conductas que les pueden, al menos potencialmente, perjudicar²¹. En esta línea hay que considerar, en la doctrina española, principalmente los planteamientos del Profesor Menéndez que, en vísperas de la LCD, defendía como criterio para estimar la deslealtad, el concepto de *abuso de derecho* en relación con el derecho a competir en el mercado de los empresarios²². Este criterio guarda bastante relación con la *buena fe* que fue el finalmente elegido por el legislador de 1991 (inspirándose probablemente, como ya se dijo, en el Derecho suizo), y que en el Derecho español se invocan conjuntamente con carácter general, aunque de forma separada, en el artículo 7 del Código civil²³.

²⁰ Otras normas del Derecho comparado, en la época, seguían respondiendo a estos criterios, como el § 2 de la Ley de competencia desleal alemana de 1909, que señalaba «[w]er im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbes Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden»; o el artículo 2598, 3 del Código civil italiano que, tras referirse a algunos casos concretos de deslealtad, señala que también realiza actos de competencia desleal quien «si vale direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda».

²¹ Los tipos de los actos de competencia prohibidos, son *tipos de peligro*, sin que sea exigible que el daño se haya llegado a producir realmente: J. MASSAGUER, «La cláusula general de prohibición de la competencia desleal», en *Advocatus* 7, 2002-II A, p. 36; TATO/P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO/CH. HERRERA PETRUS, *La reforma de la Ley de competencia desleal*, Ed. La Ley, Madrid 2010, p. 69.

²² A. MENÉNDEZ, *La competencia...* cit., pp. 97 y ss., esp. 102 y s., donde señala que «[l]a categoría del *abuso de derecho* parece presentarse así como la más adecuada para encuadrar dogmáticamente el acto de competencia desleal. No se trata –continúa– de un abuso individual, fundado en requisitos subjetivos o morales, que sería difícil de explicar si tenemos en cuenta que el objeto de protección de la disciplina de la competencia desleal es el orden concurrencial. Entendemos que se trata más bien de un *abuso institucional*, tal como ha sido configurada esta modalidad del abuso por la moderna doctrina alemana [...] en otros términos, que el ejercicio de un derecho (el derecho a la libre iniciativa económica) no puede lesionar la finalidad de un instituto jurídico (la competencia) en el que funcionalmente se integra».

²³ Este artículo señala lo siguiente:

«1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.

«2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso».

En cualquier caso, en la fórmula concreta escogida por la LCD, la deslealtad competitiva suponía que se estaba ejerciendo un derecho, como es el de competir (amparado en España por el artículo 38 de la Constitución²⁴), de manera contraria a las exigencias de la *buena fe*²⁵.

La exposición de motivos de la LCD explicita estos planteamientos cuando señala lo siguiente:

«[L]a Ley introduce un cambio radical en la concepción tradicional del Derecho de la competencia desleal. Este deja de concebirse como un ordenamiento primariamente dirigido a resolver los conflictos entre los competidores para convertirse en un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado [...] Esta nueva orientación de la disciplina trae consigo una apertura de la misma hacia la tutela de intereses que tradicionalmente habían escapado a la atención del legislador mercantil. La nueva Ley, en efecto, se hace portadora no sólo de los intereses privados de los empresarios en conflicto, sino también de los intereses colectivos del consumo».

Y cuando más adelante explica que:

«El aspecto tal vez más significativo de la cláusula general radica en los criterios seleccionados para evaluar la deslealtad del acto. Se ha optado por establecer un criterio de obrar, como es la «buena fe», de alcance general, con lo cual, implícitamente, se han rechazado los más tradicionales («corrección profesional», «usos honestos en materia comercial e industrial», etc.), todos ellos sectoriales y de inequívoco sabor corporativo».

Como indiqué anteriormente, esta orientación merece ser compartida en cuanto a la sistematización del Derecho de la competencia desleal con el Derecho de defensa de la competencia, en el ámbito superior del Derecho de la competencia, con un objetivo común de protección de la competencia, y la apreciación de otros intereses implicados en sus reglas, distintos de los de los empresarios competidores, como el interés general vinculado a la existencia de mercados competitivos²⁶ y la tutela de los consumidores.

