

TRATAMIENTO DEL ILÍCITO PUBLICITARIO DESLEAL CONCURRENTIAL EN ESPAÑA.

Prfra. Estela Bernad Monferrer .TEUI.
Universitat Jaume I.

1.- INTRODUCCIÓN

La competencia económica es un presupuesto de la actividad de comercio, derivado del principio constitucional de libertad de empresa recogido en el art. 38 de la CE.

La libertad de empresa presupone la libertad de competencia, con sus consecuentes limitaciones, producidas por las propias deficiencias de los mecanismos de mercado, que darán como resultado que la competencia que se desarrolla en el mismo sea una competencia imperfecta¹.

Esta competencia, aunque no sea pura, debe respetar los principios de la concurrencia lícita; la actividad concurrential no deberá implicar actuaciones de las que hay obligación de abstenerse, pues serían consideradas como ilícitas. Dentro de estas actuaciones concurrentiales ilícitas se comprenderían dos modalidades²: la competencia prohibida, que sería aquella en la que lo ilícito resulta ser el ejercicio mismo de la concurrencia; y la competencia desleal, aquella en la que la actividad concurrential en sí misma es lícita si se desarrolla correctamente, es decir, si no se emplean determinados medios que la harían incurrir en ilicitud.

En el presente trabajo, vamos a analizar la segunda modalidad de competencia ilícita, es decir la competencia desleal, y en concreto, aquellas actuaciones

1

MENÉNDEZ, Aurelio, *La competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1988, pág. 22: "la competencia pura, tal como era entendida por el pensamiento liberal clásico, no es en la práctica más que una competencia "imperfecta".

2

BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, *Tratado de Derecho Industrial. Propiedad Industrial, Propiedad Intelectual. Derecho de la Competencia económica. Disciplina de la Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 327.

concurrentiales desleales que se producen como consecuencia de la actividad publicitaria, instrumento importantísimo en la competencia económica como dinamizador del mercado y factor básico en las adquisiciones e intercambios de los productos y servicios.

La actuación desleal a través de la publicidad, tiene una gran transcendencia, debido al extraordinario alcance que pueden obtener los mensajes informativos promocionados (a través de los medios de comunicación y las nuevas tecnologías), que producirán unas consecuencias determinantes, muchas veces irreparables, para el sujeto pasivo del acto desleal publicitario. Por ello, hay que dotar a la publicidad desleal de instrumentos eficaces para la lucha contra estos comportamientos abusivos que se producen con asiduidad en el mercado.

En la actualidad, junto al control de los Tribunales de Justicia, la actuación de órganos de autodisciplina adquiere gran importancia, debido a la rapidez y flexibilidad de su actuación para enervar las posibles consecuencias de estos ilícitos publicitarios.

2.- EL ACTO DESLEAL GENERAL: TRATAMIENTO EN EL DERECHO ESPAÑOL.

El derecho de la competencia desleal, que presupone la licitud de la competencia económica en el mercado, prohíbe los comportamientos incorrectos, abusivos o reprobables que la puedan cercenar, ya que, como se ha señalado³, “era necesario evitar que participantes en el mercado poco escrupulosos perjudicaran a sus competidores mediante actuaciones incorrectas, mediante actuaciones desleales”.

El acto desleal concurrential será aquella actuación competitiva⁴ que se realiza en el mercado y con finalidad competitiva⁵, utilizando medios deshonestos, desleales, que

3 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, «La competencia desleal», DN, núm. 20, 1992, pág. 1.

4

Y al decir “actuación competitiva” queremos señalar que no vale que los operadores sean concurrentes, o participen en el mismo mercado, sino que se debe tratar de auténticos competidores que mantienen una verdadera lucha por los mismos clientes de sus productos o servicios. Vid. COSTAS COMESAÑA, Julio, «El concepto de acto de Competencia Desleal. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1998, en el caso *monopolio de las palomitas en los cines*», ADI, n.º XIX, 1998, pág. 353.

hacen quebrar la situación de igualdad de oportunidades de los competidores, y coloca a uno de ellos en situación de ventaja debido a la utilización de un medio no correcto. Esto significa que aunque el acto desleal competitivo es ilícito, será considerado correcto el daño que se infringe a un competidor cuando se le quita clientela a través de medios competitivos apropiados, puesto que la finalidad de la actividad competitiva radicaría en la lucha y el triunfo por parte del competidor mejor, siempre que actúe con medios lícitos y honestos.

Debido a ello, la competencia desleal ha sido definida⁶ como “la actividad concurrencial encaminada a la captación de clientes, que se desarrolla mediante maniobras y maquinaciones o a través de formas y medios que la conciencia social reprueba como contrarios a la moral comercial, dentro de la concepción representada por la costumbre y el uso”; se trataría de “la utilización de un medio torticero para causar el ilícito concurrencial”.

El derecho contra la competencia desleal, ha experimentado una gran evolución en nuestro país, desde sus orígenes a mitad del siglo XIX, hasta llegar a nuestros días, en que podemos encontrar un moderno sistema jurídico de represión de la competencia desleal. Esta evolución se ha visto propiciada por factores de índole social, económica e histórica, que le han hecho ir adaptándose a los distintos cambios y circunstancias y que lo han convertido, en la actualidad, en un derecho que protege la competencia económica como principio político-institucional, y donde los tres intereses que integran el mercado, el de los consumidores, el de los competidores y el interés de la generalidad o interés público, se conjugan para proteger la competencia económica.

5 Vid. COSTAS COMESAÑA, J., «Comentario a la...», op. cit., pág. 355. El autor señala que la finalidad competitiva significa la idoneidad objetiva del acto para proyectar sus efectos de promoción de las prestaciones propias o ajenas en un mercado con el objeto de conservar o captar nuevos clientes.

6

BAYLOS CORROZA, H, *Tratado...*, op. cit., pág. 331.

2.1.- LA REGULACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN EL DERECHO ESPAÑOL ANTERIOR A LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL DE 10 DE ENERO DE 1991.

El Derecho de la Competencia Desleal surge tras el triunfo de la revolución industrial. Las ideas liberales que irrumpen en aquel momento propugnaban, como es sabido, que la actuación en el mercado por parte de los empresarios fuera más competitiva, sin trabas o intromisiones, ni por parte del Estado, ni por parte de los gremios; pero el exceso de libertad empresarial comportó un abuso en las conductas competitivas, lo que hizo necesario un cierto intervencionismo estatal. Así, para garantizar el buen funcionamiento de los principios liberales del mercado, se dispusieron diversos mecanismos correctores.

Se suele convenir que la evolución de esta lucha para controlar los actos incorrectos o desleales, desde sus orígenes hasta el momento actual, puede estudiarse en tres etapas o modelos en el desarrollo de la disciplina⁷. En estas etapas se ha tratado de buscar soluciones diversas al ilícito desleal, surgiendo en cada una de ellas una regulación peculiar, acorde con la situación social, económica e histórica de cada momento. Estas etapas son conocidas como el modelo paleoliberal, el modelo profesional o corporativista y el modelo social.

En el primer modelo⁸ se comprenden aquellos ordenamientos que siguieron la pauta de reprimir la competencia desleal mediante una ley prohibitiva o especial. En

7

En la memoria que acompañaba al Proyecto inicial de la Ley de competencia desleal de 1991 ya se hacía referencia a estas etapas, y en el Preámbulo de la LCD están presentes cuando se indica que las normas que habían nutrido la disciplina se encontraban dispersas en leyes de distinta edad y procedencia, que contemplaban únicamente aspectos parciales de la competencia desleal, respondiendo a modelos de regulación desfasados que en la actualidad carecían de parangón en el Derecho comparado.

Varios autores, entre ellos, principalmente, Aurelio Menéndez (MENÉNDEZ, A, *La competencia desleal*, op. cit., pág. 28), estudian las tres etapas y su influencia en el derecho de la competencia desleal.

⁸ Este modelo se caracterizó por los siguientes factores: 1.- Desaparición total del sistema corporativista y las reglas del “*regulariter agere*”; 2.- Abandono de la política intervencionista del Estado; y 3.- Reconocimiento de la libertad económica del mercado.

