

TEMA 7. EL DERECHO DE COMPETENCIA DESLEAL

I. INTRODUCCIÓN.

Hasta hace unos años, la normativa sobre lealtad concurrencial y publicidad ilícita se recogía en diferentes leyes: por un lado, la Ley 3/91, de Competencia Desleal, y por otro, la Ley 34/1988 General de Publicidad, lo que propiciaba cierta confusión, en la medida en que existen ilícitos desleales que lo son por emplear medios publicitarios, y publicidad ilícita que lo es por su carácter desleal. Consecuencia de este solapamiento en cuanto a la definición material y sustantiva de los tipos, era la confusión y solapamiento procesal en cuanto a las acciones ejercitables.

La Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios (*B.O.E.* nº 315, de 31 de diciembre), viene a intentar -sin conseguirlo- poner un poco de orden en esta materia, y no deroga totalmente las leyes anteriormente citadas, pero sí introduce en ambas importantes modificaciones.

El motivo de dicha reforma no es solamente unificar el régimen normativo de la publicidad y la competencia desleal, también –como señala la propia Exposición de Motivos de la Ley 29/09- incorporar al ordenamiento español 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 (en adelante, “Directiva Prácticas Comerciales Desleales”), así como la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa.

Y en fin, como tantas veces ocurre en este tipo de situaciones, aprovechando la coyuntura (y que el río Pisuerga pasa por Valladolid) se ha reformado una normativa que entró en vigor hace apenas tres años, el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, y una normativa que ha sido un desastre de técnica legislativa desde su promulgación, y que ahora recibe un nuevo y enésimo parcheado -¡otro más!-, la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.

El resultado es una Ley con aciertos técnicos y algunas deficiencias notables, que se irán señalando a lo largo de este tema. Especialmente reseñable es que, la urgencia por adaptar al Derecho nacional la normativa europea sobre competencia desleal y publicidad, como consecuencia de un notable retraso, ha precipitado la aprobación en España de una nueva ley que revoluciona la legislación vigente con importantes novedades en pro de la defensa de los intereses de los consumidores.

Por su parte, la propuesta de Código Mercantil de 2013 de acuerdo con esa nueva concepción del Derecho Mercantil como derecho que regula la actuación de los operadores económicos en el mercado, integra –por primera vez en nuestro ordenamiento- la normativa sobre Competencia Desleal. Y lo hace en su Libro Tercero, “*Del Derecho de la Competencia*

y la *Propiedad Industrial*". A salvo de algunos ajustes sistemáticos y de mejora técnica, las disposiciones de este Título reproducen el esquema de cláusula general y supuestos particulares de competencia desleal de la Ley de 1991, entre los que no obstante se integra alguna norma especial, manteniendo su orientación político-legislativa.

II. LA COMPETENCIA DESLEAL.

A) Introducción.

En el ámbito contractual rige desde siempre el principio de buena fe, como principio de comportamiento básico al que los contratantes deben atenerse. Así el art. 57 C.Com ordena que los contratos de comercio se ejecuten y cumplan de buena fe, y el art. 1258 C.c. prevé que los contratos no solo obligan a cumplir con lo pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe. Éstos son los principios tradicionales para la actuación en el seno de una relación contractual.

Existen unos principios análogos para el comportamiento en los mercados y para las relaciones entre competidores: son los principios de competencia leal, fijados históricamente en el art. 10 bis del Convenio de la Unión de París (el mismo que vimos en materia de marcas y patentes) y hoy en la LCD de 1991, con las modificaciones introducidas por la Ley 29/09. El desarrollo de una economía de mercado no sólo requiere de la existencia de una competencia efectiva, sino que es necesario que la lucha comercial en el mercado se desarrolle dentro de unos cauces de honestidad y "juego limpio".