Sin embargo, considerar que el recurso a la *buena fe* en sí mismo supone el abandono de los viejos criterios de valoración profesional, como indica la exposición de motivos, no es enteramente exacto. Veamos por qué.

²⁴ Que reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado.

²⁵ Mantienen el encuadramiento del ilícito desleal en el *abuso de derecho*, J. MASSAGUER, «La cláusula...», cit., p. 34 y R. ALONSO SOTO, en R. URÍA/A. MENÉNDEZ, *Curso de Derecho de mercantil*, 2ª ed., Civitas, Madrid 2006, p. 377.

No obstante, la diferencia entre *ejercicio de un derecho en contra de las exigencias de la buena fe* –que es lo que propiamente resulta de la norma comentada–, y el *abuso de derecho*, dista de estar clara en el Derecho español, como acredita la alternativa abierta por el artículo 7 del Código civil que se acaba de señalar, y los diversos planteamientos de la doctrina y la jurisprudencia que han abordado la cuestión. A este respecto, véanse las consideraciones de J. M. MIQUEL en C. PAZ-ARES et al. (dir.), *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid 1991, I, sub art. 7.1, pp. 45 y ss.

²⁶ En los que, como enseña la ciencia económica, hay una asignación eficiente de unos recursos que, por definición, son escasos.

Ante todo, tenemos que tener en cuenta que la *buena fe* es un concepto jurídico indeterminado, pero que se viene utilizando en el campo del Derecho privado principalmente en dos sentidos, como buena fe *subjetiva* y como buena fe *objetiva*²⁷. «La primera se refiere a un estado mental. La segunda se refiere a un patrón de conducta»²⁸.

En la cláusula general de la LCD parece claro que la *buena fe* se invocaba en *sentido objetivo*, esto es, como patrón de conducta, no solo por la función que tenía la cláusula general, de definir determinadas conductas como desleales, sino también porque el término *objetivo* se utiliza en la misma fórmula, que habla de comportamientos que «objetivamente resulten contrarios» a ella²⁹. Por eso se va a estimar, además, irrelevante la conciencia del sujeto agente en relación con la comisión de un acto de competencia desleal; de manera que no es exigible la existencia de dolo o culpa³⁰.

En el entendimiento de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, este patrón de conducta en que consiste la buena fe *objetiva*, «obliga a la exigencia en el ejercicio de los derechos, de una conducta ética significada por los valores de la honradez, lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y atenuamiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena»³¹. Entendimiento que se ha mantenido asimismo en relación con la interpretación de la cláusula general de la LCD³².

Por consiguiente, la buena fe en sentido *objetivo* se remite a criterios de ética social relativos a la honradez en las relaciones interpersonales. Pero para valorar la honradez de una conducta es necesario acudir a algún parámetro que permita apreciarla o medirla. Esto es equivalente a la comparación con un determinado *estándar de conducta*³³. De estos estándares de conducta hay ejemplos relevantes en el Derecho español (y seguramente en casi todos los ordenamientos), a la hora de medir la diligencia exigible, cuando se habla de la del *buen padre de familia* (artículos 1094 y 1104 del Código civil, entre otros) o la del *ordenado empresario* (artículo 225 de la Ley de sociedades de capital).

Si aplicamos estas consideraciones al caso que nos ocupa, en la medida en que los actos de competencia desleal se realizan en el mercado, hay que recurrir a un parámetro que permita definir el estándar de conducta exigible a los que operan profesionalmente en él. Como en su momento observó agudamente el Profesor Otero, esto conduce

²⁷ También es un principio general del ordenamiento.

²⁸ J. MIQUEL, «La buena fe (I): la buena fe subjetiva», en *Blog Almacén de Derecho* [<https://almacenederecho.org/la-buena-fe-subjetiva>].