España, esta etapa, que tuvo lugar en el siglo XIX, se materializó en una normativa “fragmentaria”, regida por el principio de especialidad⁹. Su principal exponente fue la Ley de Propiedad Industrial de 1 de Mayo de 1902 (LPInd), y más concretamente sus artículos 131 y 132. En el primero se incluía el concepto de competencia ilícita¹⁰ mientras que en el segundo se detallaban una serie de actos desleales vinculados a la protección de la propiedad industrial, como la imitación, el aprovechamiento de la reputación ajena, el engaño, la denigración,... etc.¹¹

Las normas de esta etapa entienden la expresión “competencia ilícita” como competencia desleal, es decir, la competencia ilícita sería aquella actividad que se realiza cuando se compite en el mercado infringiendo un deber de corrección o lealtad que debe respetar todo competidor¹². Además, tenían un marcado carácter

9

MENÉNDEZ, A, *La competencia desleal*, op. cit, pág. 32.

10

Art. 131 L. P. Ind.: “Se entiende por competencia ilícita toda tentativa de aprovecharse indebidamente de las ventajas de una reputación industrial o comercial adquirida por el esfuerzo de otro que tenga su propiedad al amparo de la presente ley”.

11

Art. 132 L. P. Ind.:

“Se considerarán como hechos constitutivos de competencia ilícita: La imitación de las muestras o rótulos de los escaparates, fachadas, adornos o cualquier otro que pueda originar una confusión con otro establecimiento de igual clase contiguo o muy cercano.

- a) La imitación de los embalajes usados por una casa competidora en forma tal que induzca a confusión.
- b) Escoger, como razón social, un lema en el que esté incluido el nombre de una localidad conocida por la existencia de un reputado establecimiento con objeto de aprovecharse ilícitamente de su nombradía.
- c) Propagar a sabiendas falsas aserciones contra un rival con objeto de quitarle su clientela.
- d) Publicar anuncios, reclamos o artículos de periódicos, que tiendan a desprestigiar la calidad de los productos de un contrincante.
- e) Anunciarse de un modo general y contrario a la realidad de los hechos, como depositario de un producto nacional o extranjero.
- f) El empleo, sin la competente autorización, de indicaciones o términos tales como “preparado según la fórmula de...”, o “con arreglo al procedimiento de fábrica de...”, a no ser que la fórmula o el procedimiento pertenezcan al dominio público”.

12

BAYLOS CORROZA, H, *Tratado...*, op. cit., pág. 329. El autor indica que en principio, la terminología que utilizaba la legislación española no era rigurosamente exacta y “como es sabido, la legislación derogada (Ley de 1902), llama «competencia ilícita» a lo que más general y más propiamente se denomina «competencia desleal».” También indica que toda competencia desleal es ilícita, pero que no toda competencia ilícita es desleal.

penal; así, la represión de los supuestos establecidos en los mencionados arts. 131 y 132 LPInd. se organizaba mediante sanciones de naturaleza jurídico-penal, contenidas en el Código penal¹³. Se carecía en ellas de una cláusula general sobre la competencia desleal, lo que presuponía que los actos desleales estuvieran previamente tipificados, ya que en el art. 131 se imponía el deber de registro para poder optar a la defensa legal¹⁴, mientras que en el art. 132, se recogían los supuestos que no estaban comprendidos en el art. 131. En definitiva, la disciplina de la competencia desleal recogida en la LPInd. de 1902 se entendía como protección contra la lesión de los derechos de propiedad industrial.

Por lo que respecta al modelo profesional o corporativista¹⁵, su característica principal radica en que se remite el juicio de deslealtad a parámetros profesionales. En efecto, la regulación de la competencia desleal en esta etapa adquirió una fuerte connotación corporativa, agudizándose la trascendencia de la violación de las reglas deontológicas profesionales y, consecuentemente, reconociéndose a las

13

GARRIGUES (*Curso de derecho Mercantil*, pág. 241), ese carácter penal presupone lo siguiente: a) Basta la mera tentativa para que exista competencia ilícita. b) No se exige la realización de un daño, elemento indispensable al concepto de derecho civil. c) No se impone la necesidad de indemnizar, sino una pena al infractor.

14

Aunque muchos autores han querido ver en el art. 131 una cláusula general, otros (entre ellos MENÉNDEZ y MASSAGUER) entienden que la protección se refiere sólo “a quien tenga su propiedad al amparo de la presente Ley”, es decir a quien tenga su derecho registrado, lo que ha hecho que autores como GARRIGUES (op. cit, pág. 242), consideren que “este sistema equivale a una invitación a la competencia desleal contra los comerciantes que no inscribieron sus derechos en el Registro de la Propiedad Industrial”

15

Este modelo surge tras la consolidación de los núcleos industriales, cuando las ideas de economía liberal comienzan a no ser suficientes, requiriéndose nuevos medios para proteger la actividad económica, enturbiada por el abuso de la libertad de competencia. Serán los propios empresarios, en tanto que clase profesional (una vez adquirida una posición consolidada en el mercado), quienes solicitarán una intervención de los organismos estatales para armonizar la caótica situación producida en el mercado por el ejercicio sucio y desleal de las actividades empresariales. Vid. FONT GALÁN, Juan Ignacio, *Constitución económica y Derecho de la Competencia*, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 91; MENÉNDEZ, A, *La Competencia...* op. cit , pág. 65.

asociaciones de empresarios funciones de vigilancia y control sobre sus miembros¹⁶. Además, se prima la protección de los intereses privados y corporativistas de los empresarios frente al de los consumidores, despenalizándose y privatizándose la nueva normativa; con ello se obtuvo una represión civil de las modalidades de competencia desleal en el mercado, frente a la fragmentaria y penalista visión del modelo anterior. También se introduce la generalización en las normas de competencia desleal, utilizándose las cláusulas generales de prohibición de deslealtad concurrencial¹⁷.

Normas españolas que trataron la materia de la competencia desleal, representativas de esta etapa son, la Ley de represión de las prácticas restrictivas de la competencia (LRPRC), de 1963; el Estatuto de la publicidad (EP), de 1964; y la Ley de marcas (LM), de 1988.

La primera de ellas (LRPRC), tuvo como nota más característica, en materia de competencia desleal, prohibir, en su art. .3 d), los actos de competencia desleal que formaran parte de una política comercial tendente a eliminar competidores del mercado y resultaren de un acuerdo restrictivo de la competencia o de un abuso de

16

En esta etapa germinan los que, con el tiempo, serán los primeros órganos de autodisciplina en nuestro entorno: en Inglaterra, en 1960, se creó el Comité del Código de Prácticas Publicitarias, y en 1962 se hizo público el *Code of Advertising Practice*; en Italia, la asociación *Utenti Pubblicità Associati* (UPA) elaboró un código moral de la publicidad; en Alemania se fundó, en 1949, la (ZAW) *Zentralausschuss für Werbewirtschaft*; en Francia se crea, en 1953, el *Bureau de Vérification de la Publicité* (BVP); y, finalmente, en España se elaboró un ambicioso proyecto de código ético, que debía ser aprobado en el primer Congreso de Agencias de Publicidad, celebrado en España en 1968 (Vid. GÓMEZ-SEGADE, José Antonio, «Sistemas de autorregulación publicitaria», en *Primeras Jornadas de derecho de la publicidad*, INP, Madrid, 1980., pág. 169 y ss.)

17

Ejemplo de ello lo encontramos en la *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* alemana, que incluyó la primera cláusula general de claro tono corporativista, que reprimía los comportamientos competitivos que fueran contrarios a las buenas costumbres. Vid. GHIDINI, Gustavo, «La competencia desleal. Desde las corporaciones al corporativismo», RDM, 1976, pág. 31; SCHRICKER, H.C.Mult. Gerhard, «Centenario de la Ley alemana contra la competencia desleal: Luces y sombras», ADI, núm. , 1998; TONNER, Klaus, «The legal control of unfair advertising in the Federal Republic of Germany», en *Unfair advertising and comparative advertising*, E.Balate (ed.), E. Story-Scientia, Bruselas, 1988, pág. 94 y ss.

posición dominante. Como se ha hecho notar, esta norma tenía la virtualidad de impedir el desarrollo de un control general de la lealtad de las conductas en el mercado y, además, en la práctica, no tuvo transcendencia como modalidad de represión de conductas desleales.