La LCD tiene similitudes, pero también diferencias muy notables con la LDC (Ley de Defensa de la Competencia) que se ha visto en el tema anterior (¡atención no confundirse con las siglas!). Recuérdese que el interés protegido en la normativa *antitrust* era la competencia eficaz en el mercado, un objetivo económico de carácter general. Por ello, la LDC es en primera línea una ley administrativa sancionadora, una ley que permite que la administración (europea, estatal, autonómica) imponga multas a las empresas que se colusionen, que abusen de su posición dominante o se concentren. (Es cierto que también tiene efectos civiles: los pactos colusorios son nulos).

La LCD, por el contrario, protege un interés diferente: el de cada empresa que actúa en el mercado, y que tiene un derecho legítimo a que los demás competidores se comporten de manera leal (como un contratante tiene derecho a exigir que la contraparte actúe de buena fe). Por eso la Ley de Competencia Desleal es en su esencia una ley de naturaleza privada (como el C.Com. o el C.c.), que no autoriza a la administración imponer sanciones, sino que permite al empresario afectado acudir a la jurisdicción civil y pedir que el Juez le prohíba al competidor desleal continuar con su actuación y que le condene a indemnizar los daños y perjuicios que ha causado.

La distinción señalada es muy nítida a nivel del Derecho europeo: una cosa es la defensa de la competencia y otra la competencia desleal; una legislación es básicamente administrativa y sancionadora, y la otra civil y privada. Sin embargo, el legislador español, en una reforma de 1999, ha venido a enturbiar la relación. De acuerdo con el art. 3 LDC, la

CNMC puede imponer sanciones por actos de competencia desleal (definidos en la LCD), si esos actos de competencia desleal “distorsionan gravemente las condiciones de competencia en el mercado” y se vea afectado el “interés público”.

Modelo profesional versus modelo social: Para la represión de la competencia desleal, el legislador de la primera mitad del siglo XX se vino basando en el llamado “modelo profesional” de la competencia desleal: existía una cláusula general prohibitiva, en la que el parámetro que se utilizaba para apreciar la deslealtad era que la actuación violara “las normas de corrección y buenos usos mercantiles”. A este modelo respondían las normas sobre esta materia que regían en nuestro país hasta la entrada en vigor de la actual Ley de Competencia Desleal.

A partir de la segunda mitad del siglo XX se ha venido imponiendo en las sociedades desarrolladas el llamado “modelo social” de la competencia desleal. Este modelo concibe la normativa represora de la competencia desleal como un Derecho ordenador de las relaciones de mercado que tutela tanto los intereses de los competidores, como los de los consumidores, y el propio interés público en el mantenimiento de un orden concurrencial no falseado. A este modelo responde la Ley de 3/1991, de 10 de enero de Competencia Desleal (“LCD”). El artículo 1 de la LCD (en su nueva redacción) declara que la finalidad de la Ley es “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”.

B) Regulación de la competencia desleal en derecho español.

La norma base es la LCD, pero sigue en vigor el art. 10 bis del Convenio de la Unión de París (CUP) de 20 de marzo de 1983 para la Protección de la Propiedad Industrial (revisión de Estocolmo de 1967).

El artículo 10 bis establece que "constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial". (Nótese que entronca nítidamente en el “modelo profesional”). El CUP, aún siendo Derecho interno, no es aplicable a los conflictos que por materia de competencia desleal pudieran suscitarse entre dos empresarios españoles. El ámbito de aplicación del CUP se contrae a los conflictos en los que sea parte un extranjero - pero dado que a estos conflictos también les es aplicable la LCD, y la regulación de esta ley es mucho más minuciosa, el art. 10 bis CUP se queda en un principio programático.

La LCD representa un meritorio esfuerzo de estructura de esta difusa disciplina. Aunque no se dictó en virtud de ninguna Directiva Comunitaria, la redacción otorgada por la Ley 29/09 sí recoge –como ya se ha apuntado- la normativa europea en esta materia. La ley inevitablemente está plagada de conceptos jurídicos indeterminados –problema que comparte con la LDC- y que los Tribunales deberán ir precisando, al dar respuesta a las demandas de los agraviados.