²⁹ Doctrinalmente hay coincidencia en que el término se utiliza en sentido objetivo. Así, entre otros, J. MASSAGUER, «La cláusula...» cit., p. 33; A. BERCOVITZ en A. BERCOVITZ (dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Pamplona 2011, pp.99 y ss.; J.A. GARCÍA-CRUCES, «Finalidad y ámbito de aplicación de la Ley de competencia desleal. Cláusula general de la deslealtad competitiva», en J.A. GARCÍA-CRUCES (dir.), *Tratado de Derecho de la Competencia y la Publicidad*, Tirant lo Blanch, Valencia 2014, II, pp. 1167 y ss.

³⁰ Así se ha venido entendiendo además por la jurisprudencia. Entre otras, por la sentencia del Tribunal Supremo nº 348/2002, de 19 de abril de 2002 [RJ 3306].

³¹ Sentencia del Tribunal Supremo 8 de julio de 1981 [RJ 3053].

³² Entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1996 [RJ 2246], nº 593/2000 de 16 de junio de 2000 [RJ 5288] y nº 348/2002 de 19 de abril de 2002 [RJ 3306].

³³ Así lo ha afirmado explícitamente la jurisprudencia menor en relación con la competencia desleal. En este sentido, véase la citada por R. GARCÍA PÉREZ, *Ley...* cit., pp. 83 y s.

indefectiblemente a los *buenos usos de los empresarios* (y demás profesionales) que actúan en el mercado, que utilizaban las normas anteriores, y que ahora se querían soslayar³⁴.

Por esta vía el criterio que el legislador echó por la puerta acaba entrando por la ventana, por decirlo de manera gráfica. Y esto se patentizará aún más, por si hubiera alguna duda, con la trasposición de la Directiva sobre prácticas desleales con consumidores a la que me refiero seguidamente, que, huyendo de escrúpulos dogmáticos, recurre directamente a un criterio profesional para la delimitación de la deslealtad, como es el de *diligencia profesional*, aunque obviamente comparta la nueva óptica del Derecho de la competencia desleal, al fijar el foco de atención en los consumidores, y no en los empresarios competidores.

Cuestión distinta es que la perspectiva general de protección de la competencia, y más concretamente de tutela de los consumidores, deba luego llevarse a la comprensión del alcance de la propia cláusula general, y de las diversas conductas que se tipifican, cosa esta última, que creo que la LCD acoge adecuadamente, por encima de críticas concretas a algunos de los tipos configurados, antes y después de la reforma de 2009. En este sentido, no debe olvidarse que la cláusula general, además de cerrar el sistema para impedir la impunidad de actos de competencia desleal no previstos o tipificados –de ello hablaremos más adelante–, sirve también de explicación a los que sí lo están.

De ahí deriva que, en la comprensión de la cláusula general, había que elevar a primer plano el objetivo de preservar la competencia, que conforme a los intereses generales que subyacen en la misma y a la debida protección de los demás intereses implicados en la misma (de los consumidores y de los competidores), debe ser entendida como una *competencia basada en los méritos empresariales*³⁵ y no en técnicas de marketing más o menos sofisticadas, que puedan ser reprobables³⁶.

Por el contrario, no es admisible que se reprima mediante la cláusula general conductas que concurrencialmente sean eficientes, en el sentido de «que promueva(n) las prestaciones de quien las ejecuta o de un tercero por sus méritos, sin provocar una alteración de la estructura competitiva o en el normal funcionamiento del mercado»³⁷.

En este orden de consideraciones, debía asimismo considerarse contrario a la buena fe aquellas conductas que, real o potencialmente, fueran injustamente dañinas para los consumidores. En esta situación estaban, por ejemplo, las prácticas de *marketing agresivo* en aquel momento no tipificadas específicamente como supuestos concretos de competencia desleal –sí lo serán después de la reforma de 2009, siguiendo la Directiva–,

³⁴ J.M. OTERO, «La nueva Ley sobre Competencia Desleal», en *Actas de Derecho Industrial*, vol. 14, 1991-92, pp. 33 y ss. En contra de estos planteamientos J. MASSAGUER, «La cláusula...» cit., p. 33, entendiendo que la deslealtad se funda «en la transgresión de normas objetivas de conducta que emanan directamente del principio de competencia económica y pesan sobre todos los agentes que desarrollan una actividad económica en el mercado, y no en la incompatibilidad de unos usos o costumbres de clase que deslegitiman el daño que pueda producirse a los terceros del desarrollo de una actividad competitiva».