Por su parte, el Estatuto de la Publicidad de 1964 tenía un carácter (por lo demás, propio de la etapa en que se desarrolló) claramente sectorial, ya que regulaba exclusivamente aquellos actos que se realizaban a través de la publicidad. Se trataba, por tanto, de una norma especial, por lo que las actuaciones desleales previstas lo eran en la medida en que se realizaban a través de la publicidad. También tenía un carácter marcadamente profesional, patente en su cláusula general, al remitirse a parámetros corporativistas. En efecto, en su artículo 10 se establecía, por primera vez en el Derecho español, una cláusula general contra los comportamientos desleales (aunque fuesen sólo los comportamientos desleales publicitarios)¹⁸; y además, recogía explícitamente como actos desleales supuestos concretos de deslealtad, como la denigración (la que tienda a producir descrédito), y la confusión (entre bienes y servicios).

También se regulaban en el EP otros comportamientos ilícitos (realizando por primera vez la diferenciación entre comportamientos desleales que afectarían más a los competidores, e ilícitos que irían dirigidos hacia los consumidores) como el engaño¹⁹, la publicidad encubierta (principio de autenticidad, art. 9), la publicidad

18

Art. 10 del Estatuto de la Publicidad de 1964: “Se considera desleal, la actividad publicitaria dirigida a provocar confusión entre bienes y servicios, la que tienda a producir descrédito de los competidores o de los productos de los mismos y genéricamente, la que sea contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles”.

19

Art. 8 E. P.: “En toda actividad publicitaria deberá respetarse la verdad, evitando que se deformen los hechos o se induzca a error las afirmaciones sobre la naturaleza, composición, origen, calidades sustanciales o propiedades de los productos o servicios serán siempre exactos y susceptibles de prueba en cualquier momento”.

El art. 6, recoge el principio de libre competencia; según la mayor parte de la doctrina, la publicidad no afecta a la libertad de competencia sino a sus modalidades, lo que hace posible hablar de lealtad o deslealtad (DE LA CUESTA RUTE, José M^a, *Régimen Jurídico de la Publicidad*, TECNOS S.A., Madrid, 1974, pág. 205)

El art. 10 recoge la confusión, el descrédito, la comparación, el mensaje superlativo,... etc.

contraria a los derechos de la personalidad, o al buen gusto, y al decoro social, o que ofenda a las instituciones (art. 7, principio de legalidad).

En cuanto a la Ley de marcas de 1988, supuso el intento de regular la disciplina de la competencia desleal de una manera moderna y unitaria, evitando la fragmentación de que había adolecido la materia hasta entonces. En su título XIX, concretamente en los artículos 87, 88 y 89 (en la actualidad derogados por la Disposición Derogatoria de la LCD), se incluyó la represión de la competencia desleal de manera general (aunque la LM de 1988 únicamente regulase los signos distintivos).

Esta Ley incurría en una importante contradicción, ya que, aunque intentaba, con la redacción de su cláusula general, ser acorde con el tiempo de su promulgación²⁰, se integró en el modelo profesional al considerar desleal “todo acto de competencia que sea contrario a las normas de corrección y buenos usos mercantiles” (art. 87), remitiéndose en la valoración del ilícito a parámetros profesionales. Este tratamiento hacía que se excluyese de su ámbito de protección a los participantes en el mercado que no fueran comerciantes (empresarios no mercantiles, profesionales,... etc.). Se caracterizó por ser, además, una norma de carácter sectorial, pues no obstante incluir como acto desleal “todo acto de competencia contrario a las normas de corrección y buenos usos mercantiles”, acto seguido “sectorizaba” la materia, al enumerar una serie de supuestos típicos del Derecho industrial²¹.

20

En su Exposición de Motivos la Ley recoge tendencias ya claramente integradas en la etapa social, como respuesta a la demanda de los consumidores: “Los signos distintivos constituyen instrumentos eficaces y necesarios en la política empresarial y suponen asimismo, un importante mecanismo para la protección de los consumidores”. También se señalaba que “Las nuevas condiciones en que se desarrolla el ejercicio del comercio, la internacionalización del mercado, la aparición de nuevas técnicas de contratación, el impulso del sector servicio, así como el fortalecimiento de la tutela pública de los consumidores, justifica una nueva regulación jurídica de los signos distintivos que atiende a todas esas circunstancias de acuerdo con una realidad económica que el EPI de 1929 no pudo contemplar”.

21

BACHARACH DE VALERA, Sol, *La acción de cesación para la represión de la competencia desleal*, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 49 y ss. Según la autora, el legislador, “si quiso intentar una regulación general de la competencia desleal, ocasionó una absoluta confusión a la hora de poner en práctica dichos preceptos, y si en función del artículo 88 con la expresión «sin perjuicio de lo que establezca la legislación general sobre la materia» lo que quiso fue regular una parcela a caballo entre la propiedad industrial y la competencia desleal, en realidad entonces no hizo más que retroceder hacia

Pese a todo ello, incluyó una regulación más sólida que la anterior contra la competencia desleal, compuesta de la mencionada cláusula general de prohibición de la competencia desleal, una serie de supuestos concretos de actos desleales²², y una remisión a lo dispuesto para las marcas en cuestiones procesales. En cualquier caso, fue una norma con escasa vigencia en materia de concurrencia desleal, ya que tales preceptos fueron expresamente derogados por la posterior LCD de 1991. Finalmente, el modelo social²³ es una evolución del modelo anterior, que aparece en los países democráticos a mitad del siglo XX, como exigencia de los movimientos consumeristas, que requirieron la tutela estatal para evitar los abusos que se producían en el mercado por parte de las grandes empresas y monopolios

concepciones radicalmente superadas porque hoy en día, aunque persiguiendo la finalidad de ordenar la actividad que se produce en el mercado, los derechos de propiedad industrial y el derecho a competir con lealtad son campos perfectamente separados dentro del Derecho industrial”.

22

El art. 88 LM de 1988 recoge los siguientes actos desleales:

“a) Todo acto capaz de crear confusión por cualquier medio que sea respecto del establecimiento, los productos o la actividad económica de un competidor.

b) Las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor.

c) Las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo en el ejercicio del comercio pudieran inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.

d) La utilización directa o indirecta de una indicación falsa o engañosa sobre la procedencia de un producto o de un servicio o sobre la identidad de un productor, fabricante o comerciante.

e) La utilización directa o indirecta de una denominación de origen falsa o engañosa, o la imitación de una denominación de origen aún cuando se indique el verdadero origen del producto, o si la denominación se emplea en traducción o va acompañada de expresiones tales como “genero”, “tipo”, “manera”, “imitación” o similares”.

23

Después de la Segunda Guerra Mundial, la visión marcadamente corporativista fue cediendo, debido a la entrada en Europa del derecho *antitrust* norteamericano, y de la protección de los consumidores. El criterio fundamental ya no va a ser la protección del empresario competidor, sino que va a pasar a ser la protección del funcionamiento competitivo del mercado, impidiendo que el empresario utilice medios que desvirtúen el sistema competitivo a través de actuaciones incorrectas, que no se basen en su propio esfuerzo, ni en la calidad o ventajas de sus productos o servicios. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A, «La competencia desleal», op. cit., pág. 1, señala que la instauración del derecho *antitrust* en Europa significa que no es que los empresarios tengan derecho a competir, sino que tienen obligación de hacerlo para que el mercado funcione correctamente.

comerciales, y como respuesta a la crisis que se produjo tras comprender la coincidencia entre el interés general y el interés empresarial o lealtad profesional²⁴.

