



UNIVERSIDAD DE JAÉN

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas

Trabajo Fin de Grado

LA COMPETENCIA DESLEAL EN EL MERCADO: ACTOS DE COMPARACIÓN

Alumno: José González Tirado

Junio, 2015

RESUMEN

La competencia desleal engloba todos aquellos actos sucedidos en el mercado que actúan en contra de los intereses de los consumidores o usuarios o en las relaciones entre los empresarios, con el objetivo de perjudicar a la competencia siempre y cuando no respeten los mínimos legalmente establecidos.

En España la competencia desleal se encontraba regulada por la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal, la necesidad de adaptación al ordenamiento jurídico europeo a través de la Directiva 2005/29/ CE del Parlamento Europeo, causó que esta se viera modificada por la Ley 29/2009, de 30 de Diciembre.

En el presente trabajo se realiza un estudio de los actos y prácticas desleales para el consumidor, así como las modificaciones sufridas. Realizando, a posteriori, un estudio pormenorizado de los actos de comparación y realizando el análisis jurisprudencial.

ABSTRACT

Unfair competence includes all those acts that occur in the market, which act against the interests of consumers or users or the relationships between businesspeople. This occurs when they do not respect the requirements established by law, with the aim of damaging their competence.

In Spain unfair competence was regulated by the Law 3/1991, 10th January about Unfair Competence. However, the need to adapt to European Laws caused some amendments, established in the Law 29/2009, 30th December, carried out by the Board of Directors 2005/29 / EC of the European Parliament.

In this work, we do a study of all acts and unfair practices to consumers, and the suffered changes on this. After the event, performing a detailed study of comparison acts and performing a jurisdictional analysis.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

I.-INTRODUCCIÓN.....	5
II.- DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LA COMPETENCIA DESLEAL	7
II.1.- La competencia desleal en el mercado.	7
II.2.- Régimen jurídico aplicable. Novedades de la Ley 29/2009 al régimen de competencia desleal	8
III.- ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL	11
III.1.- Primera aproximación	12
III.2.- Prácticas desleales en el mercado.....	13
III.3.- Publicidad ilícita	22
IV.- LOS COMPORTAMIENTOS DESLEALES CON LOS CONSUMIDORES.....	24
V.- ACTOS DE COMPARACIÓN	34
V.1.- Valoración jurídica de la práctica.	34
V.2.- Análisis de casos judiciales	38
VI.- CONCLUSIONES	43
VII.-BIBLIOGRAFÍA.....	48

I.-INTRODUCCIÓN

Entre los tres temas seleccionados el primero fue “Publicidad y Competencia: régimen jurídico”, ya que me pareció bastante interesante indagar en aquellos conceptos.

Aunque el grado de Finanzas y Contabilidad no destaque por su alto contenido en el Derecho mercantil, la relevancia e interés del tema de la publicidad y la competencia’ me surgió a partir de haber cursado la asignatura introductoria de Derecho en el primer curso y en este sentido me llamarón la atención aquellos aspectos relacionados con la publicidad, estos me han servido para facilitarme el aprendizaje en materias de Marketing.

Una vez asignado el tema del proyecto, se me recomendó que debido a la amplitud de la materia no debía realizar un estudio general de la publicidad y competencia, sino que debía centrarme en algún aspecto clave y analizarlo minuciosamente, por lo que se me facilitó una bibliografía básica para poder guiarme y decidir el tema sobre el que realizar mi TFG.

Tras realizar la lectura de varios libros escogidos de la bibliografía básica asignada decidí ejecutar mi estudio sobre la competencia desleal. La competencia desleal es sobre la que más materia he dado a lo largo del curso en distintas asignaturas y siempre me ha parecido interesante tener conceptos sobre ello, ya que se debe tener cuidado con este tipo de competencia y saber claramente aquella publicidad que debemos dar de nuestro negocio teniendo en cuenta la ley de competencia. Tenía la curiosidad de indagar más sobre ello y ampliar mis conceptos.

Para comenzar a realizar el TFG que se presenta realicé la lectura de varios libros de bibliografía básica y uní conceptos básicos y a elaborar una base, de este modo me serviría para conseguir desarrollar más específicamente el proyecto. Tras estos primeros pasos y una vez adquiridos los conceptos básicos necesario para el proyecto, comencé con la lectura de libros específicos de Competencia Desleal, apoyándome en la norma, que ha sido de utilidad para realizar toda la memoria. Además me ha servido de apoyo algunas páginas webs de derecho mercantil y artículos basados en esta materia.

La estructura que tiene el trabajo que se presenta es la siguiente:

En primer lugar, comenzamos con una breve introducción sobre el significado de competencia desleal, cómo se regula, la evolución de la normativa de competencia desleal durante los últimos años, etc.

Una vez realizada la introducción, la memoria se centrará en los comportamientos desleales indicando cada uno de ellos y se realizará un apartado específicamente para hablar sobre los comportamientos desleales con los consumidores.

Dentro de los actos desleales aparecen entre todos los existentes, los actos de comparación se estudiará tanto su valoración jurídica como un análisis de sentencias.

Los objetivos generales que quiero conseguir con la realización de este trabajo de fin de grado son los siguientes:

- Adentrarme en el mundo de la publicidad y más concretamente a la relativa a la competencia desleal.
- Estar al corriente de la legislación vigente.
- Aprender a analizar e interpretar sentencias relacionadas con la competencia desleal.

II.- DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LA COMPETENCIA DESLEAL

La concreción terminológica de la competencia desleal resulta necesaria a fin del entendimiento del estudio y la obtención de un punto de referencia facilitando la comprensión de la memoria. Por esta razón nos ocuparemos, en primer término, de los actos de competencia desleal en el mercado para después centrarnos en las prácticas desleales.

II. 1.- La competencia desleal en el mercado.

El tratamiento de la competencia desleal debemos partir del supuesto de libertad de empresa, constituido en la Constitución Española¹, mediante el cual se establece que cualquier empresario puede dar comienzo a una actividad empresarial, desarrollar sus funciones y abandonar su actividad cuando considere necesario. Esto quiere decir que todo empresario tiene el derecho para actuar libremente en el mercado a través del aumento de los ámbitos en los que desarrolla su actividad empresarial y ampliando el número de clientes disputando en el mercado contra otros empresarios, siempre y cuando dicha cuestión se desarrolle de forma libre. Se podrá menoscabar a otros empresarios, si dichos perjuicios se llevan a cabo dentro de los parámetros de la ley y sin perjudicar al mercado. Estos parámetros están establecidos en actuar con principio a la buena fe, así como llevar a cabo la actividad acorde a Derecho².

Por tanto, se puede decir que la competencia desleal es aquella que sucede sin respetar los parámetros establecidos, es decir se basa en los comportamientos que se suceden en el mercado y que perjudican a la competencia pero no la excluyen. Al establecerse a través de la constitución la libre iniciativa, nacieron los primeros problemas de competencia desleal, como consecuencia surgió la necesidad de tipificar las normas para establecer cuando un acto es desleal y las medidas que se adoptarían en su caso, tanto los tipos de actos desleales como la serie de medidas adoptadas se verán a continuación. De este modo, existe un mayor requerimiento de ordenación del mercado en la normativa, en este sentido, condena todo tipo de deslealtad ya sea frente al consumidor, competidor o esta suceda en contra del orden concurrencial del mercado. Dicho orden, con el objeto de evitar la adulteración en los quehaceres de los operadores económicos, debe llevar un control exhaustivo³.

¹ "Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación." Art. 38 Constitución Española, 1978.

² Menéndez, A. y Rojo, A. (2003), "Lecciones de Derecho mercantil Volumen I" (12a. ed.). Madrid: Tecnos.

³ Villagómez Rodil, A., (2006). "Competencia desleal" (2a. ed.). Granada. Comares.

La norma que regula la competencia desleal en nuestro ordenamiento es la Ley 3/1991⁴, que –como se ha indicado- se ha visto modificada y completada con otras nuevas directrices y, en particular, con las exigencias del legislador comunitario, para poder solventar nuevos problemas surgidos y aclarar conceptos no concisos. El nuevo modelo social de la competencia desleal, no sólo ofrece un medio para los evitar que se produzca deslealtad entre empresarios, sino que tiene el objetivo de evitar falsear cualquier modalidad de práctica que actué en contra del principio de libertad de competencia, como el de pretender buscar perturbaciones en la actividad del mercado de forma competitiva. En conclusión, se establece un nuevo marco de actuación, engloba el interés privado de los empresarios, el interés del Estado y el interés propio de los consumidores, estos son los intereses afectados por la competencia. Por tanto, dispone exigencias impuestas por la Constitución económica y al mismo tiempo, busca la unificación del ordenamiento concurrencial de los Estados miembros de la Unión Europea con el español⁵. Cuestión que se abordará a continuación.

Cabe destacar que la Ley⁶, tiene por objeto agrupar la normativa unitaria y general de la competencia desleal, incorporar como tal aquella que se lleva a cabo a través de la publicidad. Dicho objeto se ha visto quebrantado por diferentes leyes de las Comunidades Autónomas relativas al comercio, entre los aspectos vulnerados por las leyes de las CC.AA se encuentran las relativas a la venta a pérdida, rebajas o ventas promocionales⁷.

II. 2.- Régimen jurídico aplicable. Novedades de la Ley 29/2009 al régimen de competencia desleal

La disputa por conquistar el mercado siempre se ha producido, por lo que se necesitaba de una Ley que protegiera la lealtad en la lucha entre empresarios para obtener la mejor cuota de mercado. Así, surgió la mencionada Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal que supuso un avance significativo en cuanto a regulación sobre la materia y que determinó un importante marco de protección de los intereses tanto de empresarios, consumidores, colectivos generales y del sistema económico.

Sin embargo, en materias tan relevantes como la regulación de la publicidad desleal la legislación española se encontró con una serie de trabas debido a la existencia de la Ley de Competencia Desleal y la Ley General de Publicidad. Como consecuencia de esto, el

⁴ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, (en adelante LCD). Modificada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre.

⁵ Jiménez Sánchez, G. (2004), “*Nociones de Derecho mercantil*” (8a. ed.).Madrid: Marcial Pons.

⁶ Ver nota 4.

⁷ Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista. (BOE núm. 15 de 17 de Enero de 1996, en adelante LOCM).

legislador se vio obligado al establecimiento de una armonización entre las normas establecidas en ambas leyes. Sin duda un mensaje publicitario desleal, es un acto de competencia desleal, dicha dualidad normativa produjo que existieran dos textos legales, los cuales, que regulaban los mismos actos pero en diferentes términos. Un aspecto novedoso de la LCD con respecto a la LGPu⁸, mientras la LGPu, mantiene un modelo de conducta más tradicional basado en un modelo más profesional, el texto jurídico regula respecto a un modelo social. Por lo tanto, tiene en cuenta los intereses de los competidores y en un sentido particular, los intereses de los consumidores, competidores y el interés general. Tras la problemática surgida a raíz de la aparición de esta doble vertiente, el legislador español ha optado por la aprobación de la Ley 29/2009 que supone la modificación del texto de la LCD y de la LGPu y, respecto de la materia que nos ocupa, la unificación de ambos textos normativos. Así, y en particular, intenta suprimir la problemática surgida en la prácticas comercial en la medida en que ambos textos resultaban aplicables en ciertos casos y a la que ya hemos hecho referencia⁹.

Para mejorar la protección tanto de consumidores como de usuarios se vio modificado el régimen legal de la publicidad y competencia desleal, a través de la *Directiva 2005/29/ CE del Parlamento Europeo*, con el objeto de organizar las prácticas desleales de las empresas en sus correlaciones con los consumidores¹⁰. El día 1 de enero de 2010 ante la exigencia de adaptación a las expectativas impuestas por el Derecho comunitario europeo la Ley de competencia desleal y la Ley general de publicidad vigentes hasta el momento se vieron modificadas por la Ley 29/2009, de 30 de Diciembre.

El actual texto que se ocupa de establecer el régimen normativo aplicable a los actos de competencia desleal tiene por objeto salvaguardar la competencia de todos aquellos que participen en el mercado , teniendo como fin establecer el veto a todos aquellos actos considerados como actos de competencia desleal, incluyendo como tal la publicidad considerada como ilícita.¹¹

⁸ Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. BOE núm. 274 de 15 de Noviembre de 1988 (en adelante, LGPu).

⁹ Pérez Montero, A.M. (2011), “*La reforma de la ley de competencia desleal: efectos de la armonización comunitaria*”, Madrid: Difusión jurídica y temas de actualidad.

¹⁰ Directiva 2005/29/Ce del Parlamento Europeo y del consejo de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) no 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»). DOUE L 149/22, de 11 de junio.

¹¹ Art.1 de la LCD.

La finalidad es la de velar por los intereses de consumidores, el público destinatario en general y los competidores, en definitiva, de todos los participantes en el mercado, de aquellas prácticas que pudieran resultar molestas o agresivas, creando para ello un marco concurrencial, es decir, no solo busca preservarse de las prácticas concurrenciales a los competidores en cuestión, si no que busca trazar dicho marco, advirtiendo de los intereses de cualquier persona que participe en el mercado. Se puede decir que la Ley es un medio de control de las conductas de mercado y ordenación de éstas, destinado a resolver las disputas existentes en el mercado entre los distintos competidores.