³⁵ En el mismo sentido, A. TATO/P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO/CH. HERRERA PETRUS, *La reforma...* cit., p.p. 76 y ss., que señalan cómo en el proyecto se hacía alusión a que «los preceptos de esta Ley deberán ser interpretados de acuerdo con el principio de competencia de prestaciones», y que ello se suprimió, como revela el debate parlamentario, no porque se estuviera en contra de este principio, sino porque técnicamente no se consideraba adecuado que se incluyera en la Ley un criterio interpretativo.

³⁶ Aunque competir con una buena publicidad o un buen marketing, siempre que sea correcto, forme también parte de los «méritos empresariales».

³⁷ J. MASSAGUER, «La cláusula...» cit., p. 41.

pero que debían entenderse igualmente prohibidas al amparo de la cláusula general de deslealtad, pues obviamente no es admisible que los empresarios presionen, acosen o intimiden a los consumidores con el objetivo de hacerles contratar pues la libertad de elección de los consumidores en el mercado es uno de los valores que indudablemente se protegen³⁸.

Y, en cualquier caso, estimar que la normalidad o relativa normalidad de una práctica en el mercado, en el sentido de que pudiera considerarse usual, no la salvaría por esta sola circunstancia del juicio de deslealtad, si valorada objetivamente cabría apreciar su falta de ajuste con las exigencias de un mercado competitivo (los usos relevantes no son todos los usos, sino solo los «buenos»)³⁹.

IV. LA INCIDENCIA DE LA TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2005/29 SOBRE PRÁCTICAS DESLEALES CON CONSUMIDORES

La Directiva 2005/29 sobre prácticas desleales con consumidores, además de obligar al legislador español a acoger los supuestos de prácticas desleales contemplados en la misma, que no lo estuvieran ya previamente, como era el caso de las *prácticas agresivas*, y a valorar la conformidad de las que sí lo estaban, como era el caso de las *engañosas*, con lo dispuesto en ella, obligaba asimismo a replantearse la cláusula general, puesto que introducía para ello criterios aparentemente diferentes a los de la LCD. Concretamente, el artículo 5, en sus apartados 1 y 2 señalaba:

«1. Se prohibirán las prácticas comerciales desleales.

«2. Una práctica comercial será desleal si:

«a) es contraria a los requisitos de la diligencia profesional,

«y

«b) distorsiona o puede distorsionar de manera sustancial, con respecto al producto de que se trate, el comportamiento económico del consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica, o del miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores».

En conexión con ello, en la lista de definiciones que contiene el artículo 2 de la Directiva, en su apartado f), se define la «diligencia profesional» de la siguiente manera:

«el nivel de competencia y cuidado especiales que cabe razonablemente esperar del comerciante en sus relaciones con los consumidores, acorde con las prácticas honradas

³⁸ En este sentido, en referencia a las ofertas molestas, el abuso de autoridad y la explotación de sentimientos, J. MASSAGUER, *Comentario...* cit., sub art. 5, p. 159.

³⁹ Esta es seguramente la razón que llevó a modificar la propuesta de la Directiva de prácticas desleales en la que «la cláusula general se construía en torno a las prácticas normales del mercado, con lo que la licitud de una práctica se hacía depender, en esencia, de su común aceptación y uso por parte de los operadores económicos»: A. TATO/P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO/CH. HERRERA PETRUS, *La reforma...* cit., p. 63.

En todo caso se ha desarrollado una profusa jurisprudencia sobre la delimitación de lo que es admisible o no a estos efectos, de la que da cuidada cuenta R. GARCÍA PÉREZ, *Ley...* cit., pp. 75 y ss.

del mercado o con el principio general de buena fe en el ámbito de actividad del comerciante».

Como fácilmente se observa la Directiva recurre sin ambages y prejuicios a la «diligencia profesional», como criterio para valorar la deslealtad de una práctica⁴⁰, lo que es adecuado si tenemos en cuenta las observaciones que hicimos anteriormente. Pero a la hora de definir que hay que entender por *diligencia profesional*, aunque se recurre a lo que sea «acorde con las prácticas honradas del mercado», se hace equivalente a este concepto –se utiliza la conjunción disyuntiva «o»– «el principio general de buena fe en el ámbito de actividad del comerciante»⁴¹.