Todo ello supuso un cambio en los valores protegidos, requiriendo que el Derecho de la competencia desleal cumpliera fines más amplios, buscando el interés social en el mantenimiento de un orden concurrencial debidamente saneado. La libertad de competencia será ahora una libertad “*sublege*”²⁵; se pasa de un derecho de conflictos a un derecho de ordenación, buscando que el objeto de protección sea el orden del mercado en virtud de la igualdad entre los competidores, la salvaguardia de los intereses legítimos de los consumidores y el interés general.

Esta nueva visión va a quedar plasmada en la disciplina de dos maneras diferentes. Por un lado, se incluyen como actos de competencia desleal algunos que afectan de manera concreta a los consumidores (confusión, engaño, venta con regalo,... etc.); por otro, las cláusulas generales se desprenden de la remisión a parámetros profesionales y pasan a tener en cuenta criterios más amplios, como la remisión a la buena fe. Otro factor importantísimo (que denota la trascendencia de los cambios experimentados en esta nueva etapa que se apoya en el interés general) es que no se requiere la existencia de relación de competencia para poder realizar el juicio de deslealtad, puesto que también se incluyen dentro de la nueva concepción de la competencia desleal los actos de “afirmación en el mercado”²⁶, siendo irrelevante que se produzcan o no dentro de una relación de competencia, si tienen un fin concurrencial.

24

Vid. MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal*, op. cit., pág. 95 y ss. El autor señala la quiebra que se produjo en el postulado ideológico al afirmarse dicha coincidencia de intereses, el empresarial y el general.

25

FONT GALÁN, J. I., *Constitución económica...*, op. cit., pág. 113, citando a BAUMBACH-HEFERMEHL.

26

MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal*, op. cit., pág. 118

En nuestro país este modelo se empieza a incorporar en la Constitución de 1978²⁷, apareciendo las conductas reprobadas clasificadas en las leyes, siguiendo las funciones de proteger la posición del empresario, garantizar la autonomía del consumidor y la de mantener el orden competitivo libre y saneado en aras del interés público. Se da así la pauta para la entrada en el modelo social del estado Español, y por tanto también de la disciplina de la competencia desleal, lo que hará que el panorama legislativo en esta materia cambie profundamente, produciéndose, en cumplimiento de los mandatos de la Carta magna (por un lado, el principio de libertad de empresa, recogido en el art. 38 CE, que incita a la ordenación de las relaciones entre los agentes económicos; por otro lado, la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios), una verdadera proliferación normativa. También fue origen de esta superproducción normativa la competencia atribuida a las comunidades autónomas en materia de consumo y comercio interior.

A partir de la CE de 1978, el ilícito concurrential ya no se concebirá tanto como una lesión objetiva de un derecho subjetivo del empresario concurrente, sino como lesión con un alcance más general (dimensión social), afectando a la suma de los intereses de los competidores, de los consumidores y del estado, en la conservación de un orden competencial no falseado.

Podemos encontrar diversas normas que siguen este modelo al regular la materia de la competencia desleal: la Ley para la defensa de los consumidores y usuarios (LGDCU), de 1984; la Ley de patentes (LP), de 1986; la Ley de defensa de la competencia (LDC), de 1989; la Ley general de publicidad (LGP), de 1988; y, finalmente, la Ley de competencia desleal (LCD), de 1991²⁸.

27

De todo su articulado de modo general y, de modo particular, tanto del Preámbulo como de los Títulos Preliminar y I, se deduce el marcado carácter social de la norma, que consagra e introduce a nuestro sistema jurídico en la etapa social que ya imperaba en el resto de los ordenamientos europeos.

28

Ibid. El autor indica que si atendemos a dos criterios: naturaleza de la sanción y organismo encargado de asegurar su cumplimiento, estas normas se pueden agrupar en dos bloques. El primero estaría integrado por la LCD y por la LGP, y constituiría el cuerpo fundamental de la normativa española sobre competencia desleal; en el segundo bloque se integrarían la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, la LDC y la LGDCU, así como las disposiciones autonómicas sobre comercio interior, defensa de los consumidores y publicidad. En el primer bloque, el control se confía

La Ley 26/1984, de 19 de Julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios (LGDCU), vino a dar respuesta al mandato constitucional recogido en el art. 51 de nuestra Carta magna que ordena a los poderes públicos garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, con todos los medios y de todos los modos legítimos posibles. Esta Ley, que entronca de lleno con el modelo social del desarrollo del sistema jurídico español, se adecua perfectamente a la normativa comunitaria sobre la materia, y llena un espacio normativo que se encontraba fragmentado y disperso en distintas leyes de ámbitos conexos, que dejaban lagunas y déficits en algunas parcelas de esta disciplina.

La LGDCU supone el reconocimiento de la importancia del sector de los consumidores, como parte integrante del mercado y factor receptor de las mercaderías, que le hace ser un elemento primordial en el orden concurrencial. Aunque la citada norma regula principalmente aspectos que afectan a los consumidores y usuarios (seguridad, información, salud, organización etc.), también incluye algunos aspectos sobre la competencia desleal, como el engaño en la oferta, promoción y publicidad de los productos (art. 8.3). Con ello, la LGDCU, en su afán de evitar el abuso y falseamiento en el mercado propio en una sociedad caracterizada fundamentalmente por el consumismo, recoge la tutela de los poderes públicos hacia los consumidores, convirtiéndose en un elemento de equilibrio a la hora de entender el ilícito concurrencial. La tutela del consumidor hace que el Derecho de la competencia desleal, más que represor, sea claramente un derecho ordenador del mercado.

Por su parte, tanto la Ley de patentes de 1986 como la Ley de propiedad intelectual de 1987²⁹, son normas sectoriales, incardinadas en el modelo social y

enteramente a los órganos jurisdiccionales del orden civil, sin perjuicio de la parcial legitimación de la Administración para el ejercicio de acciones. En el segundo, se establece un sistema de control gubernativo y las normas son más estrictas y minuciosas en la tipificación de las conductas ilícitas.

29

En la actualidad la regulación de la Propiedad Intelectual en España se encuentra recogida en el Real decreto Legislativo 1/1996, de 12 de Abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes en la materia, con las modificaciones introducidas por la Ley 5/1998, de 6 de marzo, de

armonizadoras con el sistema normativo comunitario del momento. Aunque la LP regula, básicamente, la disciplina sobre las invenciones y la LPI se dedique a la protección de las obras intelectuales, indirectamente, ambas tienen incidencia en la materia de la competencia desleal. Las dos contemplan la acción de cesación como medida esencial de protección del sujeto perturbado en su derecho, lo que hizo, que se las considerase en su momento normas iniciadoras del proceso reformador del derecho de la competencia desleal español³⁰.

La Ley de defensa de la competencia de 1989 es una norma claramente social. Como indica su Exposición de motivos, pretende “garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público”. El interés protegido por esta Ley es la existencia de competencia en el mercado nacional, mientras que la LCD pretende defender el interés de los intervinientes a tener un orden concurrencial debidamente saneado.

Como la LDC es anterior a la LCD, recoge en su artículo 7 el falseamiento de la libre competencia mediante actos desleales³¹ como un ilícito *antitrust*³². En su virtud,

incorporación de la Directiva 96/9/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos.

30

Vid. OTERO LASTRES, José Manuel, «La nueva Ley sobre competencia desleal», *RJE La Ley*, 1991-4, pág. 1053. SANTAMARÍA TRILLO, Juan, «España: Competencia Desleal. Adaptación de la legislación interna a los principios del nuevo derecho europeo», *RJE La Ley*, núm. 2, 1991, pág. 1213, indica cómo a través de las acciones legales establecidas en la Ley de Patentes se permitió actuar con eficacia y contundencia en supuestos de competencia desleal y que, además, en su disposición derogatoria se contenía una ampliación del ámbito de aplicación de sus normas de protección a todas las modalidades de propiedad industrial.

31

Art 7 LDC: “Falseamiento de la libre competencia por actos desleales. El Tribunal de defensa de la competencia conocerá, en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear de manera sensible la libre competencia, en todo o parte del mercado nacional, afectan al interés público”.