Ámbito objetivo: la LCD prohíbe los actos de competencia desleal que reúnan dos requisitos:

- que se realicen en el mercado, es decir, que sean actos con trascendencia externa;
- que se lleven a cabo con fines concurrenciales, es decir que el acto pretenda promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero.

Por esta razón, no caen dentro del ámbito de la LCD una fiesta organizada por estudiantes [SAP Barcelona 13.12.92] o el asesoramiento sobre un producto prestado por una asociación de consumidores a sus socios [SAP Barcelona 5.7.96].

Ámbito subjetivo: la LCD se aplica a cualesquiera empresarios, profesionales y toda persona física o jurídica que participe en el mercado [art. 3]. Se aplica, por tanto, no sólo a empresas sino también a profesionales liberales, agricultores, etc. El art. 3.2 prevé que la LCD será aplicable aunque no exista una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del acto de competencia desleal. Así, si una empresa comercializa un producto que imita a otro de la competencia, los consumidores que son perjudicados por ese acto de competencia desleal (y no solo la empresa competidora imitada) pueden perseguir ese acto. Obsérvese, pues, el cambio del “modelo profesional” al “modelo social” que la LCD supone.

Ámbito territorial: lo decisivo es que los actos produzcan efectos sobre el mercado español; que el acto se realice en España, o que el infractor resida en nuestro país es indiferente.

C) Tipificación de actos de competencia desleal.

La ley contiene una larga numeración de actos tipificados como competencia desleal. En general, estos artículos contienen conductas prohibidas (p.e. denigrar a un competidor). Pero la LDC también define una serie de actuaciones que son reputadas lícitas (p.e. la imitación de productos ajenos, la discriminación con causa justificada, o la libertad de precios).

En la anterior redacción de la LCD se establecía una cláusula general muy sencilla (antiguo art. 5): “se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”, y a continuación se enumeraban una serie de actos que se consideran desleales. Con la redacción otorgada por la Ley 29/09, se mantiene la cláusula general, (art. 4.1, párrafo 1º), pero se añade un complejo y extenso articulado que viene –en nuestra opinión- a difuminar las exigencias del ilícito, ya que el estándar de deslealtad pasa a ser (no se sabe muy bien si de forma cumulativa o alternativa, con cláusulas de primer, segundo y hasta tercer nivel) además de la buena fe, la diligencia profesional y las prácticas honestas en el mercado.

Se define, en el tercer párrafo de este primer apartado, qué se ha de entender por “comportamiento económico” (art. 5.1, 3º -verlo-). Se añade, además, un segundo apartado, en el que se prevé que para la valoración de las conductas cuyos destinatarios sean consumidores, se tendrá en cuenta al “consumidor medio”. Este último concepto es una de las más notables incorporaciones a nuestra normativa de deslealtad concurrencial de la Ley

29/09, y previsiblemente una de las que originará más conflictividad en cuanto a su interpretación. El apartado 3º hace referencia a grupos “peculiares” de consumidores.

El motivo de esta técnica legislativa (cláusula general + tipificación específica de los ilícitos) obedece a la necesidad de dotar de seguridad jurídica a la prohibición: el principio general es de tal abstracción (realmente es una tautología), que hace imposible determinar su alcance concreto en tanto no se desarrolle una extensa jurisprudencia. Por ello la ley ha tipificado específicamente los principales actos de competencia desleal: actos de confusión, engaño, agresivos, entrega de regalos, denigración, competencia, imitación, explotación de la reputación ajena, violación de secretos, inducción a la ruptura contractual, violación de normas, discriminación y venta con pérdidas.