En razón de lo anterior, el ámbito de aplicación se determina en función de dos aspectos: por un lado, nos encontramos con el ámbito objetivo y por otro el ámbito subjetivo. En cuanto al primero, la Ley establece dos parámetros: que *el acto o conducta se realice en el mercado* y, en segundo, que *se realice con fines concurrenciales* (acto de competencia)¹². Por el contrario, cualquier acto aislado no realizado con fines concurrenciales no podrá ser considerado como desleal y, por tanto, se ha incorporado una aclaración para completar dicho ámbito, por la cual será considerado como acto desleal, todo aquel que se realice antes, después o durante una operación comercial, aunque esta no llegara a concretarse¹³. No se considera necesario que el acto produzca daño, basta con que dicho acto tenga el objeto de producirlo. Cabe destacar que, si una determinada conducta no delimita esta doble condición, no exonera de la posibilidad de ser ilícito, no será reprobado por el legislador, pero sí por el Régimen de la responsabilidad Civil¹⁴, siempre y cuando el reclamante demuestre la acreditación de esta y reúna los requisitos establecidos para que se subsane del perjuicio sufrido por este¹⁵.

El análisis de ambos requerimientos, nos lleva a considerar qué se entiende por comportamiento *realizado en el mercado* y es aquél destinado a difundir los objetos o servicios propios o prestados por un tercero, siempre que dicha difusión tenga el objeto de perjudicar a un competidor, no siendo obligatoria la relación de competencia entre ambos. Por otra parte, para referirse a *fines concurrenciales*, no existe una definición como tal en la

¹² Art.2 de la LCD.

¹³ Art. 2.3 de la LCD.

¹⁴ “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.” (art 1902 del Código Civil).

¹⁵ Sánchez Calero, F. (2005), “Principios del Derecho mercantil” (19a. edición). Cizur Menor (Navarra). Thomson – Aranzadi.

norma, por tanto, se puede definir supuestamente como aquellos actos que sean destinados a promover la difusión de las prestaciones propias o de un tercero.

En cuanto al ámbito subjetivo de aplicación¹⁶, no es suficiente con dicha delimitación ya que es necesario comprobar que al sujeto del comportamiento se le puede adherir la disciplina legal y que pueda verse inmerso en deslealtad. La prohibición de actuar deslealmente abarca tanto a las personas físicas como jurídicas que actúen en el mercado¹⁷. Por tanto, quedan bajo esta ley los *operadores económicos*, concepto que engloba a todas estas personas que intervienen en el mercado con posibilidad de decidir y actuar sobre el mismo¹⁸.

Para finalizar con el ámbito subjetivo de aplicación, hay que hacer mención que independientemente de la existencia de relación de competencia es aplicable una disciplina legal, siempre que dicha relación se lleve a cabo entre quien sufre las consecuencias negativas del acto desleal y quien realiza dicho acto, esto es, para calificar como desleal un acto será suficiente que el autor de este sea cualquier consumidor o empresario que no compita con el autor, no siendo obligatorio que este sea competidor de forma directa o indirecta del autor de la deslealtad^{19, 20}.

III.- ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL

En el presente apartado del trabajo se va realizar un estudio pormenorizado de los actos de competencia desleal. En primer lugar, vamos realizar un acercamiento a los actos desleales en general así como en su fundamentación, para a posteriori realizar un estudio exhaustivo de cada uno de los actos y los pertinentes cambios –en el caso de que se hayan producido- debido a su adaptación a la norma comunitaria.

¹⁶ Art. 3 de la LCD.

¹⁷ Art 3.1. de la LCD.

¹⁸ Ruíz Peris, J. I. (2010), “*La reforma de la ley de competencia desleal: (estudios sobre 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 mejora de la protección de los consumidores y usuarios)*” (1a. ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.

¹⁹ Art. 3.2 de la LCD.

²⁰ Martínez Sanz. F (2009), “*Comentarios prácticos a la Ley de Competencia Desleal*” (1a. edición). Madrid: Tecnos, pp. 29-32.

III. 1.- Una primera aproximación

Los actos de competencia desleal son aquellos actos ocurridos en el mercado que suponen un tanto una extralimitación en el ejercicio del derecho a la libre iniciativa económica, como la garantía de los intereses que confluyen en el propio mercado.

La norma recoge, en razón de lo dispuesto por el legislador, una cláusula general de deslealtad. El éxito de dicha ley se va a supeditar en gran parte a dicha cláusula. El aspecto más relevante se ve expuesto en los procedimientos para determinar el acto y su posible infracción que conlleve la deslealtad como tal. El legislador a la hora de elaborar la cláusula se inclinó por determinar la buena fe, como pauta para trabajar, de este modo se han rechazado otros criterios de carácter más zonal.

La cláusula general prohibitiva²¹ expresamente se recoge que *“se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”*. A este respecto, debe entenderse que, sin tomar como referencia un estándar de conducta exclusivamente profesional, la citada cláusula expande su área de protección tanto al a los intereses de los competidores dañados de forma directa, así como a los intereses de los consumidores. Por consiguiente, será un acto *“contrario a las exigencias de la buena fe”* el modo de actuar de un profesional o empresario que sea opuesto a la diligencia profesional. Esta última puede explicarse como el nivel (qué se puede esperar de un profesional o empresario) de cuidados especiales y de competencia acorde a las prácticas llevadas a cabo de manera honesta o si es realizada para un determinado conjunto de consumidores, que pueda cambiar de manera clara la conducta del ‘consumidor económico medio’. El legislador establece como comportamiento económico del consumidor o en su caso del usuario, las resoluciones por las cuales se tiene la opción de actuar o por el contrario abstenerse de actuar siempre y cuando se realicen con respecto a los siguientes extremos. En primer término a la elección de una oferta o en su caso un oferente; la contratación, así como en que manera y condiciones se contrato, de un bien en particular o prestación de un servicio; el pago del precio, en cualquiera de las formas posibles; la protección del bien o servicio; y por último, el ejercicio de los derechos constituidos en el contrato en correspondencia con los bienes y servicios, los cuales, fueron contratados.

²¹ Art. 4 de la LCD.

La diligencia profesional se elabora objetivamente y al margen del conocimiento y previsibilidad de los efectos, así como de la intención del comerciante. Por lo que se lleva a cabo la referencia de la conformidad a los usos honestos imperantes en materia comercial. En concordancia con el principio de buena fe o con las prácticas honradas del mercado, el nivel de competencia y cuidados especiales que equitativamente cabe esperar del comerciante en función a sus consumidores.

A este respecto, conviene advertir que el legislador español ha elaborado la nueva estructura de la cláusula general de deslealtad en el siguiente sentido: de un lado, en cuanto que trata la cláusula general de represión de la competencia desleal²², mientras que, de otro, se adhiere una cláusula específica para la coacción que sufren las empresas en sus relaciones con los consumidores en sus prácticas comerciales²³.²⁴

En definitiva, se ha optado en la ley española, al contrario de la Directiva, por la integración de los ámbitos armonizados y no armonizados dando como resultado la instauración de un estándar de conducta según los destinatarios y otro según el tipo de prácticas. Por lo que, con una sola infracción de cualquiera de ellos se estaría cometiendo deslealtad.

Según la legislación vigente existe una diferencia entre actos desleales en general y actos desleales con los consumidores. Cuando los actos desleales son contra los consumidores la valoración se hará al consumidor medio y se consideraran desleales aquellas que dicha publicidad varíe el comportamiento económico del consumidor medio debido al aprovechamiento de una discapacidad, de la capacidad de comprensión, edad o credulidad.

Las prácticas comerciales desleales expuestas por el legislador regulan también las prácticas desleales generales.²⁵ Dichas prácticas se desarrollaran con mayor detenimiento en el siguiente epígrafe.

III.2.- Prácticas desleales en el mercado

El catalogo de prácticas desleales en el mercado incluye tanto las más típicas actuaciones comerciales²⁶, todas aquéllas que se han visto introducidas debido a la constante

²² Art 4.1 de la LCD.

²³ Art. 4.2 de la LCD.

²⁴ Armijo Chávarri, E. (2011), "Análisis de la reforma del régimen legal de la Competencia Desleal y la publicidad llevada a cabo por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre". (1a. Edición). Las Rozas (Madrid): La Ley, grupo Wolters Kluwer pp. 28-38.

²⁵ Art. 19 de la LCD.

evolución y necesidad de adaptación al derecho europeo²⁷. El legislador en relación con la conservación de la transparencia y competitividad en los mercados, procedió a la elaboración de las prácticas desleales en el mercado, para eludir la clasificación de prácticas desleales que pudieran resultar comprometidas para los competidores. Por consiguiente se realizaron normalizaciones con carácter prohibitivo encaminadas en ocasiones a resolver las dudas sobre la existencia o no de deslealtad²⁸.

En relación con las *prácticas de engaño*,²⁹ la mejor manera para definir un acto de engaño es hacer referencia a la propia Ley. Esto es, deben producirse una serie de circunstancias para poder calificar el acto como desleal por engaño y que a continuación se detallan. La primera de ellas, que se realicen informaciones que no concuerden con lo que en la realidad este sucediendo con exactitud, se tomara como referencia la realidad y la verdad que pueda ser demostrada. Por otro lado, será considerada como un acto lícito aquellas maniobras publicitarias utilizadas con el fin de transmitir al consumidor una superioridad sin llegar a afirmar una situación precisa, esto es conocido como la *publicidad superlativa*. La segunda circunstancia es que se especifique como necesario un acto de difusión de datos o acto externo de utilización de dichos datos para que esta conducta pueda considerarse como relevante. También son considerados como desleales aquellos actos que, aun siendo reales, puedan inducir a error por su forma de presentación.

En disparidad a la normativa anterior³⁰, se introduce un apartado referente a las prácticas que son consideradas *omisiones engañosas*. Se consideran como tales, la falta de información relevante, la transmisión de forma ambigua, la ocultación, la importunidad del momento en que se transmite así como la publicidad encubierta. Es decir, la no facilitación del propósito comercial del acto. No se ha incluido en la tipificación una referencia los prepuestos del tipo y más concretamente a los casos de inducción o el posible riesgo de dicha

²⁶ Dentro de las prácticas tradicionales nos encontramos con prácticas de confusión, denigración y explotación de la reputación ajena, los supuestos de engaño, de violación de secretos y de inducción a la infracción contractual.

²⁷ Dentro de las prácticas que han cobrado recientemente un papel importante debido a la adaptación al derecho comunitario nos encontramos con la venta con primas y obsequios, la violación de normas, la discriminación y la venta a pérdida.

²⁸ Dentro de esta regulación nos encontramos con artículos concernientes a la publicidad comparativa y a los actos de imitación e incluso los citados anteriormente en materia de discriminación y venta a pérdida.

²⁹ Art. 5 de la LCD.

³⁰ Art 7.1 de la LCD.

inducción. Dicha inclusión supone una novedad importante para la lucha contra la competencia desleal.

Por otro lado, se regulan los *actos de confusión*, siendo los que “*resulten idóneos para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos*”³¹.

La referencia a la confusión implica los procedimientos o hechos que, por su proceder, puedan conducir a error al consumidor acerca del origen de los servicios o productos. A este respecto, resulta necesario aclarar que la finalidad de dicha norma es la de proteger al consumidor a la hora de la toma de decisiones de ámbito mercantil. Las acciones en las que más se llevan a cabo los citados actos de confusión son, entre otras, las siguientes: la marca en relación con el producto, el rótulo con respecto al establecimiento mercantil, el nombre comercial en concordancia con el establecimiento mercantil, así como logotipos, fachadas, uniformes, escaparates, insignias, entre otras. Debido al riesgo que se produce se considera como desleal sin necesidad de otras pruebas para declarar su ilicitud, consideramos que para ello el legislador en su regulación trata de evitar que se vea afectada la decisión libre del consumidor mediante la introducción de elementos de distorsión y son sancionables aquellos comportamientos que desvíen las preferencias y decisiones de mercado de los consumidores siempre que se le ofrezca una distorsión de la realidad.

Resulta relevante en el tráfico económico la novedad introducida en el ámbito de la competencia y que ha recogido de la norma comunitaria en relación con las denominadas *prácticas agresivas*. Se trata de conductas que afecten o pueda ver afectado su comportamiento económico a través del uso de la fuerza, coacción o intimidación menoscabando de manera significativa la conducta del destinatario o su libertad de elección. Su finalidad es la de censurar la actuación incorrecta por parte del empresario siempre y cuando dicha actuación vaya en contra de la libertad de decisión del consumidor o usuario. Para que se produzca una práctica de carácter agresivo ha de entenderse que es necesario; en primer lugar, que los actos sean calificados como reprobables; y, además, que a través de dicha conducta sea haya influido de manera reveladora en el consumidor. El concepto de un comportamiento de acoso se concreta en el que para obtener una decisión de compra se incomode o persiga al consumidor hasta la obtención de una decisión de compra. Para referirnos a la coacción hablaremos del uso de todo tipo de fuerza ya sea psíquica como física para determinar su comportamiento económico.

³¹ Art. 6 de la LCD.

Por último, toda presión ejercida sobre el destinatario de la práctica para la utilización de una posición de poder será considerada como influencia indebida. Si bien existen una serie de requisitos dichos para determinar la ilicitud y que, son los siguientes: se debe determinar tanto el lugar como el momento donde se produce así como su persistencia o naturaleza; que se lleve a cabo un desafiante comportamiento o lenguaje; el aprovechamiento de cualquier adversidad o acto grave, por parte del empresario que sea lo suficientemente considerable como para influenciar en la decisión del consumidor; la existencia de excesivos impuestos exigidos por el profesional o empresario cuando la otra parte implicada opte por ejercer sus derechos o trabas ajenas al contrato dispendioso; por último, la comunicación previa a realizar cualquier acto que no pueda ejercerse legalmente³².

La influencia indebida es cuando el empresario utilice su posición para intimidar al trabajador siempre y cuando, no utilice esta fuerza física ni su amenaza de utilizarla, con la intención de condicionar la decisión que el consumidor adoptara.