32

TRONCOSO Y REIGADA, Mauricio, «El marco normativo de los ilícitos desleales de relevancia *antitrust*. (Reflexiones en torno al artículo 7 de la LDC)», en *Libro homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, pág. 1037: “En la discusión europea de los últimos años se ha advertido un cierto déficit en la aplicación o ejecución de la disciplina de la competencia desleal. Así, han ido surgiendo distintas

parece que el Tribunal de defensa de la competencia podrá entrar a juzgar todos los actos de competencia desleal siempre que se reconozca un falseamiento sensible de la libre competencia³³, esto es, siempre que el comportamiento desleal suponga un impacto sobre la estructura o el funcionamiento del mercado que no encaje en las demás conductas prohibidas³⁴. Se tratará pues de que la conducta sea un acto de competencia desleal, que pueda producir un falseamiento sensible de la libre competencia en todo o en parte del mercado nacional y provoque una afectación del interés público.

Estando recogido a un tiempo el ilícito desleal tanto en la LDC como en la LCD, la dualidad se sostiene no en la diversidad de los intereses protegidos³⁵, sino en la diversidad de perspectivas con las que dichos intereses son tenidos en cuenta. La primera norma los regularía desde una perspectiva pública y la segunda lo haría desde una perspectiva de intereses privados, sean estos de los consumidores o de los competidores³⁶. Los ilícitos desleales recogidos en el art. 7 de la LDC serán

propuestas encaminadas a dotar a los órganos *antitrust* de un cierto papel en la represión de las conductas desleales que afecten al interés público”.

33

BACHARACH DE VALERA, S., *La acción de cesación...*, op. cit., pág. 51: “La función del precepto es simplemente, la de unificar el control de toda práctica que tenga por consecuencia una restricción de la competencia en el mercado, bajo una única autoridad (el TDC), independientemente de que tal restricción provenga de un *entente*, de un abuso de posición dominante o de una conducta desleal”.

34

TRONCOSO Y REYGADA, M., «El marco normativo...», op. cit., pág. 1039, donde el autor señala que nuestro legislador, en el art. 7 LDC, ha optado por introducir un procedimiento de interdicción en todos aquellos casos en los que la competencia como institución pueda verse lesionada por actos de competencia desleal importantes, cuya represión sea de interés público.

35

MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal*, op. cit., pág. 158, señala que ambas zonas del derecho de la competencia, aunque tienen idénticos fines, parten de supuestos distintos y de enfoques diversos: en el primer caso importa la estructura y en el segundo el comportamiento. Por ello no pueden hacerse confluir más que en las limitadas ocasiones en que un determinado comportamiento desleal puede desplegar efectos nocivos en la estructura del mercado nacional.

36

TRONCOSO Y REYGADA, M., «El marco normativo...», op. cit., pág. 1052 y 1053.

objeto tanto de las acciones de la LDC como de las de la LCD, y la utilización de un procedimiento no excluirá el ejercicio del otro.

2.2.- EL DERECHO VIGENTE CONTRA LA COMPETENCIA DESLEAL.

En el estudio que ahora realizamos sobre el derecho vigente contra la competencia desleal, no nos vamos a detener en las normas autonómicas, ni tampoco en los actos de competencia desleal tipificados como delitos, sino en el tratamiento de las dos normas que principalmente recogen esta disciplina en la actualidad, la Ley general de publicidad de 1988 y la Ley de competencia desleal de 1991: la primera, desde la perspectiva especial de la materia publicitaria; y la segunda, recogiendo la disciplina de la competencia desleal de manera general y unificadora.

2.2.1.- LA LEY GENERAL DE PUBLICIDAD

La Ley general de publicidad fue promulgada con la finalidad de dar respuesta a los cambios políticos y sociales que habían acaecido en nuestro país y que habían dejado trasnochado y obsoleto el Estatuto de la publicidad de 1964³⁷. Es fruto de la necesaria adecuación de nuestro derecho a la Directiva europea de 10 de

37

ACOSTA ESTÉVEZ, José B., «En torno al nuevo derecho de publicidad: Ley 34/1988 de 11 de Noviembre General de Publicidad», RGD, núm. 540, 1989, pág. 5337, y también en «Tratamiento jurídico de la publicidad ilícita en el nuevo derecho de la publicidad», RDM, núm. 193-194, 1989, pág. 787. En la propia Exposición de motivos de la Ley así se refiere: "Estatuto de la Publicidad, norma cuyo articulado ha caído en desuso por carecer de la flexibilidad necesaria para adaptarse a un campo como el de la publicidad, especialmente dinámico, y por responder a presupuestos políticos y administrativos alejados de la Constitución".

Septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa³⁸, y respuesta al mandato constitucional contenido en los arts. 20.1, letra d) y 51 de nuestra Carta magna³⁹.

Fue promulgada el 11 de noviembre de 1988, configurándose como una Ley sectorial que regula de manera especial la disciplina de la publicidad, y contemplando y tipificando comportamientos desleales que se realizan a través de la actuación publicitaria, y no de manera general, como hacía la Ley de Marcas. Es por ello que llama la atención que dos leyes tan coincidentes en el tiempo⁴⁰ (LGP y LM), adopten posturas distintas a la hora de tratar los comportamientos desleales.

En efecto, mediante la aplicación de la Ley de marcas, para reprimir los actos desleales se tenía que seguir el procedimiento de la Ley de patentes de 1986, por lo que, según indicaba el art. 124 LP⁴¹, únicamente tendría legitimación para entablar la acción el empresario individual. El sistema de protección que se contemplaba en la LGP era mucho más rápido, y la legitimación activa más amplia⁴², siendo más acorde con el modelo social en el que se integraba.

38

La LGP, en su Exposición de motivos, indica que "La adhesión de España a las Comunidades Europeas implica, entre otros, el compromiso de actualizar la legislación española, en aquellas materias en las que ha de ser armonizada con la Comunitaria: El Consejo de las Comunidades Europeas aprobó con fecha 10 de septiembre de 1984 una directiva relativa a la armonización de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los países miembros en lo que afecta a la publicidad engañosa".

39

En estos preceptos se reconoce y protege el derecho a recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión (art. 20.1, d) C.E.), y se garantiza por parte de los poderes públicos la defensa de los consumidores y usuarios y se promueve la información, (art. 51 CE).

40

La Ley de marcas es un día anterior (10 de noviembre de 1988) a la Ley general de publicidad (11 de noviembre de 1988).

41

Art. 124 LP: "Salvo pacto en contrario, el concesionario de una licencia exclusiva podrá ejercitar en su propio nombre todas las acciones que en la presente Ley se reconocen al titular de la patente frente a los terceros que infrinjan su derecho, pero no podrá ejercitarlas el concesionario de una licencia no exclusiva".

42

El art. 25 LGP dispone: "Los órganos administrativos competentes, las asociaciones de consumidores y usuarios, las personas naturales o jurídicas que resulten afectadas y, en general, quienes tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo podrán solicitar del anunciante la cesación o, en su caso, la rectificación de la publicidad ilícita".

Pero pese a formar parte de esta etapa de la evolución del derecho de la competencia, la LGP entró en contradicción al regular los comportamientos publicitarios ilícitos conservando reminiscencias de la anterior etapa profesional, al diferenciar entre publicidad desleal (art. 3c y 6 LGP), que afectaría más a los competidores, y publicidad engañosa (arts. 3b y 4 y 5 LGP)⁴³, que afectaría más a los consumidores, y al remitirse en su artículo 6b “a las normas de corrección y buenos usos mercantiles”. Como ya analizaremos más adelante, este planteamiento está hoy superado⁴⁴ por la interpretación que ha venido entendiendo que los casos de publicidad ilícita son supuestos de publicidad desleal, esto es, que la publicidad desleal sería el tipo genérico, en el que se incluirían los restantes ilícitos publicitarios.