Las concretas conductas reguladas se pueden sistematizar de la siguiente forma:

(i) Actos que implican el aprovechamiento indebido de un competidor: Como sabemos, existe la normativa específica de marcas, patentes, diseño industrial, que protege determinados signos, inventos o procedimientos del empresario, siempre que se inscriban en un Registro público. Sin embargo, esta protección puede no ser suficiente y en la práctica se dan con mucha frecuencia supuestos en los que un competidor se aprovecha irregularmente de los éxitos ajenos. Estos aprovechamientos indebidos pueden implicar competencia desleal, si constituyen actos de confusión, actos de engaño, actos de imitación o la explotación de la reputación ajena.

Los actos de **engaño**, que puedan inducir a error al consumidor, están definidos en el art. 5 (¡verlo!). En este artículo es donde más se hace patente el difícil entronque con la Ley 34/1988 General de Publicidad (“LGP”), que sanciona como ilícita la publicidad engañosa, es decir, que induce a error en los consumidores.

Los actos de **confusión** respecto de la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajeno, están definidos en el art. 6 LCD. Se trata de casos en que se imitan las insignias, los embalajes, uniformes, escaparates, folletos, carteles, slogan de un competidor, bastando que se cree riesgo de que los consumidores asocien el producto original con el imitador.

Las **omisiones engañosas** se recogen en el art. 7, que establece que se considera desleal la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa. Es también desleal si la información que se ofrece es poco clara, ininteligible, ambigua, no se ofrece en el momento adecuado, o no se da a conocer el propósito comercial de esa práctica, cuando no resulte evidente por el contexto.

Por su parte el art. 8 recoge una radical novedad en nuestra normativa de la deslealtad concurrencial, cual es la regulación de las **prácticas agresivas**, entendiendo por tales todo comportamiento que teniendo en cuenta sus características y circunstancias, sea susceptible de mermar de manera significativa, mediante acoso, coacción, incluido el uso de la fuerza, o influencia indebida, la libertad de elección o conducta del destinatario en relación al bien o servicio y, por consiguiente, afecte o pueda afectar a su comportamiento económico.

Actos de **imitación**: La LCD parte de la premisa que la imitación de prestaciones e iniciativas ajenas es libre, y no constituye un comportamiento incorrecto [art. 11]. Sin embargo, los actos de imitación sí se consideran desleales cuando (i) atenten contra los derechos en exclusiva otorgados por una ley (ej. patentes) (ii) generen riesgo de confusión en los consumidores (iii) cuando se aprovechen indebidamente del esfuerzo ajeno o (iv) cuando constituya competencia parasitaria [ver art. 11.3 LCD].

Los actos de **explotación de una reputación ajena** son en especial aquéllos en los que se usan signos distintivos ajenos o denominaciones de origen falsas (en muchos de estos casos también se podrían utilizar las acciones de la legislación sobre marcas) o se usa la expresión “tipo” “sistema” o similares (ej. Queso tipo Tetilla gallega).

(ii) Información falsa sobre el competidor: en esta categoría se incluyen los actos de denigración que menoscaben el crédito de un tercero en el mercado, a no ser que sean exactos, verdaderos y pertinentes [art. 9] y los actos de comparación, salvo que sean comprobables, referidos a aspectos análogos y relevantes y no sean engañosos o denigrantes [art. 10]. En la redacción otorgada por la Ley 29/09 se prevé el supuesto de cuando la comparación se hace por medio de publicidad –que es lo normal–, señalando en un inciso que también este artículo incluye la publicidad comparativa, y en cuyo caso entra también en juego el art. 6 bis LGP, que define cuándo una publicidad comparativa es desleal (y que se estudiará en más detalle en la siguiente pregunta).

(iii) Dependencia económica: La explotación, por una empresa con mayor potencia económica, de la situación de dependencia económica de sus clientes (compradores) o proveedores (vendedores), que no dispongan de alternativa a su actividad, también puede dar lugar a competencia desleal. (Ej.: una empresa suministradora de piezas para automóviles, que solo vende a un gran fabricante; un franquiciado, que depende del franquiciador) [Art. 16.2 LCD]. La ley también reputa desleal la ruptura de relaciones comerciales, sin preaviso escrito de seis meses, salvo que haya incumplimiento grave o medie fuerza mayor [art. 16.3 a) LCD], e incluso la mera amenaza de ruptura de relaciones, para obtener condiciones más ventajosas [art. 16.3 b)]. Recuérdese que estas prácticas también constituyen actos de abuso de posición dominante y pueden ser sancionadas por el TDC.