Debido a ello, era fácil concluir que el criterio de la «buena fe» que empleaba la LCD era perfectamente compatible con lo dispuesto por la Directiva, máxime si se partía para su comprensión de los criterios que hemos apuntado, y que, acaso, no hubiera sido necesario introducir mayores modificaciones en la cláusula general originaria basada exclusivamente en la *buena fe*, pues la armonización legislativa mediante directivas exige únicamente equivalencia en las soluciones adoptadas por los ordenamientos, sin que sea exigible un mimetismo formal de las normas de trasposición⁴², estando además disponible el *principio de interpretación de las normas internas de conformidad con las directivas*, establecido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁴³. Sin embargo, con el propósito de introducir una mayor claridad en la norma española después de la trasposición se optó por introducir una diferenciación en la cláusula general, en el nuevo artículo 4.1, cuyos dos primeros apartados quedaron redactados de la siguiente manera:

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

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

⁴⁰ Aunque se utilice el término «prácticas comerciales», debe considerarse equivalente al más tradicional en España de «actos de competencia desleal» que tengan por destinatarios a consumidores, ya que por tales se entiende en el citado artículo 2 de la Directiva, apartado d), «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».

⁴¹ Con criterio distinto, J. MASSAGUER, *El nuevo...* cit., p. 75, considera que «el principio de la buena fe ha sido incorporado (...) como estándar distinto de las prácticas honestas (...) con la finalidad de dotar de objetividad al juicio de desvalor (...) con el fin de evitar que la mera normalidad en el sector considerado fuera suficiente para que las prácticas comerciales debieran entenderse conformes con los requisitos impuestos por la diligencia profesional».

⁴² Según el artículo 288.3 del Tratado de funcionamiento de la UE «[l]a directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios».

⁴³ Sobre este conocido principio, véase M. P. BELLO, «La interpretación del Derecho nacional de conformidad con las directivas», en *Revista Jurídica Galega*, nº 22, 1999, pp. 13 y ss.

práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores».

No parece acertada, por consiguiente, la idea, bastante generalizada en la doctrina que ha interpretado la reforma española, de que en estos momentos la LCD establecería dos cláusulas generales, una de alcance, valga la redundancia, propiamente general, y una específica para el caso de que los destinatarios del acto sean consumidores⁴⁴. Como se ha observado con acierto, se trataría más bien de una cláusula «de naturaleza bifronte» con una «versión consumerista»⁴⁵.

Otra cosa distinta, es que luego a la hora de tipificar las categorías de actos afectados por la Directiva, se haya optado en ocasiones por diferenciar según que el destinatario sea o no un consumidor –cosa que se hace en los artículos 19 a 31, reproduciendo el anexo I de la Directiva, circunscribiendo las conductas específicamente a los consumidores–, lo que ciertamente puede crear perturbaciones en su aplicación⁴⁶.

En cualquier caso, las consideraciones que se hicieron anteriormente sobre el alcance que había que dar a la cláusula general originaria de la LCD de 1991, creo que esencialmente se pueden seguir manteniendo en la formulación actualmente vigente, acaso de manera más clara en cuanto se ha clarificado el alcance que hay que dar a la *buena fe* como criterio de delimitación de la deslealtad⁴⁷.

V. EL DOBLE PAPEL DE LA CLÁUSULA GENERAL

Como se apuntó anteriormente, la cláusula general, dentro del sistema de delimitación de la competencia desleal, tenía ya, y sigue teniendo después de la reforma de 2009, el doble sentido de, por una parte, explicar el fundamento del sistema y, por otro, servir de cierre a la prohibición de los actos de competencia desleal.