También es objeto de crítica el título de la norma, que resulta demasiado ambicioso. La denominación “Ley general de la publicidad” denota una aspiración a regular toda la materia publicitaria que no se corresponde con la realidad: por una parte, omite el tratamiento de importantes tipos de publicidad (como la política, la religiosa, la electoral,... etc.), centrándose en la comercial⁴⁵; por otra, tampoco contiene todos los

43

Vid. MENÉNDEZ, Aurelio, *La competencia desleal*, op. cit., pág. 153; MADRENAS I BOADAS, Carme, *Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal. La parcialidad de la publicidad y los costes de la competencia*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1990, pág. 128; LEMA DEVESA, Carlos, «La Ley General de Publicidad de 11 de noviembre de 1988», *ADI* nº 12, pág. 573 y «Nuevas perspectivas del derecho europeo de la publicidad», *ADI* nº 6, 1979-80, pág. 79.

44

LEMA DEVESA, Carlos, «La publicidad desleal: modalidades y problemas», *RGD*, julio-agosto, 1991, pág. 6.137; JIMÉNEZ DE PARGA, Rafael, en el prólogo del libro de MADRENAS I BOADAS, C., *Sobre la interpretación ...*, op. cit., señala que “no parece sostenible hoy la hipótesis de una independencia o desvinculación entre el ilícito engañoso y desleal: existe entre ambos una relación de coherencia o complementariedad”.

45

Como veremos al estudiar el concepto de publicidad, la ley adolece de una visión reduccionista, al limitarse a regular la publicidad a la comercial; y sin embargo, a la hora de calificar los supuestos de ilícitos publicitarios, incluye algunos con independencia de sus consecuencias en el mercado (p. e., el del art. 3 a)). Sin embargo, más adelante, a la hora de regular la contratación publicitaria la hace extensiva a todo tipo de publicidad, independientemente de que coincida o no con el concepto de publicidad establecido en su artículo 2. *Vid.*, entre otros, DE LA CUESTA RUTE, José M^º, « Observaciones sobre la L.G.P.», *RJC*, núm. 4, 1989, pág. 53.

supuestos de publicidad ilícita, ya que la regulación del contenido de la publicidad de ciertos productos o servicios y la de la publicidad difundida por ciertos medios se mantienen dispersas en una pluralidad de normas especiales, tanto estatales como autonómicas.

No obstante, pese a sus incongruencias, consideramos que se trata de una Ley moderna que, en líneas generales, integra los tres intereses del mercado en un mismo nivel, y cuyo ilícito publicitario es más claro que el del antiguo Estatuto de la publicidad. Además, introduce mejoras, sobre todo en materia procedimental, al abrir, por una parte, la vía de resolución de los conflictos publicitarios (por publicidad ilícita) mediante la jurisdicción ordinaria⁴⁶, posibilitando la formación de doctrina jurisprudencial⁴⁷ y, por otra, el reconocimiento, en su Exposición de motivos, del posible control voluntario de la publicidad que pueda realizarse por organismos de autodisciplina, con independencia de las normas de carácter procesal.

2.2.2.- LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL

La Ley de competencia desleal se promulgó el 3 de enero de 1991, culminando el proceso de evolución que, hasta entonces, se había producido en el derecho español en la disciplina de la competencia desleal, supliendo las carencias y la fragmentación existente hasta ese momento⁴⁸. Esta Ley supone la integración plena en el modelo social (sin que quepan las dudas que se producen respecto de otras

46

Con el antiguo E.P. se se guía un sistema de control administrativo de la publicidad ilícita, a través de la Junta Central de Publicidad, y de su órgano decisor, el Jurado Central de Publicidad.

47

En la misma Exposición de motivos de la Ley se explicita que "las circunstancias precedentes aconsejan la aprobación de una nueva Ley general sobre la materia, que sustituya en su totalidad al Estatuto y establezca el cauce adecuado para la formación de jurisprudencia en su aplicación por los jueces y Tribunales". En el mismo sentido, ACOSTA ESTÉVEZ, J. B, «En torno al nuevo derecho...», op. cit., pág. 5339.

48

Tal como se recoge en el Preámbulo de la Ley: "las normas que tradicionalmente han nutrido dicha disciplina se encontraban dispersas en leyes de diferente procedencia: contemplaban únicamente aspectos parciales (y a menudo meramente marginales) de esta vasta realidad que es la competencia desleal."

leyes), como se desprende de su mismo Preámbulo, cuando se expresa la intención de alcanzar “la emancipación de nuestra vida mercantil de vínculos corporativos y proteccionistas”; este enunciado hace patente la voluntad de pasar página a anteriores modelos ya desfasados, al señalar “que los intereses que confluyen en el mercado son: el interés privado de los empresarios, el interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado al mantenimiento de un orden concurrencial debidamente saneado”.

También esta norma es fruto de la necesaria adecuación de nuestro derecho concurrencial a la normativa comunitaria en la materia (que hasta entonces era mucho más avanzada que la disciplina española⁴⁹) y a lo establecido en la Constitución económica.

Se trata de una Ley general, puesto que es aplicable a todos los territorios del Estado y porque supera la dispersión de la materia en varias leyes; moderna, ya que recoge las últimas tendencias europeas sobre la disciplina adecuándose a la normativa europea más avanzada; e institucional, porque tiene una finalidad de protección institucional de la competencia que va más allá de la protección individual de competidores y clientes⁵⁰. Tales características hacen de la LCD un adecuado instrumento de ordenación y control de las conductas de mercado, protegiendo,

49

El Preámbulo de la Ley 3/91 indica que “la Ley responde, a la necesidad de homologar, en el plano internacional, nuestro ordenamiento concurrencial”; sin embargo, para algunos autores, como OTERO LASTRES, J.M., «La nueva Ley sobre Competencia Desleal», La Ley, pág. 1054, “una lectura detenida de estas circunstancias permiten advertir que el legislador de 1991 reconoce implícitamente que tampoco era necesaria esta Ley, ya que tal homologación se había producido por medio de la Ley de Marcas, así como a través de la LGP”.

50

Tal como se recoge en su Preámbulo, “El propósito que ha guiado al legislador ha sido, en efecto, el de elaborar una Ley general, capaz de satisfacer la heterogénea demanda social que registra el sector desde la perspectiva unitaria del fenómeno concurrencial, una ley moderna, inspirada en los modelos de regulación más avanzada y susceptible de situar a nuestro ordenamiento de la competencia en la órbita del derecho europeo del momento; una ley en fin, de corte institucional, apta para garantizar o asegurar una ordenación del juego competitivo acorde con la escala de valores e intereses que ha cristalizado en nuestra constitución económica”. VIRGOS SORIANO, Miguel, *El comercio internacional en el nuevo derecho español de la competencia desleal*, Editorial Civitas, Madrid, 1992, pág. 18.

como se ha señalado⁵¹, “con intensidad visiblemente decreciente, el interés público, el de los consumidores y el de los competidores”.

Con ella queda claro que la evolución de la disciplina de la competencia desleal ha ido ampliando su contenido sustancialmente, pasando de proteger intereses marcadamente profesionales⁵², a expansionar el área del ilícito por otras vías, cuya finalidad evidente es la conservación de una determinada estructura de mercado⁵³.

La LCD fue calificada de innecesaria en el momento de su aparición⁵⁴, pero en la actualidad, contemplando la evolución del derecho de la competencia desleal en España, no nos cabe ninguna duda al afirmar que esta ley ha sido una pieza clave en su modernización, puesto que, pese a fallos y solapamientos en los que pueda haber incurrido (y que posteriormente analizaremos), no es menos cierto que ha

51

VICENT CHULIÁ, Francisco, *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, tomo I, vol. 2º, 3ª ed., José M. Bosch Editor, Barcelona, 1991, pág. 1060 y 1061.

52

Que, por supuesto, también están presentes ahora, como es el caso de la protección del desarrollo tecnológico, cuando aquél no pueda ser tutelado por el derecho industrial (arts. 13 y 14 de la LCD), o de la identidad de la empresa, del establecimiento y de los productos (arts. 6, 11 y 12 LCD), o en los casos de intromisión de un competidor en la organización de otro (arts. 9, 13, 14,... etc.).