(iv) Operaciones irregulares: dentro de esta categoría se podría incluir el dumping o venta a pérdidas, la discriminación de un consumidor y la entrega de obsequios.

La LCD comienza sentando el principio, que todo empresario puede fijar libremente los precios a los que desea vender sus bienes o productos [art. 17.1 LCD y 13 LOCM, que establece excepciones a este principio general]. Por ello, para que las ventas a pérdida sean desleales se exige la concurrencia de alguno de los siguientes requisitos: (i) que sea susceptible de poder confundir a los consumidores acerca del nivel de precio existente en el establecimiento (ii) que pretenda desacreditar un establecimiento ajeno o (iii) que sea parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor.

El principio general de la LDC, por lo tanto, es más bien de aceptación de la venta a pérdida, salvo si se pretende desacreditar o eliminar a un competidor. Si la venta a pérdida

se realiza por un comerciante minorista (que vende directamente a los consumidores), a la regulación de la LCD se le sobrepone la regulación, mucho más estricta de la LOCM [art. 14]. En tal caso, la venta o pérdida es ilícita, excepto si:

- se trata de una venta de saldos o en liquidación;
- o el comerciante minorista trate de alcanzar los precios de sus competidores (p.e. un ultramarinos que vende a pérdidas para competir con un hipermercado). (Ésta es al menos una posible interpretación del enigmático art. 14 LOCM, cuya remisión a la LCD es confusísima - verlo).

El tratamiento discriminatorio del consumidor en materia de precios o condiciones también constituye un acto desleal, aunque el empresario no tenga una posición de dominio en el mercado [art. 16.1. LCD; recuérdese que, según la LDC el tratamiento discriminatorio está prohibido tanto frente a consumidores como frente a otros empresarios, si se tiene una posición de dominio en el mercado]

También es desleal la entrega de obsequios que pongan al consumidor en el compromiso de contratar la obligación principal (“le ha tocado un viaje a Canarias siempre que compre esta cubertería”) o la entrega de ventajas o primas para el caso de que se contrate la prestación principal cuya cuantía exceda del 15% del precio de la prestación principal [art. 8]. La Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista (“LOCM”) ha completado esta regulación, (i) reiterando que la entrega del regalo no se puede condicionar a la adquisición de otros productos (ii) estableciendo que los premios deben entregarse en el plazo máximo que establece cada CA y (iii) prohibiendo que se puedan realizar ofertas conjuntas de mercancías (se ofrece una mercancía a bajo precio si compras otra). En este último supuesto se permiten las promociones conjuntas cuando sea una práctica comercial (“compre dos y llévase tres”), o cuando los productos están interrelacionados (mesa y sillas).

(v) Divulgación o explotación de secretos empresariales [art. 13]. El empresario que inventa puede obtener una protección jurídica total solicitando una patente. Los inventos no patentados son - en principio - de dominio público. Sin embargo, la LCD sanciona cuando este tipo de “*know how*” se divulga irregularmente (el inventor otorga una licencia para usar el secreto a un competidor, a cambio de un canon, y éste lo publica en una revista especializada) o se obtiene a través de espionaje industrial.

(vi) La violación de la normativa legal, siempre que otorgue al competidor una ventaja significativa, constituye competencia desleal [art. 15 LCD]. (Así, se puede reclamar contra un competidor que no cumple con sus obligaciones laborales o de Seguridad Social y logra así unos costes de producción más bajos). En especial, la LCD permite que se reclame contra competidores que realicen prácticas colusorias o abusos de posición dominante. (Recuérdese que, en base a la LDC, el perjudicado únicamente puede denunciar la actuación anticompetitiva ante la CNMC; el artículo 15 LCD le abre la posibilidad de reclamar directamente, en vía judicial civil, contra el infractor que le está perjudicando).