Por su parte los *actos de denigración*³³ son contemplados como aquellos actos de deslealtad que tradicionalmente se encuentran incluidos en el ordenamiento jurídico. No es posible la denuncia de un acto como contrario a la buena fe, si no que es obligatorio que se produzca una acusación concreta a la vulneración de alguno de los hechos constituidos en la Ley, debiéndose precisar el supuesto incumplido de competencia desleal, en este modo, tiene como condición obligatoria la de delimitar dicho supuesto incumplido por el competidor. Una de las razones por las cuales no se ha visto modificada es debido a que se trata de una norma interpretativamente pacífica y respecto de la que no existe la necesidad de reforma debido a las normas comunitarias impuestas. La actual regulación prevé como un acto desleal la difusión o realización de manifestaciones para intentar distorsionar la credibilidad de un tercero a través de la difusión de manifestaciones sobre la actividad llevada a cabo por este, siempre que estas no sean exactas, pertinentes o verdaderas. Todo usuario que se encuentre bien informado, debe ser capaz de decidir con racionalidad sus preferencias. No obstante, se considera como una traba en la decisión del consumidor las falsas informaciones que surjan sobre un competidor. No se entienden por pertinentes aquellas que traten de las creencias, ideologías, nacionalidad, vida privada o cualquier otra circunstancia personal del afectado.

En lo que concierne a los *actos de comparación* en son actos que, en principio, no se consideran contrarios a Derecho si se tiene en cuenta la necesidad de facilitar tanto la

³² Art. 8.2 de la LCD.

³³ Art.9 de LCD

transparencia en las operaciones empresariales, así como la información de actividades y prestaciones de este. La actuación como se ha indicado, se considera lícita en principio, ya que se trata de uno de los pilares de todo mercado. No obstante, para que exista deslealtad debe hallarse “*comparación pública de la pública de la actividad, las prestaciones o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero...*”³⁴, los presupuestos necesarios para que se lleve a cabo enjuiciamiento están determinados de manera precisa en la norma. A saber: de un lado, la conducta necesariamente debe exponer las características de dos términos de comparación y no una única marca o producto. Dicha comparación no podrá realizarse sobre géneros de productos o su método de fabricación, salvo que se aluda directamente a la marca de forma explícita, o bien de manera implícita a través de se reproduzca de una manera evidente la marca referida.

Además, debe ser pública, esto quiere decir que tenga consecuencias en el exterior. La pretensión de los actos de comparación es que este llegue al público y la de influir en sus hábitos de compra. El acto debe haber sido difundido por cualquier tipo de medio para que este resulte de aplicación.

El objeto de comparación no es otro que la comparación entre propio y tercero de la actividad, establecimientos o prestaciones, esto lleva a implicar se refiere a las comparaciones con un tercero. Por lo que implica que, siempre debe existir como objeto de la comparación un tercero, por tanto debe existir una base para realizar la comparación; existe la posibilidad de la comparación elementos ajenos. Esto conllevaría que el sujeto que lleva a cabo el acto de comparación no se encuentre incluido, si no que únicamente se aluda a los actos de ajenos a él. A nivel práctico, estos hechos no suelen ser muy usuales, ya que el acto de comparación no suele hacer referencia a dos competidores, sino que se produce una comparación entre las cualidades del competidor frente a las propias.

Para referirnos a los *actos de imitación*³⁵, se trata de una de las bases centrales en la regulación de la competencia desleal. Cabe aclarar que el acto de imitación inicialmente es libre, salvo que se encuentren tipificadas por un derecho exclusivo reconocido en la Ley. Sobre ello hay que tener en cuenta que son dos los aspectos a estudiar para poder ser interpretados: el primero es la *racionalidad económica*. Según dicho aspecto, solo podrá ser considerado como acto de imitación, aquellos tipos de imitación los cuales, sean causantes

³⁴ Art. 10 de la LCD.

³⁵ Art. 11 de la LCD.

para el mercado de una disfuncionalidad económica. Por otro lado, nos encontramos con la *racionalidad sistemática*, según ésta no podrá ser considerado acto de imitación, el acto que para la obtención de su monopolio hayan dejado de cumplir, o nunca hayan cumplido los requisitos mínimos materiales. Toda prestación empresarial ajena o de iniciativa es libre de imitar, por consiguiente, todo empresario es libre de copiar o imitar toda iniciativa creada por otro empresario. Se puede decir que un acto es considerado como desleal cuando estos generen riesgo de confusión por los consumidores, supongan el aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno o ajenos de la reputación; o bien atenten contra los derechos de exclusiva otorgados por una Ley.

En su último apartado se establece que la *concurrencia parasitaria*³⁶ será tratada como desleal ya que esta se realiza con el objetivo de dificultar que un competidor se consolide en el mercado. El empresario por su proceder realiza actividades que se encuentran al margen de lo que sería una actuación lógica y normal. Estas suelen producirse por grandes compañías con una gran presencia en el mercado, con el fin de obstaculizar que nuevos competidores emerjan en el mercado en el que opera. Un ejemplo de práctica parasitaria es el “Ambush Marketing”³⁷, consiste en un conjunto de ejercicios, que debilitan la primicia publicitaria de eventos³⁸.

En otro orden, los *actos de explotación de la reputación ajena*, no sólo se encuentran regulados por la LCD³⁹, si no que existe otras normas jurídicas que se ocupan de esta misma materia⁴⁰. Siendo, la norma que sobre ello resulta más completa y de carácter general para tratar los actos ilícitos de utilización del crédito creado por la marca para así intentar conseguir la identidad que tiene en el mercado, de esta manera, se vale de la notoriedad de la empresa en cuestión para así darse a conocer o aumentar su posición en el mercado. Dicha regulación engloba una modalidad de los actos de confusión basado en el aprovechamiento ilícito debido a la adquisición por una persona ajena, de las ventajas de la reputación

³⁶ La concurrencia parasitaria es la práctica de imitación de una o varias iniciativas de un competidor.

³⁷ También conocido como Marketing parasitario o Marketing de emboscada.

³⁸ Algunos ejemplos de de prácticas Ambush Marketing son distribución de publicidad en las inmediaciones del recinto donde se desarrolla el evento deportivo, la difusión en los medios de comunicación de una entidad que no cuenta con la autorización del organizador, entre otras.

³⁹ Art. 12 de la LCD.

⁴⁰ Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas. BOE núm. 294 de 08 de Diciembre de 2001.

profesional, industrial o comercial. Empero, la definición de publicidad⁴¹ permite comprender que dentro del ámbito objetivo de aplicación de las leyes, no existen diferencias entre ellas como tal, y por tanto, será posible asemejar la ilicitud que provoca la deslealtad. Dichos actos, atienden en su esencia a intereses de los competidores, que han conseguido consolidarse en el mercado a través de una forma de presentación del producto, un signo que lo diferencie de la competencia o cualquier otro tipo de distinción, como pueden ser el empleo de indicaciones inexactas sobre las cualidades del producto o naturaleza, o sobre marcas de calidad u homologaciones, denominaciones de origen falsas, el empleo de signos distintivos ajenos o el uso de expresiones como “tipo”, “modelo”, “sistema” y semejantes.

Junto a los actos indicados se regula la *violación de secretos*⁴², en este se trata uno de los supuestos en la práctica más habituales, como es la violación de secretos profesionales. La divulgación de los inventos no patentables y los no patentados sin previa autorización, así como llegar a dar a conocer a terceros dichos inventos por medios incorrectos como puede ser la utilización de información de tipo confidencial, la infracción por parte de un trabajador del deber de fidelidad o el espionaje industrial supone un acto de competencia desleal. También pueden incluirse como tal la política comercial de una empresa⁴³ además de la información relativa a dicha estrategia comercial. En estos últimos actos, existen dos tipos de comportamientos que pueden concebirse como contrarias a la Ley. Estos son: la divulgación de secretos comerciales e industriales a los que se tenido acceso de manera legítima pero que se tiene el deber y obligación de salvaguardar reserva sobre los mismos; la obtención de datos por medios ilegítimos, como puede ser el espionaje. Ambos son considerados como desleales aunque no cumplan con los requisitos impuestos⁴⁴. En primer lugar establecen que todo acto el cual se realice en el mercado y sea realizado con fines concurrenciales se considera como un acto de competencia desleal. En segundo término, se presupone que un acto tendrá finalidad concurrencial, siempre y cuando se realice para promover la divulgación de las prestaciones propias o de un tercero en el mercado. Y el tercero de ellos determina que la Ley tendrá efecto con independencia de que un acto se celebre o no, siempre y cuando, el acto se realice en el transcurso de una operación comercial o con anterioridad o posterioridad. Debido a esto, esas condiciones se ven sustituidas por la imposición de una especial intencionalidad.

⁴¹ “Publicidad: Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional” Art.2 de LGPu.

⁴² Art. 13 de la LCD.

⁴³ Se considera política comercial de una empresa sus costes, clientes, promociones, precios, entre otros.

⁴⁴ Art. 2 de la LCD.

Esto es, que exista ánimo de perjudicar al titular del secreto o el de que la violación de secretos se efectúe con el fin de obtener un beneficio propio.

Por su parte, se encuentran los *actos de inducción a la ruptura contractual*⁴⁵, se diferencian tres tipos de modalidades: la inducción a clientes, proveedores o trabajadores, el aprovechamiento de una infracción contractual ajena en beneficio propio o de un tercero, así como, la inducción a la terminación regular de un contrato. Las manifestaciones más primordiales se manifiestan en relación con los contratos de arrendamiento o de trabajo y los referidos a contratos de obra, suministro o prestación de servicios. En ningún caso, en un mercado libre, es posible retener a empleados, clientes o proveedores, si existe la posibilidad de que a través de procedimientos correctos se lleve a cabo la atracción de trabajadores, clientes o directivos. Son considerados como procedimientos incorrectos el soborno, la apropiación de lista de clientes o proveedores, así como incitar a la ruptura del contrato de trabajo. Por otro lado, será considerado como desleal, siempre y cuando vaya acompañado de engaño, la incitación a la ruptura de los deberes establecidos mediante contrato por parte de trabajadores, proveedores o clientes.

Prosiguiendo con los actos desleales, se hace alusión a los *actos de violación de normas*⁴⁶, para referirse a este caso de deslealtad que supone la consecución, por parte de un empresario a través del incumplimiento de lo legalmente tipificado en el Derecho Público de una serie de ventajas competitivas. Un aspecto novedoso, de la valoración normativa que nos ocupa, ha sido el de incluir como acto desleal de esta tipología la economía sumergida. Debido a la desigualdad a la hora de acceder al mercado, se rompe el principio de igualdad, debido a la existencia desigualdad de forma notoria. Pero no sólo la ruptura del principio de igualdad supone un acto de deslealtad, puesto que también lo serán las infracciones que regulan sectores concretos de la actividad mercantil, como a las específicas de defensa de la competencia así como aquellas infracciones de las normas de ordenación del comercio. Esto son, normas cuyo objeto sea la regulación de la actividad concurrencial. Del mismo modo,

⁴⁵ Art. 14 de la LCD.

⁴⁶ Art. 15 de la LCD.

será considerado como un acto de competencia desleal en el mercado, cuando se contrate a trabajadores extranjeros, sin el permiso de trabajo expuesto en la legislación vigente⁴⁷.

Cabe destacar, asimismo, los *actos de discriminación*. La conceptualización del término discriminación es definido por el legislador como el tratamiento que se realiza en este sentido a los consumidores en materia de precios y demás condiciones de venta se reputará desleal, a no ser que medie causa justificada⁴⁸. Estos actos son explicados a través de una doble vertiente: por un lado, los que presentan mayores problemas, como son los relativos a los precios y a las condiciones de venta; y, de otro, se hace referencia a los destinatarios de los comportamientos desleales, los consumidores. El legislador, con el fin de clarificar la confusión existente, determinó que sólo podrá ser desleal la discriminación cuando no exista causa justificable, lo que será un acto discriminatorio siempre que se apliquen unas condiciones diferentes a las establecidas en el contrato, en el momento que no se tenga en cuenta que los destinatarios se encuentren en situaciones equivalentes.

A los anteriores actos hay que añadir los *actos de explotación de la situación de dependencia económica*⁴⁹, en el se trata de los vínculos comerciales entre las grandes y pequeñas empresas. Esta dependencia se produce cuando existe dentro de una empresa una situación de dependencia o subordinación de los proveedores o clientes, ya que no existe una alternativa de mercado hacia la que poder orientar sus suministros o pedidos. Por otro lado, obliga a que se produzca una actuación contraria al derecho, es decir, que se produzca una explotación abusiva. La modificación normativa ha introducido, además, : que sin una antelación previa de seis meses, se produzca una ruptura, sin previo aviso escrito; y por otra parte, que bajo previa amenaza de las relaciones comerciales, se obtengan ventajas económicas adicionales a las que fueron pactadas en las condiciones generales establecidas en la redacción del contrato.

Por último, podemos definir los *actos de venta con pérdida* como aquéllos en los que el productor o fabricante determine el precio de venta de mercancías o prestación de servicios a un precio inferior al de su adquisición o de producción. La venta con pérdida no siempre

⁴⁷ Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. (BOE núm. 10, de 12/01/2000.)

⁴⁸ Art 16.1 la LCD.

⁴⁹ Art. 16.2 de la LCD.

será considerada como desleal, los supuestos en que es considerada como desleal⁵⁰. Así se precisa que: supongan error a los consumidores debido a su forma de actuar sobre el nivel de los precios de cualquier tipo de producto o servicio prestado por el propio establecimiento; así como que tengan por objeto el desprestigiar o desacreditar la imagen dada por un producto o establecimiento el cual sea ajeno; y por último, cuando se trate de una estrategia para suprimir del mercado a un competidor o a un grupo de ellos.