En el primer sentido, sirve para explicar y, por tanto, para descubrir la *ratio legis* de las distintas conductas prohibidas que se tipifican, y de los límites o requisitos que se exigen para su concurrencia. *Ratio legis* de la que hay que partir necesariamente para una

⁴⁴ Así, entre otros, A. TATO/P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO/CH. HERRERA PETRUS, *La reforma...* cit., p. 67; A. BERCOVITZ en *Comentarios...* cit., p. 104 y J.A. GARCÍA-CRUCES, «Finalidad...» cit., pp. 1179 y ss.

⁴⁵ J. MASSAGUER, «Treinta años de Ley de competencia desleal», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 55, enero-abril de 2021, p. 75.

⁴⁶ Advierten de estas perturbaciones A. TATO/P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO/CH. HERRERA PETRUS, *La reforma...* cit., pp. 50 y ss. Añado que esto no era estrictamente necesario, como pone de relieve la reformulación que se ha hecho de la definición de algunas conductas para hacerlas compatibles con la Directiva, como la relativa a los *actos de engaño*.

⁴⁷ Complementariamente podemos ver un engarce con el planteamiento que vincula este concepto al estándar de conducta de los *buenos usos de los empresarios*, en la posibilidad que se reconoce a sus asociaciones y a las de consumidores de establecer voluntariamente *códigos de conducta* para concretar e incrementar el nivel de protección frente a los actos de competencia desleal, en los artículos 37 a 39 LCD, siguiendo lo que ya disponía a estos efectos el artículo 10 de la Directiva de prácticas desleales con consumidores. En España el ejemplo más característico es el de *Autocontrol*, con diversos códigos de conducta en el ámbito de la publicidad comercial y con un órgano independiente de resolución de reclamaciones, el *Jurado de la Publicidad*, aunque su origen es anterior al reconocimiento de estos sistemas en la Directiva y en la Ley española (se fundó en 1996 como una asociación sin ánimo de lucro que integra anunciantes, agencias de publicidad, medios de comunicación y asociaciones industriales).

adecuada interpretación de las normas, como advierte el artículo 3.1 del Código civil español⁴⁸.

En el segundo, para evitar que, por falta de tipificación, por imprevisión de la legislación o por la novedad de los comportamientos, queden impunes actos de competencia desleal que respondan al fundamento y a las funciones de la prohibición de los actos de competencia desleal que, por su propia naturaleza disciplinadora del mercado, debe tener carácter general.

En este punto, ha de tenerse en cuenta, no obstante, lo que señala la exposición de motivos de la LCD, en relación con las conductas tipificadas:

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

En este contexto, es claro que este propósito doble de liberalización y clarificación de ciertos comportamientos tenidos por desleales, se frustraría si se permitiera utilizar autónomamente la cláusula general que, por su propia naturaleza, está basada en conceptos jurídicos indeterminados –lo que es generador inevitablemente de inseguridad jurídica–, para juzgar *ex post* como desleales conductas que *ex ante* el legislador ha entendido que no lo serían al perfilar el correspondiente tipo⁴⁹. De la misma manera en que no debe confundirse la *presión competitiva*, que es resultado del juego de la libre competencia y justo lo contrario de la *vida fácil del monopolista*, con la *deslealtad competitiva*.

En línea con estos planteamientos el Tribunal Supremo, en una reiterada jurisprudencia, ha venido estimando acertadamente que la cláusula general solo puede aplicarse a actos que no estuvieran previamente tipificados, de manera que, en relación con los que sí lo están, hay que atenerse estrictamente a la tipificación realizada por la LCD, sin que sea posible utilizar dicha cláusula para, yendo más lejos de lo previsto en cada caso por la Ley, estimar la deslealtad de una conducta⁵⁰.

⁴⁸ Este artículo señala que «[l]as normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas». La jurisprudencia menor ha reconocido en ocasiones el valor interpretativo de la cláusula general: véase la citada por R. GARCÍA PÉREZ, *Ley... cit.*, p. 80.

⁴⁹ En sentido similar, R. GARCÍA PÉREZ, *Ley... cit.*, p. 106.

⁵⁰ En este sentido, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo nº 1169/2006 de 24 de noviembre de 2006 [RJ 262], nº 468/2013 de 15 de julio de 2013 [RJ 5917], nº 306/2017 de 17 de mayo de 2017 [RJ 2313].