También es desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales que han contraído con los competidores [art. 14].

(vii) Prácticas comerciales con consumidores o usuarios: como una de las novedades más notables de la redacción de la LCD otorgada por la Ley 29/09 está la distinción subjetiva de ilícitos, es decir, en atención a quién sea el “agraviado” por una práctica comercial desleal, recogiendo en categorías diferentes a los empresarios y profesionales y a los consumidores.

Ello ha llevado a la inclusión de una nueva categoría de ilícitos desleales, recogida en el nuevo Capítulo III, y que incluye –de forma un poco confusa y reiterativa- un amplio catálogo de nuevos tipos:

- las prácticas comerciales desleales con los consumidores (art. 19),
- las prácticas engañosas por confusión con consumidores (art. 20),
- las prácticas engañosas sobre códigos de conducta u otros signos distintivos de calidad (art. 21),
- las prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas (art. 22),
- las prácticas engañosas sobre la naturaleza y propiedades de los bienes o servicios, su disponibilidad y los servicios posventa (art. 23),
- las prácticas de venta piramidal (art. 24),
- las prácticas engañosas por confusión (art. 25),
- las prácticas comerciales encubiertas (art. 26),
- otras prácticas engañosas (art. 27),
- las prácticas agresivas por coacción (art. 28),
- las prácticas agresivas por acoso (art. 29),
- las prácticas agresivas en relación con los menores (art. 30), y
- otras prácticas agresivas (art. 31).

D) Acciones contra los actos de competencia desleal.

El legislador de la LCD era plenamente consciente de que de nada serviría una magnífica norma, si no se dotaba a los perjudicados de un elenco de acciones muy amplio, que facilitara la obtención de medidas cautelares (de extraordinaria importancia práctica) y que facilitara la prueba. Así se hizo en los arts. 18 a 26 de la antigua LCD. Sin embargo, con la reciente reforma de la LEC, y ante la voluntad del legislador de suprimir el derecho procesal extravagante, se han derogado las especialidades en materia de medidas cautelares y prueba (que ahora se rigen por las reglas generales de la LEC). Con la redacción otorgada por la Ley 29/09 continúan en vigor el elenco de acciones de las que dispone cualquier perjudicado (art. 32):

- Acción declarativa de la deslealtad del acto: se pide al juez que declare la deslealtad del acto. Generalmente se utiliza en conjunción con otras acciones, o cuando no cabe el ejercicio de otras acciones. En nuestro derecho no caben, en cambio, las acciones negatorias, encaminadas a negar la ausencia de un acto desleal.

- Acción de cesación del acto o de prohibición del mismo. Es la acción fundamental y la que más se utiliza para la protección por su efectividad y su carácter preventivo.

- Acción de remoción de los efectos producidos por el acto.
- Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas.
- Acción de resarcimiento de daños y perjuicios. Esta acción en nada se diferencia de la acción del 1902 CC y como ella su principal problema consiste en la prueba del daño, y de la relación causa-efecto; la doctrina la suele calificar de inoperante.
- Acción de enriquecimiento injusto cuando el acto lesione un derecho de exclusiva.

El artículo 33 LCD establece la legitimación activa (los perjudicados, el Instituto Nacional de Consumo, el Ministerio Fiscal, las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, etc.), que con la reforma de 2009 ha ampliado y definido mejor una cuestión que estaba siendo conflictiva. La legitimación pasiva, por su parte, se regula en el art. 34 LCD.

En relación con la prescripción (cuestión fundamental en el ámbito procesal), el art. 35 LCD establece que las acciones de competencia desleal prescriben por el transcurso de un año desde el momento en que pudieron ejercitarse y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal; y, en cualquier caso, por el transcurso de tres años desde el momento de la finalización de la conducta.

B) Los Códigos de conducta.