Dicho esto, cabe afirmar que será punible cuando lleve a error o equivocación a los consumidores, cuando se intente eliminar a competidores o impedir su establecimiento en el o cuando se intente vejar la imagen del producto. Lo expuesto anteriormente debe diferenciarse con los supuestos de liquidación por exceso de stocks o cierre de negocio, venta por debajo del precio de adquisición o coste, así como, ventas de mercancía fuera de temporada o de mercancía defectuosa o desfasada.

No obstante, cabe advertir que los actos de venta con pérdida también se prevén en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista⁵¹, la cual delimita su definición en razón de una vez minorada la parte correspondiente a los descuentos el precio de adquisición según factura sea superior al precio que se aplique al producto; o en el caso de que el comerciante sea el fabricante del producto el precio de reposición fuese inferior al coste de elaboración del fabricante, una vez se vea acrecentado el precio con la suma de los impuestos correspondientes. A su vez, las facturas siempre y cuando en un plazo de veinticinco días no hayan sido objeto de reparo se darán como aceptadas. Por el contrario, si establece de forma adicional un plazo de diez días para su corrección con el fin de corregirla y enviar la nueva factura con la rectificación pertinente⁵².

III.3.- Publicidad ilícita

La norma aplicable a los actos desleales determina que, será considerada como desleal toda publicidad que sea tipificada como ilícita⁵³, califica la publicidad como la actividad de comunicación, que con el fin de promover directa o indirectamente la contratación de

⁵⁰ Art. 17.1 de la LCD.

⁵¹ Ver nota 7.

⁵² Art.14.2 de la LOCM.

⁵³ Art.3 de la LGPu

servicios, derechos, obligaciones bienes muebles o inmuebles, es realizada por una persona privada o pública, física o jurídica en el ejercicio de una actividad bien sea esta comercial, artesanal, industrial o privada. Por tanto, será considerada como desleal, de acuerdo con la aplicación de su propia normativa de la publicidad que *infrinja derechos o valores recogidos en la Constitución Española, así como aquellos que vulneren la dignidad de la persona*. Se incluyen dentro de este supuesto la publicidad que usando a la mujer y directamente su cuerpo o parte de este de una forma discriminatoria. También se considera como desleal la publicidad que pretenda presentar un estereotipo de mujer que pueda conllevar a generar violencia de género y a transgiera la legislación vigente⁵⁴.

De otro modo se incluye la publicidad *dirigida a menores*, en este sentido se excluya de la compra a padres o tutores, aprovechándose de su inexperiencia y se utilice para la compra de un bien o servicio. No está permitido que la publicidad exponga, sin motivo, a los menores en situaciones peligrosas. Es de carácter obligatorio que las características se muestre de manera clara y no pueda inducir a error, también será obligatorio mostrar de forma destacada la seguridad del producto, así como la capacidad del menor para utilizarlo de forma segura sin producir daños en terceros o a sí mismo.⁵⁵ Así como la publicidad *subliminal*, se entiende por subliminal a aquella publicidad que es capaz de cambiar los comportamientos o hábitos de compra del consumidor sin ser consciente este de que la está percibiendo, a través de técnicas audiovisuales.⁵⁶ Por tomar un ejemplo que lo ilustre, un anuncio en televisión que inserte leves imágenes o por un breve periodo de tiempo, que sea imposible de percibir conscientemente por el consumidor, y esto conlleve a que este adquiera o consuma dicho bien sin haber sido consciente del anuncio.

De este modo será incorporada la publicidad que *incumpla lo establecido en lo dispuesto en la norma* para la publicidad de determinados bienes, productos, actividades o servicios.⁵⁷ Dentro de dicha norma se encuentra incluida la referente a bebidas alcohólicas, las cuales superen los veinte grados, en televisión. Así como en la prohibición publicitaria en aquellos lugares que no esté permitido su venta o consumo. Además se encuentran tipificados por una regulación específica la publicidad de productos o materiales sanitarios, productos,

⁵⁴ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. BOE núm. 313 de 29 de Diciembre de 2004.

⁵⁵ Art.3.b) de la LGPu.

⁵⁶ Art.4 de la LGPu.

⁵⁷ Art. 3.d) de la LGPu.

servicios o bienes, los cuales, generen riesgo para la seguridad de la persona o para su salud, productos relacionados con el azar o el juego y productos psicotrópicos, medicamentos y estupefacientes.

Para finalizar toda la publicidad *agresiva, engañosa y desleal*⁵⁸ se consideraran como actos de competencia desleal, según lo establecido por el legislador en la norma que analizamos en el presente trabajo.

IV.- LOS COMPORTAMIENTOS DESLEALES CON LOS CONSUMIDORES

Los actos aludidos en el epígrafe anterior hacen referencia a los comportamientos o prácticas que se llevan a cabo en el mercado y que resultan ilícitos por desleales en los términos de la norma, pero de un modo general. Por lo que a continuación se tratara de explicar las distintas prácticas realizadas por el empresario que resultaran ilícitas en cuanto que afectan de forma directa a los consumidores en el mercado.

Dichas prácticas se han visto introducidas en el régimen legal de la competencia desleal a través de la Ley 29/2009⁵⁹. En este sentido, advertimos que llama la atención la incorporación de dichas prácticas en la LCD y no en la Ley General para la Defensa de los Consumidores⁶⁰. Dicha incorporación, no supone otra cosa que conseguir unificar en todo el territorio nacional, la tipificación de este tipo de actos. Además, en la medida en que se trata de una materia mercantil se regula en la norma nacional, pues –como es sabido- en caso contrario, le corresponderían a las Comunidades Autónomas la regulación de los asuntos concernientes a usuarios y consumidores. Sobre esto la normativa⁶¹ expone que, sin tener en cuenta lo dispuesto en la LGDCU⁶², se establecerán como prácticas comerciales desleales, unas designadas faltas de consumo. Las prácticas comerciales desleales que afecten a los consumidores va a tener dos características básicas: la primera, es que es considerada como *per se*, esto quiere decir que son consideradas como ilícitas bajo cualquier circunstancia y caso .Y la segunda, es que es la posibilidad de realizar vía administrativa reclamaciones de consumo.

⁵⁸ Art. 3.e) de la LGPu.

⁵⁹ Capítulo III de la LCD.

⁶⁰ Real Decreto Legislativo 1/2007 , de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. BOE núm. 287 de 30 de Noviembre de 2007, (en adelante LGDCU).

⁶¹ Ver nota 25.

⁶² Arts. 19 a 20 de la LGDCU.

De acuerdo con las prácticas que nos ocupan, en primer término, se entienden por *prácticas engañosas*, aquellas capaces de inducir a error a los usuarios, debido a la divulgación o utilización de información incorrecta, la omisión de la verdad y cualquier otro tipo de conductas que induzca a dicho error. Dichos errores son referentes a las ventajas que ofrecen el producto, cualidades, naturaleza, calidad, precio o cantidad de los productos que han sido vendidos⁶³.

Las prácticas comerciales consideradas con engañosas se clasifican en engañosas por confusión, señuelo y promocionales engañosas, sobre la naturaleza y propiedad de los bienes y otras prácticas. Las prácticas engañosas por confusión, no siguen un orden en el organigrama de la Ley. El legislador español no sólo conforma dichas prácticas como una conjetura específica, sino que también incluye como tal, un acto determinado de práctica engañosa dentro del catálogo de prácticas desleales.

Las prácticas engañosas pueden calificarse en función a tres aspectos: *prácticas engañosas por confusión para los consumidores*,⁶⁴ que, teniendo en cuenta todas sus circunstancias y características, dado su contexto real, sean capaces de afectar a los quehaceres económicos de los usuarios y consumidores, a través de la creación de confusión, incluyéndose como tal el riesgo de asociaciones con nombres comerciales, marca registrada, bienes y servicios o cualquier otro signo que sea característico de un competidor. Por su parte, las *prácticas engañosas por confusión*⁶⁵, son aquellas prácticas son las concernientes a la promoción de determinados bienes o servicios producidos por un empresario para intentar inducir al consumidor o usuario de forma meditada a creer que dicho producto emana de este mismo, siendo esta información falsa. Y por último, las *prácticas comerciales encubiertas*⁶⁶, que incluyen las prácticas que por su forma de proceder, destinan sus medios a incluir mediante una promoción, previamente financiada por el empresario, información mediante sonidos o imágenes encubiertas y no descifrables por el consumidor en los medios de comunicación, mensajes o noticias. Dichas prácticas deben cumplir dos requisitos: Que se presente como información dicha comunicación publicitaria; que se entreguen honorarios a los medios de comunicación para alojar dichas noticias o mensajes.

Además de lo expuesto, resulta de importancia hacer alusión a las *prácticas engañosas sobre códigos de conducta*⁶⁷, cuya regulación resulta novedosa en el ordenamiento nacional.

⁶³ Arts. 20 a. 27 de la LCD.

⁶⁴ Art.20 de la LCD.

⁶⁵ Art. 25 de la LCD.

⁶⁶ Art. 26 de la LCD.

⁶⁷ Art. 21 de la LCD.

La Ley ha decidido calificar como práctica engañosa aquellos incumplimientos de los citados códigos de conducta, siempre y cuando, se lleven a cabo los dos requisitos siguientes: que exista un estable pacto y que este pueda ser verificado el cual establezca firmes y constatables obligaciones; que dicha práctica comercial sea asociada al código y el comerciante indique dicha asociación. Es decir, que sea capaz de crear la circunstancia de crear expectativas falsas entre los consumidores. Esto, solo puede producirse en el supuesto de que los códigos de conducta se vean incumplidos cuando el comerciante con anterioridad divulgue su compromiso a cumplir y acatar los códigos a los que se unió de manera voluntaria. No podrá ser considerada como engañosa dicha práctica comercial por la infracción de este segundo requisito, ya que, no imposibilita que dicha infracción pueda ser verificada bajo la lupa de la cláusula general de prohibición considerando que esta gira sobre el concepto de diligencia profesional, que los requisitos ligados al código de conducta se infrinjan por parte del empresario, se entenderá en tal caso que se infringen tanto los compromisos formales los cuales llevan al comerciante a cumplir las resoluciones establecidas por el órgano del control del código, como los compromisos de carácter sustantivo. Y la práctica comercial, que por consiguiente ha sido incumplida por parte del empresario, debe ser capaz desde el prisma del consumidor de incurrir en su comportamiento económico.

La *prácticas engañosas son las prácticas señuelo y promocionales engañosas*⁶⁸, son aquellas prácticas que hagan creer al consumidor o usuario de los bienes, que sin motivos aparentes o sensatos, tras realizar una oferta comercial de servicios y/o bienes y sin en ningún de los casos, alegar motivos razonables, dichas promociones u ofertas no estarán disponibles en cantidades equitativas y durante el tiempo suficiente⁶⁹. Se debe de tener en cuenta a la hora de evaluar dicha práctica el precio, el tipo y la publicidad que se le haya dado a dicho bien o servicio⁷⁰. Tras realizar a un determinado precio una oferta para adquirir bienes o contratar un determinado servicio, se tenga la intención de engañar al consumidor a través de la promoción de un bien o servicio diferente al adquirido o contratado, así como la puesta de trabas para el conocimiento por parte de terceros de dicha adquisición. Entre las trabas tipificadas en el LCD⁷¹ encontramos, además de las anteriormente expuestas, la de negar a suministrar o mostrar el bien o servicio, no aceptar demandas de suministro, no exhibir el bien, lanzar

⁶⁸ Art. 22 de la LCD.

⁶⁹ Las ofertas vacías son aquellas ofertas o promociones que sin la existencia de motivos razonables no adviertan al consumidor que no se van a suministrar en cantidades equitativas o durante el tiempo establecido.

⁷⁰ Art. 22.1 de la LCD.

⁷¹ Art. 22.2 de la LCD.

información falsa al mercado con la intención de desprestigiarlo o exponer al público una muestra defectuosa de éste. También los supuestos en los que el empresario no se encuentre ligado a alguno de las suposiciones y se comuniquen ventas en liquidación. Según lo expuesto en la norma⁷² también será considerada como engañosa afirmar la proximidad del traslado o del cese del empresario, siendo dicha información falsa.

De otro lado, otorgar premios diferentes a los expuestos u otros de valor y calidad similar, a través de un concurso, sorteo o de forma automática⁷³. Prometer como “gratuito”, “regalo”, “sin gastos” o de cualquier otra tipología similar a esta, bienes o servicios siempre y cuando el consumidor tenga que sufragar una cantidad de dinero debido a la respuesta de la actuación comercial, por cualquier otra práctica contraria del coste inapelable de esta. Así como la entrega o recogida del bien⁷⁴. Hacer creer al usuario o consumidor, que va a ganar o incluso que ya ha ganado un premio o una ventaja comercial siempre y cuando realice un acto en concreto. No existiendo en ninguno de los casos dicho premio sin que el consumidor o usuario efectuara el pago de una cantidad determinada de dinero⁷⁵.

Por consiguiente se hace referencia a los distintos supuestos en los que la actuación de las prácticas expuestas supone un *comportamiento engañoso sobre la propia naturaleza del bien, así como su propiedad*⁷⁶, serán prácticas engañosas aquéllas que produzcan, por su forma de actuar, la creencia o afirmación de la legalidad de un determinado bien o servicio no siendo legal dicha creencia⁷⁷. Debido a dicha definición, se considera una gama amplia de supuestos que se encuentran fuera de la legalidad, desde la venta de drogas, hasta la venta de bienes que se han conseguido de manera ilícita. También son considerados como ilegales aquellos que se han conseguido sin la obtención de una licencia de carácter administrativo. Y, en igual sentido, los que expongan que se pueden alcanzar premios a través de bienes o servicios utilizando para ello juegos de azar.⁷⁸ La norma como tal no tiene como finalidad la de crear alegaciones llevadas a cabo para autorizar la participación en sorteos, si nos encontráramos en tal extremos como MASSAGUER⁷⁹ expone nos hallaríamos ante “Una *manifestación absolutamente cierta, que acaso pudiera ser reprochada por su aptitud para ejercer una*

⁷² Art. 22.3 de la LCD.