53

Como en los supuestos del control de las prácticas abusivas, en aquellos casos en que el derecho *antitrust* necesita ser ayudado a través de mecanismos de control más flexibles (art. 16, 17, 8 LCD), o en los casos de distorsión de la decisión del consumidor (atentados contra la correcta información, contra la libertad de decisión (arts. 7, 6, 8, 9 etc.). PAZ ARES, Cándido, «Constitución económica y competencia desleal (Reflexiones sobre la experiencia italiana)», *ADC*, 1981, pág. 954.

54

Ver, en este sentido, WIRTH, Andreas, «Supuestos procesales de la nueva Ley de Competencia Desleal», *DN*, núm. 24, septiembre 1992, pág. 1; OTERO LASTRES, J. M., «La nueva ley sobre competencia desleal», op. cit., pág.1053 y 1054, quien indica que según los motivos pretextados en el propio Preámbulo de la Ley para justificarla, parece que no era en absoluto necesaria; en el mismo sentido FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos, «Reflexiones preliminares sobre la Ley de competencia desleal», *RJE La Ley*, 1.991-2, pág. 1179, donde señala que la ley no era inexcusable, puesto que una adecuada aplicación por los tribunales de los artículos 87, 88 y 89 de la LM de 1988 hubiera permitido afrontar y resolver los problemas que en la realidad del mercado plantean las prácticas competitivas desleales.

completado los vacíos de que adolecían otras leyes sobre la materia de competencia desleal⁵⁵

2.2.3.- SOLUCIÓN AL SOLAPAMIENTO ENTRE LA LGP Y LA LCD

Como ya hemos visto, la competencia desleal no había sido objeto de especial tratamiento por parte de nuestro derecho⁵⁶ hasta las dos últimas décadas del siglo XX, en que se experimentó una fuerte actividad legislatora y doctrinal en la disciplina, que culminó con la promulgación de la LCD.

En los últimos años, en cambio, un referente común a la hora de estudiar la competencia desleal, y en especial sobre publicidad desleal, es la abundancia de disposiciones que la regulan. Este fenómeno es debido según BAYLOS CORROZA⁵⁷ a tres razones: en primer lugar por compensar el vacío legal de tantos años; en segundo lugar, por creer que se cumple más estrictamente la Directiva comunitaria, dedicando una ley propia al tratamiento de la publicidad engañosa; y, por último, por proporcionar una regulación de los contratos publicitarios ajustada a concepciones más modernas.

Todo ello hace que en muy poco espacio de tiempo se aprueben y deroguen preceptos relativos a prácticas competitivas desleales⁵⁸, así como que las distintas normas sobre la materia adopten soluciones diferentes para los mismos conflictos.

Este segundo aspecto, que es el más preocupante, se aprecia con más claridad en el contraste entre algunos preceptos de la LGP y sus equivalentes en la LCD. La

55

Como señala FERNÁNDEZ-NOVOA, C., «Reflexiones preliminares...», op. cit., pág. 1181 y ss., la LCD contribuye a proteger la marca renombrada, o las prestaciones empresariales, que no están amparadas por la Ley de patentes, y otras de propiedad industrial.

56

WIRTH, A., «Supuestos procesales...», op. cit, pág. 1.

57

Vid. BAYLOS CORROZA, H., *Tratado...*, op. cit., pág. 358.

58

Los arts. 87, 88 y 89 de la LM de 10 de noviembre de 1988 son derogados expresamente por la LCD de 1991.

publicidad es, por su misma esencia, una actividad o comportamiento de finalidad concurrencial⁵⁹, por lo que esta sometida a un doble control de legalidad: el de la LCD y el de la LGP. Ello produce situaciones de inconcreción y solapamiento, sobre todo en aquellos casos en los que el juicio de ilicitud se construye sobre parámetros diversos, como es el caso de la publicidad desleal, en el que tienen diferente tratamiento los supuestos recogidos en ambas normas. En concreto, tanto por lo que respectaba a la cláusula general de deslealtad, como en algunos comportamientos desleales en particular, como las actuaciones comparativas, denigratorias, confusorias y parasitarias, se aprecian diferencias de menor o mayor matiz que pueden plantear delicados problemas interpretativos y que deberán ser salvadas, en su caso, por los Tribunales.

Y es que, aunque la LCD tuvo la oportunidad de resolver esta situación al ser posterior a la LGP, no indica nada, en su disposición derogatoria, referente a esta última norma, mientras que sí señala expresamente que “a la entrada en vigor de esta Ley, quedarán derogados los artículos 87, 88 y 89 de la Ley 32/1988 de 10 de noviembre de Marcas. Asimismo quedarán derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la presente Ley”. El hecho de que el legislador derogue expresamente lo dispuesto en la Ley de Marcas sobre materia de competencia desleal y no lo haga con una Ley coetánea como es la LGP, produce confusión e incoherencia.

No resulta fácil solventar este contraste entre preceptos paralelos, máxime si se tiene en cuenta que una diferencia fundamental entre ambas normas radica en el objeto de protección y en cuanto a la estructura de la contemplación de los ilícitos publicitarios, la LGP continúa separando el interés de los profesionales y de los consumidores, pues contempla la publicidad desleal por un lado y la engañosa por otro, mientras que en la LCD, el objeto de protección, estaría conformado por los intereses que constituyen el orden económico del mercado, integrado por los

59

Vid. MASSAGUER FUENTES, José, «Comentario a la Sentencia de 30 de Mayo de 1992», CCJC, Abril, 1992, pág. 607.

individuales de los empresarios, los de los consumidores y el interés público del Estado.⁶⁰

La coexistencia de ambas leyes ha sido fuertemente criticada por la mayor parte de la doctrina, que señala como, al no haberse recogido dentro de la cláusula derogatoria la revocación de las normas de competencia desleal previstas en la LGP, se perdió una oportunidad importante de regular de modo general y unitario la disciplina de la competencia desleal.⁶¹

En cualquier caso, la situación de concurso de normas ha dado lugar a diferentes posturas interpretativas, que intentan dar solución a los posibles conflictos⁶². Para algunos autores⁶³, la LGP debería ser derogada ya que *lex posterior derogat legem anteriorem*⁶⁴, y aunque la LGP trate la competencia desleal desde el plano sectorial del mundo de la publicidad, una regulación separada de la publicidad quedaría en la actualidad injustificada, apareciendo como un reducto de protección de intereses profesionales. Además, respondiendo la competencia desleal contemporánea a parámetros sociales, como hemos visto y como se desprende del propio texto de la LCD, ello justificaría que deban ser inaplicados los preceptos de marcado interés

60

Vid. EMBID IRUJO, José Miguel, «La competencia desleal en derecho español». Texto de la ponencia presentada al XIII Congreso de la Asociación hispano-alemana de juristas, celebrado en Valencia del 29 al 31 de Mayo de 1997; *CDC*, núm. 24, 1997, pág. 146.

61

Vid. Prólogo de GÓMEZ SEGADÉ, José Antonio al libro *La Publicidad comparativa* de TATO PLAZA, Anxo, pág. 13: “hay que censurar la timidez del legislador español de la LCD, por no haberse atrevido a derogar las normas sobre competencia desleal contenidas en la LGP, pues obviamente nacería muerta una ley de competencia desleal que no contemplase los supuestos de publicidad desleal que constituyen la gran mayoría de actos de competencia desleal”.

62

Vid. EMBID IRUJO, J. M., «La competencia desleal...», op. cit., pág. 147.

63

Vid. VICENT CHULIÁ, Francisco, «Otra opinión sobre la Ley de Competencia Desleal», *RGD* núm. 583, abril, 1993, pág. 9978.

64

Además, la citada Disposición derogatoria de la LCD, en su párrafo 2, indica que “asimismo quedarán derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la presente Ley”.

corporativista, cuando se vean involucrados los consumidores en los actos de competencia desleal⁶⁵.