Sin duda, otra de las novedades más llamativas que la Ley 29/09 introduce en la regulación de la deslealtad concurrencial en nuestro país es la cuestión relativa a los Códigos de Conducta.

En efecto, se adiciona un nuevo capítulo a la LCD, el V, que comprende los artículos 37 a 39, y que es un fiel reflejo del movimiento de autorregulación que tanta fuerza está cobrando en diferentes ámbitos del moderno Derecho mercantil. El punto de partida es que las corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales y de consumidores podrán elaborar, para que sean asumidos voluntariamente por los empresarios o profesionales, códigos de conducta relativos a las prácticas comerciales con los consumidores, con el fin de elevar el nivel de protección de los consumidores y garantizando en su elaboración la participación de las organizaciones de consumidores.

Sin embargo, cuando estos códigos recomienden, fomenten o impulsen conductas desleales o ilícitas, frente a ellos se podrán interponer las acciones de cesación y rectificación previstas en el art. 32 LCD. En relación con los actos de engaño (art. 5 LCD), se considera que cuando el empresario o profesional indique en una práctica comercial que está vinculado a un código de conducta, el incumplimiento de los compromisos asumidos en dicho código, se considera desleal, siempre que el compromiso sea firme y pueda ser verificado, y, en su contexto fáctico, esta conducta sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de sus destinatarios.

III. LA PUBLICIDAD ILÍCITA.

La publicidad es un elemento fundamental en el desarrollo de un mercado competitivo. Sin publicidad, los consumidores no estarían informados de los diferentes productos que compiten en el mercado; y sin publicidad, las dificultades para que un nuevo oferente se introduzca en un mercado se multiplican (Ej.: la prohibición de publicidad del tabaco hace prácticamente imposible que se introduzcan nuevos competidores en ese mercado). La publicidad añade pues competencia, al crear consumidores más informados y reducir las barreras de entrada.

Los empresarios (y profesionales) usan la publicidad legítimamente como medio para captar clientela. Pero puede ocurrir que se produzcan excesos, y que la publicidad devenga ilícita o desleal. Esta materia está regulada en la Ley General de Publicidad (Ley 30/1988 de 11 de noviembre) (“LGP”), modificada en varias ocasiones, la penúltima en 2004 (en virtud de una Ley que recepciona una serie de Directivas europeas, en especial en materia de publicidad engañosa), y la última en virtud de la Ley 29/09, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

(i) Publicidad ilícita: La LGP considera como ilícita (art. 3):

a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus artículos 14, 18 y 20, apartado 4. Se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres 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 su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulnere los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

b) La publicidad dirigida a menores que les incite a la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores. No se podrá, sin un motivo justificado, presentar a los niños en situaciones peligrosas. No se deberá inducir a error sobre las características de los productos, ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para utilizarlos sin producir daño para sí o a terceros.

c) La publicidad subliminal. Se define en el art. 4 LGP como aquella que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida.

d) La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios (el contenido de esta prohibición se desarrolla en el art. 5 LGP).

e) La publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal.

La publicidad engañosa es aquella que de cualquier manera induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o ser capaz de perjudicar a un competidor. También es engañosa la publicidad que omite datos fundamentales del bien o servicio anunciado cuando dicha omisión induzca a error en los destinatarios.

Existirá un supuesto de publicidad engañosa cuando las alegaciones publicitarias sean falsas o inexactas. Pero también podrá existir un supuesto de publicidad engañosa en aquellos casos en los que, pese a ser veraces las correspondientes alegaciones publicitarias, éstas, por cualquier circunstancia, pueden inducir a error al público.

La inducción a error al público es, pues, el primer presupuesto para poder hablar de publicidad engañosa. Pero, para calificar un mensaje como engañoso, es preciso además un segundo presupuesto: la eventual influencia en el comportamiento económico de los consumidores o el perjuicio a un competidor.