⁷³ Art. 22.4 de la LCD.

⁷⁴ Art. 22.5 de la LCD.

⁷⁵ Art.22.6 de la LCD.

⁷⁶ Art. 23 de la LCD.

⁷⁷ Art. 23.1 de la LCD.

⁷⁸ Art.23.2 de la LCD.

⁷⁹ Massaguer Fuentes, J. (2006) “El nuevo derecho contra la competencia desleal: la Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales”, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, pp. 122.

presión de compra”. Además, aquéllas que creen falsa percepción de que un bien o servicio es capaz de curar enfermedades, malformaciones o cualquier otro tipo de disfunción.⁸⁰ En dicho precepto hay que hacer referencia al *Real Decreto 1907/1996*⁸¹, por el cual se prohíbe todo medicamento o producto sanitario las propiedades terapéuticas, preventivas o curativas, siempre y cuando no ostente la legalidad como producto sanitario o medicamento. También, las que proclamen sabiendo que dicha proclamación es falsa la disponibilidad limitada o que solo podrá obtener un bien o servicio en unas condiciones determinadas, con el único objetivo de que el consumidor o usuario toma su decisión de forma inminente, arrebatándole la posibilidad de que dicho usuario obtenga dicha resolución con base a una idea estudiada⁸². Aunque parece que dichas conductas son iguales, existe diferencia entre ambas, ya que, en el segundo supuesto se da por hecho que el bien dejará de estar vacante cuando transcurra el tiempo citado. En el segundo caso no sucede como tal, sino que, una vez transcurrido el tiempo el bien seguirá disponible pero bajo unas condiciones menos beneficiosas para él.

Por último, que prometan el derecho a facilitar al cliente un servicio de ayuda postventa y no prevenir a usuarios y consumidores de que el idioma empleado para dicho servicio será distinto al utilizado en la operación de compra⁸³. Y las que Sean capaces de crear la falsa impresión de que el servicio de postventa se encuentra ubicado en un Estado miembro diferente al con el que se ha contratado⁸⁴.

Estas afirmaciones pueden englobarse en una sola, pues ambas causan engaño al consumidor ya que, hacen caer a este en el error sobre las condiciones en las cuales puede acceder al servicio postventa. La primera de las prácticas, está basada en la creencia razonable que al tener una comunicación con el empresario en un idioma se realice en el mismo idioma todos los servicios contratados. En la segunda de las prácticas, el fraude se produce cuando una vez se ha contratado el bien o servicio, se crea una impresión falsa sobre el Estado miembro en el que se encuentra ubicado. Con esto se intenta disuadir al usuario a ejercer el servicio de posventa el cual le corresponde por derecho.

Las prácticas desleales con los consumidores precisan el tratamiento de las conductas de *venta piramidal*, también conocida como *bola de nieve*, que es reputada como una hipótesis de ventas multinivel.⁸⁵. Así, son ilícitos los trabajos en que -a cambio de que el

⁸⁰ Art.23.3 de la LCD.

⁸¹ Art. 4 del Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades, o servicios con pretendida finalidad sanitaria. BOE núm. 189, de 6 de agosto de 1996.

⁸² Art 23.4 de la LCD.

⁸³ Art 23.5 de la LCD.

⁸⁴ Art 23.6 de la LCD.

⁸⁵ Art. 24 de la LCD.

usuario entregue una compensación- reciba una contraprestación procedente de la entrada de otros usuarios al plan. Dicha contraprestación está formada por un porcentaje de la cuota que abonen por su ingreso y no por la venta o suministro de bienes o servicios, todo ello a través de un plan de ventas piramidal.

En todo sistema de ventas piramidal existen dos clasificaciones de sujetos: aquel que emite los títulos, siendo este la base de dicha organización, a través de la emisión de dichos títulos las personas atraídas pasan a formar parte del sistema y el que a través de la idea de obtener un resultado beneficioso, se convierten en parte del sistema estructural. Estos sujetos obtendrán beneficios a través de las cuotas de ingreso de los nuevos participantes en la red. Dicho sistema de ventas piramidal tiene un gran inconveniente ya que un crecimiento desmesurado de la cadena de mercado ocasiona que este se colme, debido a dicho culmen se hace imposible alcanzar el número de distribuidores necesario para poder conseguir el nivel de beneficio que se esperaba. Realmente, en dichas redes de distribución de beneficios solo llegan a alcanzar su objetivo el promotor de dicha red así como los sujetos más allegados a dicho promotor.

Para hacer referencia a las *prácticas comerciales agresivas* con los usuarios o consumidores podemos hacer referencia a lo visto en el apartado sobre los actos considerados como ilícitos y más en concreto a las *prácticas agresivas*⁸⁶. Se entiende por práctica agresiva aquella que ejerce sobre el consumidor o usuario de forma evidente e injusta una presión o que realicen prácticas que sin utilizar dicha presión resulten incómodas o inoportunas para estos. Por un lado, la deslealtad se encuentra fundamentada en estas prácticas en dos aspectos, el primero de ellos es cómo influye sobre la decisión de mercado del usuario la presión citada anteriormente. Por otro, nos encontramos con es la invasión de la intimidad del consumidor, ya que, se transforma sus ámbitos más privados en marcos aptos para la lucha competitiva. Existen una serie de requisitos para que pueda establecerse que una práctica es agresiva: que exista un medio o instrumento para orientar la presión hacia el usuario o consumidor⁸⁷; que se viole a libertad para elegir del consumidor a través de una finalidad o idoneidad.

Las denominadas *prácticas por coacción*, aunque no se ha definido en la norma se establece un catálogo de prácticas que se establecen como prácticas de coacción. La coacción engloba aquellos actos por los que se hace creer al usuario que para evitar una situación de pérdida o de obtención de un beneficio, se debe aceptar la propuesta expuesta. El mensaje se puede dar de forma tanto implícita como explícita, si nos referimos a la forma implícita,

⁸⁶ Art. 8 de la LCD.

⁸⁷ Por ejemplo el acoso.

denominar como coacción a un determinado acto depende más de la forma en la que el destinatario la percibe que de los términos en que se manifieste. Cabe destacar que se rechazaran aquellos supuestos en los cuales se considera infracción penal la conducta del empresario o profesional de aquellos la deslealtad como tal.⁸⁸

Como ya pasara anteriormente con las prácticas por coacción no existe definición como tal en el texto jurídico. Una aproximación a una definición de acoso haremos referencia a lo expuesto por MASSAGUER⁸⁹ que entiende que “*como el hecho de perseguir, importunar, incomodar o apremiar a una persona como medio de obtener su decisión de compra o de determinar su comportamiento en el marco de una relación ya establecida*”. Así las *prácticas agresivas por acoso*,⁹⁰ van a hacer referencia a un conjunto de actuaciones que se realizan en el mercado y que no era recogido por nuestro Derecho contra la competencia desleal. No obstante, al contrario de lo que sucedía en España, en otros países si existía una ley específica para dicho conjunto de prácticas. En una primera excepción se apunta las visitas por parte del empresario al domicilio del consumidor. Para comprender la ilicitud de lo anteriormente expuesto hay que dejar claro la licitud de las visitas publicitarias al domicilio del consumidor. Esto quiere decir, que en una visita a domicilio desde el primer instante el consumidor conoce a quien tiene delante, esto no quiere decir más que el consumidor puede permitir o no la entrada a su domicilio o no. Pero existen dos excepciones en las que dicha visita si se considerada como desleal. La primera de estas excepciones trata de la existencia de un declaración expresa por parte del usuario de que el empresario no vuelva a visitar su domicilio y este incumpla dicha declaración, no es necesaria una declaración por escrito, basta con la oposición de dicho consumidor pueda deducirse de manera clara a través de sus actos o conversaciones. Como se puede comprobar esta excepción es aplicable a los casos que exista una reincidencia por parte de empresario.

La situación es totalmente diferente en la segunda excepción, en este caso la deslealtad aparecerá cuando el empresario no acepte la petición realizada por el usuario de abandonar su domicilio, al contrario del primer caso en el que si podrá ser considerada como desleal si dicha negación ocurre en la primera visita realizada por el empresario. Por consiguiente no existe obligación de declarar por escrito de la voluntad de abandono, será más que suficiente con la transmisión clara por parte del usuario de su afán para que este lo abandone.

⁸⁸ Art.28 de la LCD.

⁸⁹ Massaguer Fuentes, *El nuevo derecho*, pp.133.

⁹⁰ Art.29.1 de la LCD.

Otras de las prácticas es la de traspasando las barreras legales establecidas en contrato, trata de aquellas que cuando se realicen proposiciones no deseadas y repetitivas a través de cualquier medio de comunicación (teléfono, fax, email, entre otros). Debido a la aparición de nuevos medios de comunicación, como consecuencia surgieron un sinnúmero de nuevos términos, anteriormente nos referíamos a “spam”⁹¹ cuando se suministraba publicidad no deseada a través de correo electrónico, pero en la actualidad adquiere un significado más genérico, que engloba el envío de cualquier tipo de publicidad de forma masiva. Para que el usuario pueda ejercer la oposición a recibir estas propuestas, el citado empresario debe utilizar un sistema de comunicación por el cual, se pueda dejar constancia de su negación a seguir recibiendo dichas proposiciones. Por ejemplo, si se realiza a través de un teléfono se debe realizar desde un número plenamente inidentificable. El texto jurídico establece dichas prácticas de marketing directo, como pueden ser las repetidas llamadas telefónicas al usuario, el continuado envío de correos electrónicos, entre otros, siempre que estas persistan en el tiempo⁹². Por otra parte, la Ley 29/2009 a través de una disposición transitoria establece el plazo máximo de dos meses a contar desde de la entrada en vigor de la citada Ley para establecer los medios oportunos para que se pueda dejar constancia de la oposición del usuario a seguir recibiendo dichas proposiciones. Dicho esto, no sólo basta con el contacto de manera directa o personal con el anunciante y destinatario, si no que se deben de dar una serie de circunstancias adicionales para que el destinatario medio pueda percibirla, dichas circunstancias se vieron en el apartado concerniente a las prácticas agresivas⁹³.

En relación con el conjunto de prácticas agresivas con los consumidores destacan las que de manera directa y clara una *referencia a los menores* que debido a su forma de proceder estos influyan en sus padres u otros adultos para que estos adquieran el bien o bien para adquirir bienes o usar servicios de manera propia⁹⁴, como anteriormente hemos expuesto se tiene que incurrir en las dos circunstancias, estas dos conductas merecen el estudio por separado ya que la primera de ellas establece acoso y la segunda se trata de una categoría de la influencia indebida.

Los niños integran un grupo de usuarios de extrema vulnerabilidad, debido a esto la Ley 25/1994, de 12 de julio, sobre actividades de radiodifusión televisiva incluía la concerniente prohibición de incluir argumentaciones dispuestas a menores para que estos

⁹¹ Vázquez Ruano, T. (2010), «El spam y la nueva regulación de la Ley de Competencia Desleal», Revista de Derecho mercantil, núm. 277, julio/ septiembre, pp. 1083-1101

⁹² Art.29.2 de la LCD.

⁹³ Art. 8.1 de la LCD.

⁹⁴ Art.30 de la LCD.

adquirieran un determinado producto o servicio⁹⁵, el que hacía referencia a esto. Ahora bien,⁹⁶ aunque en un anuncio se incluya de manera explícita cualquier tipo de referencia a un menor, será de extrema dificultad demostrar que dicha referencia va dirigida a un menor. Pues bien, para determinar si el mensaje va o no destinado a un menor se debe tener en cuenta tres consideraciones, la primer de estas es la de determinar la tipología de producto o servicio que se está promocionando. Por tanto, que si el producto es destinado exclusivamente a niños o que tiene a los niños como público prioritario; que se determine que tipo de diseño y que características específicas tiene el mensaje publicitario en cuestión, aprovechándose de la inexperiencia e impericia de los menores; Y por último, se debe determinar cuáles son las circunstancias específicas rodean al mensaje publicitario a la hora de su difusión, será de gran importancia a la hora de evaluar un anuncio como ilícito la franja horaria en el que es emitido.

Para finalizar, nos encontramos con las *otras prácticas agresivas*⁹⁷, según lo dispuesto en la legislación dichas prácticas engloban todos aquellos actos que debido al uso de la coacción, la influencia indebida, fuerza física, incluso el acoso conlleven a menoscabar la decisión libre del consumidor a tomar una decisión con respecto al producto y por tanto, le lleve a tomar una decisión, que por consiguiente, no hubiera tomado. Se encuentran estructuradas en tres apartados, en cada uno de ellos se especifican los distintos supuestos no englobados en ninguna de las prácticas que hemos visto anteriormente.

El primero⁹⁸ considera ilícita por desleal la exigencia de documentos con el fin de desalentar al usuario el derecho a ejercer sus derechos, cuando este reclame una indemnización que le corresponda. Dicho desaliento se hace a través de la presentación de documentos los cuales no sean necesarios que procedan de un siniestro, reclamar la cuantía de los daños de dicho siniestro o dejar sin contestar toda correspondencia referente a dicho siniestro. Se detallan aquellos actos que exijan el pago de una contraprestación de manera inmediata o aplazada, la devolución o vigilancia de los servicios abastecidos por el empresario o la de los bienes, excepto cuando dichos bienes o servicios se consideren de sustitución según lo establecido en la legislación sobre contratación a distancia de usuarios o

⁹⁵ Art. 16.1 a) de la LGCA Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, actualmente derogada y sustituida por Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, (a continuación LGCA)

⁹⁶ Art. 30 de la LCD.