El engaño por omisión: según establece el artículo 5 *in fine* LGP, es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios, cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios. Con esta previsión la LGP introduce por primera vez en nuestro ordenamiento la figura del engaño por omisión, figura que –como acabamos de ver en el epígrafe anterior– también regula el art. 7 LCD, al establecer que se considera desleal la omisión de indicaciones verdaderas cuando esta omisión sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza.

La publicidad encubierta: el citado art. 5 LGP, rectamente interpretado, incluye dentro de la publicidad engañosa la denominada publicidad encubierta. Ciertos sectores económicos (tabaco, alcohol, profesiones...) tienen normativa específica en materia de publicidad; si se incumple esta normativa, la publicidad deviene ilícita. Obsérvese que la publicidad comparativa, aquella en la que el empresario anunciante compara su oferta con la de uno o varios competidores, identificados o inequívocamente identificables, con el resultado de destacar la superioridad de sus productos o servicios frente a los ajenos, no está prohibida en sí misma en derecho español.

La publicidad comparativa ha sido objeto de una intensa e interesante polémica. Inicialmente, esta modalidad publicitaria fue atacada con argumentos de marcado carácter individualista, que hacían hincapié en el derecho del competidor al anonimato, derecho en virtud del cual este competidor podía exigir que no se hablase de él ni siquiera para decir la verdad. Ahora bien, la publicidad comparativa puede ser una valiosa fuente de información para el consumidor. A través de la publicidad comparativa, en efecto, el consumidor puede obtener información relativa a diversas ofertas, lo que sin duda contribuirá a que las pueda deslindar con mayor nitidez. De ahí que, en la actualidad, tras la reforma de la LGP, la regla general sea la licitud de la publicidad comparativa, salvo que se utilice de forma desleal.

Hipótesis frecuente de publicidad desleal son la llamada publicidad adhesiva y la publicidad confusionista. En la publicidad adhesiva, el anunciante trata de equiparar los productos o servicios propios a los de un competidor, con lo que trata de apropiarse también de la reputación ajena en beneficio propio. En otras palabras, en la publicidad adhesiva el anunciante atribuye a sus productos o servicios el *goodwill* que poseen los productos o servicios de un tercero identificados a través de una marca notoria o renombrada.

(ii) Acciones contra la publicidad ilícita:

Como no podía ser de otra manera –en este espíritu “unificador” de la Ley 29/09- 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, tal como establece el art. 6 LGP.

Adicionalmente –y esto es también perfectamente coherente con la fijación que, en este campo, ha demostrado el legislador en los últimos años-, frente a la publicidad ilícita por utilizar de forma discriminatoria o vejatoria la imagen de la mujer, están legitimados para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32.1, 1ª a 4ª de la Ley de Competencia Desleal:

- a) La Delegación del Gobierno para la Violencia de Género.
- b) El Instituto de la Mujer o su equivalente en el ámbito autonómico.
- c) Las asociaciones legalmente constituidas que tengan como objetivo único la defensa de los intereses de la mujer y no incluyan como asociados a personas jurídicas con ánimo de lucro.
- d) El Ministerio Fiscal.

Como hemos visto en el tema anterior, desde 2013, y a partir de la creación de la CNMC (*Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*), este organismo también tiene competencias -la verdad, un poco difusas- atribuidas para velar por el cumplimiento de lo previsto en la LGP.

(iii) La autorregulación:

A diferencia de otros muchos ámbitos, en los que se ha intentado introducir mecanismos eficaces de autorregulación, y que sean los propios agentes del sector quienes se den normas para el funcionamiento en el mercado, que voluntariamente adopten y sigan, en el ámbito de la publicidad podemos decir que sí funciona, a través de AUTOCONTROL, el organismo que actúa a modo de "regulador" del sector, preo que se trata de una entidad privada, a la que los anunciantes se adhieren, y cuyos dictámenes -el llamado *copy advice*- son vinculantes por propia voluntad de las partes, no tienen la fuerza coercitiva de una sentencia o decisión administrativa.