⁹⁷ Art.31 de la LCD.

⁹⁸ Art. 31.1 de la LCD

consumidores. Por último, se expresa la información del peligro por parte del empresario o profesional en el caso que el usuario o consumidor no acuerde de manera eficaz el bien o servicio. Nos encontramos por tanto, ante un supuesto de de coacción, ya que se presenta al consumidor una situación con la cual va a salir perjudicado, excepto si contrata los bienes o servicios prestados por la empresa. Cabe destacar que en dicho apartado solo se pueden incluir aquellas prácticas en las que el empresario declara de forma manifiesta la información, no quedarían englobadas aquellas que se hacen de forma implícita.

El segundo de los apartados es el concerniente a los suministros de servicios o productos los cuales no fueron solicitados por el usuario o consumidor⁹⁹, se considera ilícito y por lo tanto desleal todo acto que conlleve implícito el hecho de requerir el pago bien de forma aplazada, o urgente, la reposición o el cuidado de los servicios o bienes - no habiéndose solicitado por el usuario o consumidor-. Existe una excepción a este último caso y es que cabe la posibilidad de que el bien objeto del cuidado se trate de un servicio o bien de sustitución que se encuentre bajo la legislación de usuarios y consumidores sobre contratación a distancia¹⁰⁰.

Por un lado se trata como una infracción grave, pudiéndose convertir en muy grave en el caso en el cual exista una magnitud de facturación mayor de los 601.012,10 Euros o exista una repetida reproducción en el tiempo¹⁰¹. Por otro lado, no existe la obligación por parte del consumidor de entregar los servicios o bienes no exigidos, así como la imposibilidad de exigirle el pago del mismo¹⁰². En el supuesto que decidiera devolverlo no se le podrá exigir ningún tipo de desembolso en el caso de desperfecto¹⁰³. Establece MASSAGUER que dicha modalidad de prácticas conllevan coaccionar al usuario para que este pague, devuelva o cuide de los bienes, por tanto debería incorporarse dentro de los actos de acoso¹⁰⁴.

Para concluir con esta modalidad de prácticas nos encontramos en el último apartado con las prácticas agresivas que radican en informar expresamente del sustento del profesional o empresario o riesgo del trabajo para el consumidor¹⁰⁵. Dicha práctica de venta a domicilio, suele darse en la mayoría de los casos por trabajadores autónomos los cuales encarnan los bienes de los empresarios proveedores de los bienes o servicios, más que por los propios empresarios.

⁹⁹ Art 31.2 de la LCD

¹⁰⁰ Ver nota 65.

¹⁰¹ Art. 49.2b), 50.2 y 51 de LGDCU.

¹⁰² Art. 100 de LGDCU.

¹⁰³ Bercovitz Rodríguez - Cano, A. (2011), "*Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*" (1a. edición). Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi, pp. 836-840

¹⁰⁴ Massaguer Fuentes, *El nuevo derecho*, pp.133.

¹⁰⁵ Art 31.3 de la LCD.

La mayor dificultad para demostrar dichas prácticas radica en el inconveniente para demostrar la existencia de estas, ya que se antoja complicado demostrar constancia de la relación debido a que es un vínculo estrecho entre consumidor y trabajador.

Como sucede en el anterior apartado, existe la posibilidad de incorporar dicha variedad de prácticas como actos de acoso, existe una vertiente de autores que consideran dichos actos como acoso¹⁰⁶. Y por otro, otros autores deciden que se tratan de prácticas de acoso, pero con el matiz que el texto comunitario no incluye la coacción psicológica como acto de acoso.¹⁰⁷

V.- ACTOS DE COMPARACIÓN

Expuestos los supuestos de deslealtad recogidos en la norma tras la última modificación del régimen de competencia desleal, procedemos a realizar un estudio de manera detallada sobre los actos de comparación, con el objetivo de profundizar en aquellos conceptos enseñados en el epígrafe anterior y saber llevarlos a cabo en la práctica comprendiendo así la utilidad de lo mostrado anteriormente en la realidad. Por un lado, vamos a realizar una valoración jurídica de la práctica, en este sentido vamos a completar la información expuesta anteriormente sobre los actos de comparación¹⁰⁸, analizando detalladamente los cambios producidos por la adaptación de la norma al derecho comunitario. Por otro lado, vamos a analizar dos casos jurisdiccionales relacionados con dichos actos de comparación, con el propósito de llevar a la práctica los conocimientos adquiridos.

V. 1.- Valoración jurídica de la práctica.

La práctica de la comparación en el mercado es una actuación que ya estaba regulada en la norma sobre competencia y publicidad antes de la reforma de dichos textos normativos¹⁰⁹, pero que se ha visto afectada por la modificación realizada por la Ley 29/2009

La regulación de la práctica comercial de la comparación exige que se analice el régimen normativo comunitario, y en particular, vamos a estudiar uno de los cambios

¹⁰⁶ Tato Plaza, A. , Fernández Carballo-Calero, P. y Herrera Petrus, C. (2010)“*La reforma de la ley de competencia desleal*” (1ª. ed.). Las Rozas: La Ley, grupo Wolters Kluwer, pp. 249.

¹⁰⁷ Massaguer Fuentes, *El nuevo derecho*, pp.133 y 134-135.

¹⁰⁸ Ver página 16.

¹⁰⁹ Ver nota 4.

producidos por cada una de estas Directivas comunitarias¹¹⁰, de un lado, trataremos la adhesión de la *Directiva 2006/114*, a simple vista se puede observar que uno de los cambios más señalados que introdujo fue en la de la regulación de la llamada publicidad comparativa. Como consecuencia de dicha adhesión, se han convertido como exigibles los requisitos tipificados en dicha norma así a cualquier otro tipo de comparación pública. El legislador a la hora de regularizar los actos de comparación se decantó por la elaboración del contenido y la forma de manera uniforme.

De otro, vamos a tratar las modificaciones impuestas por la *Directiva 2005/29/CE*, donde se encuentran delimitadas la comparación de dichos actos de engaño¹¹¹. Cabe destacar como uno de los aspectos más positivos de dicha reforma, el enorme avance que ha supuesto en la integración de dichas normas, reconocido como tal por el legislador en la *Ley 29/2009*, además quedan eliminadas las dificultades expuestas en la doctrina como por la práctica a la hora de aplicar la legislación, por tanto son suprimidas la comparación realizada de forma pública como la que se realice por otros medios.

No obstante, hay que aclarar que la integración no es definitiva ya que habría sido necesaria la derogación de los artículos sobre publicidad ilícita expuestos en la *Ley general de Publicidad*. Se puede llegar a pensar que se podría haber constituido los actos ilícitos en una sola norma.

Antes de analizar la nueva redacción y contenido, vamos a realizar unas diferencias previas sobre la comparación pública como propio acto desleal. En primer lugar, se establece por objeto en dicha disposición fijar a través de la delimitación los conceptos de comparación, tanto en general como en particular, a través de establecer cual es el comportamiento objetivo. Por otra parte, se realiza un estudio sobre cuáles son los requisitos establecidos para que no calificar de desleales dichas actuaciones, más concretamente para que esta comparación no sea engañosa, no se abuse del prestigio ajeno o sea denigratoria. Debido a que se trata de la segunda incorporación de las reglas comunitarias sobre publicidad comparativa son incorporadas al reglamento jurídico español¹¹², estableciendo como publicidad comparativa,

¹¹⁰ Directiva 84/450/CEE del consejo, de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa y comparativa (Vigente hasta el 12 de Junio de 2005). DOUEL núm. 250 de 19 de Septiembre de 1984. Derogada y sustituida por 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.

¹¹¹ Art. 10. e) de la *Directiva 2005/29*.

¹¹² Art. 6.bis de la *LGPu*.

aquella que “... que aluda explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por él.”¹¹³

Para que dichos actos comparativos se encuentren dentro de la legalidad, se deben cumplir una serie de requisitos, tales como: que los servicios o bienes, objetos de la comparación sean destinados a complacer las mismas necesidades o tengan el mismo objetivo; que dicha comparación se realice dentro de unos parámetros establecidos, los cuales, serán representativos de los servicios o bienes en cuestión, uno de estos podría ser el precio; que dicha comparación se realice de manera objetiva.; los productos premiados con una denominación de origen o indicación geográfica, especialidad garantizada o denominación específica, solo podrán compararse con productos similares a estos; en ninguno de los casos, se podrán presentar bienes o servicios que sean copias o duplicados de otros, cuales tengan protegido su nombre comercial; en el supuesto de que la comparación se refiera a una oferta en especial, deberá indicarse su fecha de inicio, si esta no hubiera empezado, así como la de su finalización; y para finalizar con los requisitos se establece que no podrá obtenerse una ventaja incorrecta de la notoriedad de una marca o cualquier aspecto que diferencie el producto resguardados en productos de la competencia, así como tampoco se podrá obtener un beneficio imitando el método ecológico de producción de un competidor.

Cualquier incumplimiento de los requisitos visto anteriormente, y en común cualquier acto publicitario que conlleve a error al consumidor, se considerada como una infracción dispuesta en la por Ley 3/2014 para la defensa de los consumidores y usuarios¹¹⁴.

De una primera aproximación a esta regulación, cabe destacar que¹¹⁵, se establece la particularidad de esta norma en disonancia con las restantes conductas tipificadas en el texto jurídico¹¹⁶. En el tercero de ellos se determinan los requisitos establecidos como lícitos para dicha conducta. Debido a esto se muestra una importante falta de armonía en la composición de la norma, puesto que en la anterior redacción toda acto de comparación se regulaba bajo la análoga “clave de deslealtad” en todo texto legal.

Si bien, en la anterior legislación¹¹⁷ se determinaba que “*se considera desleal la comparación pública de la actividad...*” en el actual artículo la fórmula utilizada es la de “*la*

¹¹³ Art. 6.1 bis de la LGPu.

¹¹⁴ Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica 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. BOE núm. 76 de 28 de Marzo de 2014.

¹¹⁵ Ver nota 34.

¹¹⁶ Capítulo II “Derechos básicos de los consumidores y usuarios”, como en el Capítulo III “*Prácticas comerciales con los usuarios o consumidores*” de la LCD.

¹¹⁷ Art 10 de la LGDCU.

comparación pública.....estará determinada si...”. Dicha disyuntiva encuentra su aclaración en relación con la política comunitaria utilizada para regular la publicidad comparativa¹¹⁸.

Dicho esto, podemos observar que dicha posición es desigual en relación con el engaño y la comparación, como resultado a esto también se ve modificada la misión de los Estados miembros¹¹⁹, por el cual determina el procedimiento a realizar por los Estados miembros en correlación con la publicidad engañosa y comparativa, lo que conlleva a que deben fomentarse este tipo de publicidad y adaptarse a los requisitos legalmente establecidos para ser considerados como lícitos.

Debido a que la nueva composición del precepto ha dejado derogado el anterior¹²⁰, habría sido más acertado que la integración se hubiera realizado en relación con la norma en que en este modo se ha incorporado¹²¹. En este modo, que se hubiera realizado teniendo en cuenta la “*clave de deslealtad*”, no existiendo la necesidad de reconocer la publicidad comparativa como lícita en su primer apartado, así como el establecimiento de los actos en que dicha publicidad se puede considerar como desleal.

Para finalizar con la nueva redacción¹²² se podría haber realizado de manera más acorde al texto en el que se incorpora, con la finalidad de instaurar su legitimidad concurrencial y conseguir el objetivo de liberalizar dicha práctica manteniendo así la tipificación de los actos de comparación como actos de competencia desleal, esto obligaría a interpretar una interpretación restrictiva en relación a los actos de comparación desleales.

A diferencia de lo expuesto anteriormente, el artículo anteriormente expresado, presenta novedades tratando de una disposición más amplia, bajo un punto de vista formal. No obstante se mantiene el mismo título que en la anterior normativa de 1991 (*Actos de comparación*), aunque se han producido una serie de cambios en la disposición de la ley.

En primer lugar, se trata de una norma mayor, al ampliarse de manera formal tanto los requisitos de licitud como los demás actos de competencia desleal con los que existe una estrecha relación con dicho comportamiento y por otro lado, se incluye dicha novedad

¹¹⁸ Art.1 Directiva 2006 /114 de la CE.

¹¹⁹ “1. Los Estados miembros velarán por que existan los medios adecuados y eficaces para luchar contra la publicidad engañosa y con miras al cumplimiento de las disposiciones en materia de publicidad comparativa en interés de los comerciantes y de los competidores. Estos medios deberán incluir disposiciones legales en virtud de las cuales las personas o las organizaciones que tengan, con arreglo a la legislación nacional, un interés legítimo en la lucha contra la publicidad engañosa o en la regulación de la publicidad comparativa puedan: a) proceder judicialmente contra esta publicidad, o b) someter esta publicidad a una autoridad administrativa competente bien para que ésta se pronuncie sobre las reclamaciones o bien para entablar las acciones judiciales pertinentes.” Art 5.1 Directiva 2006/114 de la CE sobre publicidad engañosa y comparativa .DOUEL, de 12 de diciembre.

¹²⁰ Ver nota 110.

¹²¹ Ver nota 56.

¹²² Art. 10 de la LCD.

referente a la incorporación expresa de la publicidad comparativa en su ámbito de aplicación. Puede decirse que se trata, por varios motivos, de un precepto redundante por diferentes motivos, aunque este nuevo argumento manifiesta fielmente las disposiciones comunitarias. Se dice que es redundante por una serie de motivos con referencia a los requisitos de licitud, estos están expuestos a continuación: todos los requisitos expuestos tratan el mismo fundamento, es decir, todos ellos hablan sobre cómo evitar un símil con la pública engañosa, el segundo de los motivos de redundancia, es que, los comportamientos desleales descritos en de dicho artículo resultan innecesarios, puesto que estos se ajustan con otros preceptos de la misma ley, los cuales son reglamentados como actos de competencia desleal.

También cabe destacar las diferencias existentes en referencia al contenido de la norma, con respecto a la regulación anterior sobre publicidad comparativa, aun existiendo similitudes con la legislación anterior¹²³, se muestran dos diferencias destacables. Estas son: con referencia a la publicidad comparativa de las profesiones colegiadas se han visto excluidas toda referencia a ellas; también ha desaparecido de dicha norma toda aquella mención realizada expresamente relativa al hecho de que el incumplimiento de dichos requisitos conlleve una infracción en materia de consumo¹²⁴.

Cabe concluir que hubiera sido más acertado incluir toda la legislación relacionada con los actos de comparación en una sola norma, dicha dualidad normativa puede producir posibles casos de mal interpretación. Por un lado, con la adaptación de la Ley al reglamento europeo se consigue una necesitada adaptación a las necesidades actuales ya que anteriormente la comparación de productos con denominación de origen no se encontraba regulada. Por otra parte, consideramos necesario una mayor integración con la norma derogada a la hora de su redacción.

V.2.- Análisis de casos judiciales

El epígrafe que nos ocupa se centra en el análisis razonado y argumentado de algunas referencias jurisprudenciales que son relevantes para comprender y entender la aplicación a la práctica empresarial del acto de comparación que, en ciertos casos resulta desleal por ser opuesto a los principios normativos de aplicación. A tal fin, se analizarán tanto los

¹²³ Ver nota 112.

¹²⁴ Lema Devesa, C. (2010), “*La publicidad engañosa y la publicidad comparativa en la Ley de Competencia Desleal*”. Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia, núm. 58, pp.104.

pronunciamientos del TS¹²⁵, como las resoluciones interpretativas que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dado en la materia.

La publicidad comparativa ha sido analizada por la jurisprudencia del TS en diversas ocasiones. En este primer caso¹²⁶, el criterio seguido por el Alto Tribunal para resolver las cuestiones planteadas, se ha centrado fundamentalmente en tratar su argumentación en relación con los *actos denigratorios*¹²⁷, al considerar que existe menosprecio en el crédito del competidor en el mercado al saber la sociedad información inexacta. Por consiguiente, TS ha resuelto los supuestos de publicidad comparativa desde la perspectiva de los actos de confusión y denigración, además de una acción frente a la publicidad ilícita, alegándose que dicha publicidad desfavorecía la popularidad del competidor, además de mencionarlo indirectamente, todo ello para estimular las ventas de sus productos¹²⁸.

Algunas de las referencias jurisprudenciales más relevantes en materia de denigración y/o comparación¹²⁹ analizadas por el Alto Tribunal concluyen que para no se viole el principio de igualdad entre las partes y contradicción se declare la imposibilidad de modificar el objeto de la discusión, limitándose de esta manera a juzgar imparcialmente según lo dispuesto por ambas partes. En un principio se determinó que dicha publicidad tenía la categoría de denigratoria, pero en ningún de los casos podría considerarse como publicidad engañosa, como tampoco se consideró que tal publicidad hubiera incidido en venta a pérdida o explotación de la reputación ajena.

¹²⁵ Recurso de casación de la compañía El Corte Inglés, S.A. contra la Sentencia dictada, el día 26 de abril de 1999, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número nueve de los de Palma de Mallorca.

¹²⁶ El Corte Inglés, S.A. interpuso una demanda a la compañía Engel, S.A. por publicidad comparativa, debido a la transmisión de anuncios mostrando precios más bajos que su *acto denigratorio* competidor y a la señalización de este de precios más altos que el interpuesto por el mercado.

¹²⁷ Ver nota 25.

¹²⁸ Se consideró el fundamento de dicha publicidad como un *acto denigratorio* y *acto de confusión*, así como una *acción frente a la publicidad ilícita*, por los cuales intentaba demostrar que la divulgación del mensaje publicitario buscaba menospreciar la reputación en el mercado. Dicha sociedad, con el propósito de impulsar la venta de sus productos y aprovechando la apertura de un establecimiento en la localidad de El Corte Inglés, S.A. emitió un mensaje haciendo alusión indirecta al competidor. Previamente El Juzgado de Primera Instancia consideró que Engel, S.A. buscaba en cierto modo crear en los usuarios una relación de la frase con sus precios, para así invocar una imagen negativa y promover una ventaja comercial a su favor. Por contra, la Audiencia Provincial, estimo que dicho mensaje publicitario no atesoraba contenido denigratorio alguno, en los siguientes términos “el crédito de una empresa o establecimiento mercantil no se circunscribe ni limita al hecho de vender más caro”.

¹²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo “RJ 1987,2708” del 14 de abril de 1987, Sentencia del Tribunal Supremo “RJ 2005,6424” del 21 de junio de 2005 o la Sentencia del Tribunal Supremo “RJ 1991,8480” de 25 de noviembre de 1991, sobre denigración/comparación.

Argumentado su decisión según lo dispuesto en la Directiva 97/55¹³⁰ y tomando como consideración el estímulo que puede ejercer la publicidad comparativa, se muestra una referencia clara y evidente a un competidor, utilizando una terminología que conllevaría al consumidor a una confusión a la hora de su identificación, ya que se alude de manera implícita o explícita, tanto a un competidor en si, como a los servicios prestados por este y/o a sus bienes¹³¹. Partiendo de la base de que la publicidad ha de ser interpretada en su conjunto, en el supuesto de emitir un doble mensaje a los consumidores¹³², conllevaba a realizar un juicio de valor innecesario con el objeto de desprestigiar.

El análisis de algunas de las resoluciones del TS en la materia nos permiten considerar que resulta acertado, destacando lo dispuesto en relación a la publicidad comparativa y a la interpretación hecha por este, estableciendo previamente los requisitos indispensables para que se produzca deslealtad, así del mismo modo interpretándolos y relacionándolos con el caso en concreto. En referencia a los elementos enjuiciados, entendemos esencial el establecer el mensaje causante de la comparación entre los productos¹³³. Este se realizó con el fin de desprestigiar a la nueva empresa, ya que una comparación pública siempre va a crear unos prejuicios negativos en la mente del consumidor, difíciles de erradicar. Del mismo modo, nuestra opinión en este caso concreto existe supuesto de publicidad comparativa, ya que en ningún momento se ha producido una publicidad objetiva¹³⁴, dicha publicidad no se realizó para ensalzar su producto o dar información, sino que el objetivo que pretendía era desprestigiar los bienes comercializados por la empresa demandante.

Por su parte, la defensa planteada por los Tribunales de instancia apoyándose en el Tribunal Constitucional aboga la necesidad de demostrar la existencia de componentes y argumentaciones de juicio, para así poder determinar los argumentos jurídicos que lleven a demostrar la deslealtad¹³⁵. Por otro lado, razonamientos del TC¹³⁶, demuestran innecesario

¹³⁰ Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de octubre de 1997 por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa. *Diario Oficial n° L 290 de 23/10/1997 p. 0018 – 0023, (en adelante Directiva 97/55).*

¹³¹ Art 2. Directiva 97/55.

¹³² A este efecto el TS finalmente decidió anular la sentencia impuesta por el Juzgado de Primera Instancia basando su argumentación en que la compañía Engel, S.A realizó un anuncio admitiendo que los precios de su empresa eran menores que los de la nueva empresa competidora, y en segundo lugar que los precios esta nueva empresa, la cual se encontraba en busca de clientela eran prominentes con lo que las circunstancias exigían, no sólo en relación con los del anunciante, si no con el mercado en su conjunto.

¹³³ El mensaje expuesto por Engel, S.A. fue el siguiente “*en fragancias y perfumes el nuevo Corte se queda corto.... ante el gran recorte de siempre de perfumerías Cañellas*”

¹³⁴ Art. 10. Apartado b) de la LCD.

¹³⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 196/2003, de 27 de octubre. “RTC/2003/196”, sobre la motivación de las sentencias

dicho criterio y determinan como criterio apto la demostración de la argumentación para poder determinar la decisión final¹³⁷.

En algunas ocasiones, como se ha indicado, los Tribunales han tenido dudas interpretativas respecto a la valoración y enjuiciamiento de los actos de comparación y, como consecuencia de ello, se han presentados cuestiones prejudiciales al TJUE a fin de que indique la línea argumental que era preciso seguir. El supuesto de hecho principal deriva del planteamiento de la interposición de una demanda por publicidad comparativa¹³⁸ presentada por el perjudicado ya que consideraba que dicha publicidad no era objetiva ni mostraba realmente la comparación entre productos, faltaba información esencial como el tipo de producto, cantidad y precio. Estas ideas son necesarias para poder realizar una comparación básica además, tampoco se realizaban comparaciones individuales de productos, si no que se realizaba una comparación generalizada, por otra parte aquellos productos más económicos indicados por la compañía tampoco tenían una base sobre la que realizar la comparación¹³⁹.

Partiendo de la base que la publicidad comparativa debe exponer de manera clara y objetiva las ventajas de los “*distintos productos comparables*”, para así estimular la competencia entre los proveedores, Lidl se ampara en la jurisprudencia¹⁴⁰ con el objeto de indicar como se ha mencionado en el párrafo anterior que la comparación expuesta por Colruyt no demuestra claridad ni objetividad ya que no muestra los productos que se están comparando. Por otro lado, tanto el precio de los productos, como el nivel general de precios erigen características verificables de productos comercializados por grandes competidoras.

¹³⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 165/1999, de 27 de septiembre. “RTC/1999/165”, sobre la motivación de las sentencias.

¹³⁷ En este caso se considera como argumentación necesaria: los medios de difusión del mensaje, la duración de la campaña publicitaria y la aplicación de la rebaja por parte del anunciante.

¹³⁸ Petición prejudicial, con resolución de 29 de julio de 2004 llevada al Tribunal de Justicia el 18 de agosto de 2004 sobre el procedimiento entre Lidl Belgium GmbH & Co KG, (a posteriori Lidl) y Etablissements Franz Colruyt NV, (a posteriori Colruyt). Debido a la transmisión de un correo a sus clientes en el cual se podía leer el ahorro que tendrían aquellas personas que compran en su establecimiento en comparación con otros establecimientos donde entre ellos se encuentra Lidl. Colruyt hace una comparativa en relación a tramos de consumos. Por ejemplo, si usted gasta entre 100 y 200 euros en una compra en Colruyt, esa misma compra le saldrá superior si la realiza en el Lidl. También es objeto de demanda la publicidad en tiques de compra y folletos de la siguiente afirmación “Basic: *los precios más bajos de toda Bélgica*”

¹³⁹ Lidl consideró fundamentar dicha publicidad como *engañosa y comparativa*, de dicha manera se buscaba verificar que los mensajes por parte de Colruyt, no son objetivos, no se puede demostrar su veracidad y son engañosos. Lidl sostiene la argumentación de que dicha publicidad no muestra los productos objetos de la comparación, así como sus precios ni cantidades. Cabe destacar que la publicidad expuesta por Colruyt no es a nivel individual si no que hace referencia al grupo de competidores en su conjunto, por otra parte, los productos de la gama Basic, que son aquellos productos señalados por una etiqueta roja en el establecimiento de Colruyt que indican que son los más económicos, tampoco identifica los productos objeto de la comparación ni sus precios.

¹⁴⁰ Art. 3 bis, apartado 1, letra c) de la Directiva 97/55.

Algunas de las referencias jurisprudenciales más relevantes en materia de engaño/comparación como son las sentencias¹⁴¹ analizadas por la Gran Sala concluyen que la publicidad comparativa ha de ser realizada de manera objetiva, puesto que de esta forma se revelan las ventajas de los productos comparados, con la meta de alentar la competencia en el mercado, hecho que conllevará al consumidor a obtener un beneficio. En este caso por tanto, solo podrá cumplirse el requisito de verificabilidad cuando los consumidores puedan identificar de manera exacta dicha característica¹⁴², es por esto que Lidl expone la imposibilidad de poder realizar dicha comparación debido a que no se expone en ningún lugar el objeto sobre el que se está realizando la comparación.

En alusión a la comparación de productos, se establece que el mensaje exhibido sobre una categoría de productos, contendría contenido engañoso cuando el mensaje no muestre que el símil no se ha realizado sobre todos los productos, sino que se ha realizado sobre una muestra, por tanto, que no se muestren los objetos de la comparación o no se comunique al consumidor sobre la fuente de información que se ha utilizado. Ni se realice una mención global al ahorro que puede conseguir el consumidor si realiza la compra en el anunciante y no otra superficie competidora, sin indicar el nivel de precios de cada uno de dichos competidores¹⁴³. Expuesto esto se considera que no se ha respetado dicho artículo y por tanto, que existe publicidad engañosa.

La Gran Sala encomienda al órgano jurisdiccional correspondiente evaluar las posibles causas que conlleven a determinar si existe ilicitud en dichos mensajes controvertidos, se deben estudiar si estos cumplen o no las características vistas anteriormente para ser consideradas como ilícitas, también corresponde a dicho órgano determinar tanto si conlleva a error al consumidor, disponer si esta se encuentra dentro de la legalidad, así como realizar la oportuna comprobación para conocer si se tiene en consideración a todos los elementos del asunto¹⁴⁴. Cabe destacar entre las actividades remitidas al órgano jurisdiccional la de conocer el punto de vista del consumidor medio de la publicidad, siempre que este se encuentre debidamente informado, alguna alusión jurisprudencial sobre dicha materia¹⁴⁵ analizada por la Gran Sala determina que ambas formas de publicidad van dirigidas al consumidor final que realiza sus compras habitualmente, no a un público especializado.

¹⁴¹ Sentencias Toshiba Europe, C-112/99 apart. 36 y 37” del 25 de octubre de 2001, Siemens, C-59/05, apart. 22 a 24 de 23 de febrero de 2006, así como la de Pippig Augenoptik, C-44/01, apart. 42 del 8 de abril de 2003.

¹⁴² Art 3. Bis apartado 1, letra b) de la Directiva 97/55

¹⁴³ Art. 3 bis, apartado 1 letra a) de la Directiva 97/55

¹⁴⁴ Sentencia Estée Lauder, C-220/98, apart. 27 y 30 de 13 de enero de 2000.

¹⁴⁵ Sentencia Gut Springenheide y Tusky, C-210/96, apartado 31 de 24 de octubre de 2002.

El TJUE, en virtud al requisito de verificabilidad, estima en sus resoluciones que no se trata de publicidad comparativa el hecho de comparar series de productos consumidos con asiduidad, comercializados por dos empresas competidoras, siempre que dicha relación de series se produzca en pares, cumpliendo dicho requisito. En referencia a la equiparación de productos, determina que el requisito de realizar la comparación de manera objetiva no conlleva que los productos, sobre los cuales se realiza dicha comparación, sean expresamente enumerados en el anuncio publicitario. Debe entenderse como verificables tanto el precio, como el nivel general de los precios de las empresas sobre los que se ha realizado dicha comparación. Expuesto esto, se determina que se cumplirá con el requisito de verificabilidad si en la publicidad no se lleva a cabo la enumeración de los elementos objetos de la comparación, siempre y cuando el anunciante, muestre a las empresas objeto de comparación como y donde pueden cotejar los mismos. Así mismo, cuando se señale un nivel de precios inferior del comerciante en relación con sus competidores, se deben cumplir los requisitos establecidos anteriormente¹⁴⁶.

En nuestra opinión tomando en consideración lo dispuesto por el TJUE, afirmamos la obligatoriedad de la existencia de una base comparativa en el mensaje publicitario, para que de esta manera el consumidor pudiera tomar la decisión de compra conociendo todas las especificaciones del producto. En otro orden de ideas, concluimos que no se cumple con el requisito de verificabilidad, puesto que en ningún momento el mensaje publicitario expone el nivel general de precios de las empresas competidoras, así como el lugar donde equiparar los precios las empresas objeto de la comparación. No obstante, ahora es tiempo para que el TS de Bélgica resuelva según lo dispuesto por el TJUE.

VI.- CONCLUSIONES

Del contenido del TFG se obtienen varias conclusiones sobre la nueva regulación y sobre el tratamiento teórico y jurídico de los actos de comparación, que se mencionarán a continuación.

Los actos desleales en el mercado han ido evolucionando, por lo que surgió la obligación de adaptar la normativa a las necesidades actuales. Existía un vacío legal en la

¹⁴⁶ Ver nota 128.

regulación tanto de actos como de prácticas desleales. Dicho vacío conllevó a la imposibilidad de que fueran sancionados adecuadamente. Esto y la necesidad de adaptarse al derecho comunitario Europeo conllevaron a desarrollar las pertinentes modificaciones hasta alcanzar la actual Ley de Competencia Desleal tal y como la conocemos, adaptándose a las necesidades existentes tratando así, de proteger al consumidor. La publicidad no solo está regida por la LCD, tanto diversos actos como prácticas son reguladas por otras leyes y Directivas Europeas vistas en el cuerpo de la memoria. Esto ha ayudado a conocer la legislación vigente, así como conocer y familiarizarme con una legislación, que no conocía. Pero no sólo ha servido para ampliar mis conocimientos sobre la legislación utilizada, si no que realizar dicho trabajo con un claro enfoque jurídico, nos ha ayudado a habituarnos con términos y expresiones, las cuales algunas si conocíamos, pero gracias al material utilizado se ha refrescado y conocido otras nuevas, además ha servido para culturizarse, ya que el saber no ocupa lugar, aunque no esté del todo relacionado con el Grado en Finanzas y Contabilidad, como pueden ser otros Grados en Derecho u otros relacionados, nunca sabes donde puedes encontrarte en un futuro.

Se reflexiona que uno de los aspectos más considerables de dicha ley, es la cláusula general prohibitiva, asentado la base de la citada Ley ya que de esta manera se determina el acto y la infracción que conlleve dicho acto. Se trata de un buen inicio para desarrollar la base de la legislación. Se considera clave fijar la base y determinarlo con la mayor claridad posible, esto no significa otra cosa que la existencia de un punto de partida sobre el que basar todas las ilicitudes del mercado, considerando indispensable tener un correcto punto de partida, y dicha cláusula prohibitiva lo es.

Uno de los presupuestos más importantes que se encontraban en la anterior legislación era el referente a las prácticas agresivas, esto engloba, a los actos que por el uso de la fuerza intentaban cohibir al usuario para adquirir los productos. Considerando positiva dicha inclusión en los actos tipificados como desleales, Si se reflexiona, el acoso conlleva una de las infracciones más graves al usuario ya que atenta de manera directa contra el, no sobre sus bienes u objetos, si no sobre la persona, hecho intolerable. Por tanto se muestra nuestra conformidad ante esto.

Además se valora necesaria la inclusión de la economía sumergida dentro de la regulación de los actos desleales, más concretamente como un *acto de violación de normas*,

sabiendo de la dificultad que existe para poder demostrar la existencia dichos actos, pero con este tipo de regulación se ha conseguido establecer una más sana competencia. En un mismo modo, el legislador incluyó dentro de estas proteger al trabajador extranjero, el cual, de las prácticas irregulares de los empresarios, con esto se busca reducir la explotación laboral, así como el aprovechamiento de los empresarios.

Como se ha explicado en uno de los apartados anteriores¹⁴⁷, “*El tratamiento discriminatorio del consumidor en materia de precios y demás condiciones de venta se reputará desleal, a no ser que medie causa justificada*”, sopesamos que en ninguno de los casos un tratamiento discriminatorio o vejatorio podrá tener una causa justificada, es decir, que en todos los casos, en los que exista dicho tratamiento se debería establecer como un acto desleal. Dentro de los actos desleales, más concretamente los *actos de venta con pérdida* consideramos innecesaria esta dualidad normativa, ya que se encuentra regulado tanto por la LCD, como por la LOCM, esta puede conllevar a un error de interpretación.

Si bien anteriormente determinábamos como necesaria la inclusión tanto de la economía sumergida, como el de la protección al trabajador extranjero, con los conocimientos adquiridos se puede determinar la necesidad que existía para tratar como desleales los actos relacionados con las mujeres, y toda la publicidad vejatoria que pudiera conllevar violencia de género. Se trata así de eliminar anticuados estereotipos, hecho necesario para conseguir una necesaria igualdad entre hombres y mujeres. Así del mismo procedimiento estimamos puntual toda aquella regulación sobre la publicidad en menores, que atente contra la dignidad de las personas, así como una gran variedad de temas específicos (juegos azar, sustancias psicotrópicas, productos sanitarios,...). Se consigue de esta manera acrecentar el marco legal vigente, pudiendo así enjuiciar una mayoría de actos ilícitos, los cuales no se encontraban regulados.

En cuanto a la distribución dispuesta por el legislador, se reflexiona adecuada la decisión de diferenciar claramente los hechos de las prácticas. Si bien antes nos referíamos a la dualidad normativa de los actos de venta con pérdida, el legislador a la hora de elaborar las prácticas, optó, por agrupar en España toda regulación de ámbito mercantil dispuesta sobre

¹⁴⁷ Ver nota 38.

dichas prácticas. Con esto se trata de cohesionar la legislación y así combatir la, vista anteriormente, criticada dualidad.

A la vez que se ha desarrollado la legislación, el mundo actual también se ha evolucionado por lo que han aparecido nuevos métodos que ayudan a impulsar los casos de competencia desleal, un ejemplo claro es el uso indebido de las nuevas tecnologías, como es el uso de internet, teléfonos móviles, códigos bidí, correos spam, etc. Debido a la aparición de estos métodos existía la obligación de adaptar la legislación a las necesidades actuales. Dicha legislación carecía de “conceptos” capaces de regular las competencias desleales que se podían realizar con las nuevas tecnologías.

Una práctica característica y muy utilizada hoy en día debido a la influencia que existen de las nuevas tecnologías son las ventas piramidales, que son aquellas en las que una empresa capta a un cliente y si este se llevaría una comisión si a la misma vez va captando más clientes. Debido a la falta de adaptación de la legislación a, las empresas se aprovechaban y realizaban prácticas y actos desleales sin ningún reparo, ya que seguramente fuese un beneficio para su negocio, ya que no recibiría ninguna penalización por la realización de estas prácticas y además creabas una visión negativa de tu competencia.

Con esto no queremos decir que las nuevas tecnologías sean perjudiciales para el desarrollo de la publicidad, sino que debe existir un régimen más estricto que ayude a que no se utilicen las nuevas tecnologías erróneamente.

Finalmente hacer mención al análisis de los casos judiciales. Casos altamente difíciles de interpretar, por lo que tuvieron que ser finalmente resueltos por los tribunales supremos. Ya que como bien se ha mencionado anteriormente la legislación era difícil de interpretar y por lo que debemos recurrir a otros casos ya resueltos y algunas veces debido al cambio de legislación algunos casos pueden ser mal interpretados, debidos a la criticada dualidad normativa.

Uno de los objetivos de esta memoria era aprender a analizar casos judiciales y plasmar la teoría en la práctica, este se ha cumplido gracias a estos dos casos.

VII.-BIBLIOGRAFÍA

1. ARMIJO CHÁVARRI, E. (2011), “*Análisis de la reforma del régimen legal de la Competencia Desleal y la publicidad llevada a cabo por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre*”. (1a. Edición). Las Rozas (Madrid): La Ley, grupo Wolters Kluwer.
2. BERCOVITZ RODRÍGUEZ - CANO, A. (2011), “*Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*” (1a. edición). Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi.
3. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. (2004), “*Nociones de Derecho mercantil*” (8a. ed.).Madrid: Marcial Pons.
4. LEMA DEVESA, C. (2010), “*La publicidad engañosa y la publicidad comparativa en la Ley de Competencia Desleal*”. Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia, núm. 58, pág.104.
5. MARTÍNEZ SÁNCHEZ.F. (2009), “*Comentarios prácticos a la Ley de Competencia Desleal*” (1a. edición). Madrid: Tecnos.
6. MASSAGUER FUENTES, J. (2006), “*El nuevo derecho contra la competencia desleal: la Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*”, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
7. MENÉNDEZ, A. y ROJO, A. (2003), “*Lecciones de Derecho mercantil Volumen I*” (12a. ed.).Madrid: Tecnos.
8. PÉREZ MONTERO, A.M. (2011), “*La reforma de la ley de competencia desleal: efectos de la armonización comunitaria*”, Madrid: Difusión jurídica y temas de actualidad.
9. RUIZ PERIS, J. I. (2010), “*La reforma de la ley de competencia desleal: (estudios sobre 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 mejora de la protección de los consumidores y usuarios*” (1a. ed.).Valencia: Tirant lo Blanch.
10. SÁNCHEZ CALERO, F. (2005), “*Principios del Derecho mercantil*” (19a. edición). Cizur Menor (Navarra) .Thomson – Aranzadi.

11. TATO PLAZA, A. , FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C. (2010), “*La reforma de la ley de competencia desleal*” (1ª. ed.). Las Rozas: La Ley, grupo Wolters Kluwer.
12. VILLAGÓMEZ RODIL, A., (2006). “*Competencia desleal*” (2a. ed.). Granada. Comares.
13. VÁZQUEZ RUANO, T., “*El spam y la nueva regulación de la Ley de Competencia Desleal*”, Revista de Derecho mercantil, núm. 277, julio/ septiembre, 2010, pp. 1083-1101.

LEGISLACIÓN NACIONAL

1. *Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.* (BOE nº. 10, de 11 de enero de 1991).
2. *Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista.* (BOE nº1, 17 de enero de 1996).
3. *Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.* (BOE nº274, 15 de noviembre de 1988).
4. Real Decreto-ley, de 24 de julio de 1889, por el que se publica el *Código Civil.* (BOE nº206, de 25 de julio de 1889)..
5. *Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.* (BOE nº 294, 8 de diciembre de 2001).
6. *Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.* (BOE nº 10, 12 de enero de 2000).
7. *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.* (BOE n ° 313, pp. 42166-42197, 29 de diciembre de 2004).

8. *Real Decreto Legislativo 1/2007 , de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias .* (BOE nº 287, 30 de noviembre de 2007).

9. *Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades, o servicios con pretendida finalidad sanitaria.* (BOE nº 189, pp. 42166-42197. de 6 de agosto de 1996).

10. *Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.* (BOE nº 79 , del 1 de abril de 2010).

LEGISLACIÓN COMUNITARIA

1. *Directiva 2005/29/CE del parlamento europeo y del consejo, de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) no 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 149/22, de 11 de mayo de 2005).*

2. *Directiva 2006/114 de la CE sobre publicidad engañosa y comparativa, de 12 de diciembre de 2006 sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa (DUOE L376/21, de 27 de diciembre de 2006).*

3. *Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de octubre de 1997 por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa (DUOE núm. 250, de 19 de Septiembre de 1984).*

RECURSOS ELECTRÓNICOS

1. Noticias jurídicas

www.noticias.juridicas.com

2. Base de datos Aranzadi Digital (Universidad de Jaén)

<http://www10.ujaen.es/conocenos/servicios-unidades/biblio/basesdedatos>

3. Boletín Oficial del Estado

www.boe.es

4. Derecho de la Unión Europea

http://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=es

5. Diario Oficial de la Unión Europea

http://eur-lex.europa.eu/oj/direct-access.html?locale=es