Frente a esta postura, se ha mantenido⁶⁶ que no existe derogación por absorción, por no reunir los presupuestos necesarios, ya que la LCD no es una ley integral que asuma por completo la regulación de la publicidad ilícita recogida en la LGP, y por no existir “*voluntas legislatoris*”, pues del análisis del proceso de redacción de la LCD no se desprende tal voluntad derogatoria⁶⁷, sino todo lo contrario⁶⁸.

Otra parte de la doctrina⁶⁹ resalta el carácter especial de la LGP⁷⁰ para la materia de la publicidad, y aplica el principio *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*, haciendo prevalecer, en los casos de solapamiento, lo en ella dispuesto, al no haber una derogación expresa; es decir, al ser la Ley general de publicidad especial en relación con la Ley de competencia desleal, debe excluirse la aplicación de esta última.

65

Vid. PINO ABAD, Manuel, *La disciplina jurídica en la actividad publicitaria en la LGP de 1988*, Ministerio de Sanidad y Consumo, INC, Madrid, 1992, pág. 61.

66

TATO PLAZA, Anxo, *La publicidad comparativa*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 205.

67

OTAMENDI, Juan José, *Competencia desleal, Análisis de la Ley 3/91*, Aranzadi, Pamplona, 1.992, pág. 77: “De la tramitación parlamentaria se percibió en parte el riesgo de confusión entre ambas instituciones del ilícito concurrencial, pero únicamente se intentó su remedio por la vía de instar la supresión de varios artículos de la LCD coincidentes con la LGP.”

68

TATO PLAZA, A., *La publicidad comparativa*, op. cit., pág. 209. “Teniendo presente esta *voluntas legislatoris*, no resulta extraño que el propio legislador reconozca, de un modo implícito, la vigencia de la LGP en la Exposición de Motivos de la LCD y de otros textos posteriores, como, por ejemplo, el Decreto sobre Publicidad de los Medicamentos y la Ley de Televisión sin fronteras.”

69

SANTAMARIA TRILLO, Juan, «España: Competencia Desleal. Adaptación de la legislación interna a los principios del nuevo derecho europeo», RJE La Ley, 1991-2, pág. 1215; MADRENAS I BOADAS, Carme «La Ley n. 3/1991 de competencia desleal», BIM, febrero 1991; LEMA DEVESA, Carlos, «Supuestos de competencia desleal por denigración y comparación», en *Jornadas sobre la Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley 10 de Enero de 1991*, Madrid, 1992, pág. 69.

70

STS de 8 de Mayo de 1997: “La LGP es expresión específica de la LCD”.

Pero como indica LEMA DEVESA⁷¹, aunque en temas específicos de publicidad prevalece la ley especial sobre la general, hubiese sido deseable que el legislador efectuase una remisión expresa a la Ley general de publicidad en los supuestos de solapamiento.

La doctrina que no está de acuerdo con la aplicación del principio de especialidad aduce que, para ello, todos los casos comprendidos en la Ley especial de manera más particular deberían estar incluidos en la Ley general⁷² aunque de un modo más universal, y esto no ocurre con la LGP y la LCD, ya que la primera recoge algunos supuestos que no son tratados por la segunda, como es el caso del art. 8 de la LGP. Por tanto, si no existiese la LGP, estos supuestos, no quedarían automáticamente comprendidos en la LCD⁷³. Además, la *lex specialis* tiene no sólo carácter prioritario, sino también excluyente, caso éste que no puede ser aplicado a la LGP.

Finalmente, otros autores⁷⁴ abogan por una regulación integral de la materia, y aplican el mecanismo de la derogación tácita por incompatibilidad, teniendo en cuenta que, para que la norma posterior derogue a la anterior, la incompatibilidad deberá ser absoluta. Esto significa que en aquellos casos que la contradicción sea

71

Vid. LEMA DEVESA, Carlos, «Supuestos de competencia...», op. cit., pág. 69.

72

Vid. Díez-PICAZO, Luis, *La derogación de las leyes*, Civitas, Madrid, 1990, pág. 345: “si la Ley especial no existiera, su supuesto de hecho quedaría automáticamente comprendido en el más amplio de la Ley general”; TAPIA HERMIDA, Alberto Javier, «Publicidad comparativa denigratoria y *exceptio veritatis* (A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de Septiembre de 1996)», RGD, núm. 638, , diciembre 1997, pág. 14359 y 14360.

73

TATO PLAZA, A., *La publicidad comparativa*, op. cit, pág. 215 y ss.

74

Vid. PORTELLANO Díez, Pedro, *La imitación en el Derecho de la Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 408: “...se mantiene vigente la L.G.P., pero sus normas en aquellos puntos en los que se aprecie una falta de sintonía no meramente gramatical con la LCD, han de ser interpretadas de acuerdo con las pautas suministradas por la LCD.”; JIMÉNEZ DE PARGA, Rafael, «Otras modalidades de publicidad desleal: La publicidad confusionista y la protección de las creaciones publicitarias», BAAP, núm. 63, abril 2002, pág. 17, señala que ni el criterio de que la ley posterior deroga la anterior, ni el criterio de la especialidad resuelven los problemas de solapamiento entre la LGP y la LCD, puesto que ambos son criterios hermenéuticos que carecen de valor absoluto, y los problemas que la doble regulación plantea deben resolverse llevando a cabo una interpretación integradora.

superable, permanecerá vigente lo dispuesto en la LGP, pero interpretado conforme a los parámetros sustantivos y procesales de la LCD, al ser ésta la norma acorde con el modelo social de competencia, y que elimina situaciones de privilegios corporativistas que aún coleaban en la LGP.

Por tanto, no hay derogación de la LGP por la LCD, tanto porque del Preámbulo de esta ley se desprende la vigencia de la primera, como por la carencia de previsión en su disposición derogatoria. Pero al haber cambiado el objeto de protección de la LCD, ahora totalmente acorde con el modelo social, se aplicará esta perspectiva, teniendo, por tanto, también en cuenta la protección de los consumidores y usuarios. Es decir, se interpretará la LGP conforme con los postulados de la LCD.

Consideramos que esta tercera postura es la más ajustada a la realidad jurídica y social existente. Hay autores que opinan que es perfectamente extrapolable la cláusula general de la LGP antes de su modificación con la interpretación más social del derecho de la competencia, ya que para ellos no se contradice con la cláusula general de la LCD y hacen una interpretación de la misma, de acuerdo con parámetros sociales. Creemos que el legislador, una vez convencido de la vigencia del modelo social, fue consecuente con él en la Ley 10/91, y sin embargo no encontró motivos para derogar lo dispuesto en la LGP, ya que con una interpretación amplia e integradora de la misma se salvaban las posibles contradicciones existentes.

Por estos motivos, Desde nuestro punto de vista, los posibles conflictos que puedan producirse entre la LGP y la LCD deben resolverse siempre en favor de ésta última, por las siguientes razones: en primer lugar porqué la LCD es una Ley posterior (criterio cronológico) y por tanto recoge los cambios de política legislativa experimentados tras la LGP, que son más acordes con la situación legislativa actual⁷⁵; en segundo lugar, porqué la LCD regula con carácter global y unitario el fenómeno concurrencial en España, y no podemos sustraernos al hecho de que la actividad publicitaria también se engloba dentro de esta disciplina⁷⁶; en tercer lugar

75

PORTELLANO DÍEZ, Pedro, *La imitación en el...*, op. cit., pág. 408. "El legislador ha considerado que el modelo social de competencia es el más idóneo para la consecución de una competencia eficaz y no falseada".

76

STS, 8-V-1997, en el fundamento de derecho segundo, se indica que una forma de manifestación de la

porqué la LCD no ha derogado la LGP, puesto que no lo dispone de manera expresa en su cláusula derogatoria y además hay una voluntad clara del legislador en su vigencia, que se desprende, entre otros, del preámbulo del texto de la LCD donde expresamente se hace referencia a la LGP; en cuarto lugar porqué los eventuales conflictos que puedan producirse deberán resolverse siempre a favor de la LCD, aplicando a los supuestos una interpretación integradora⁷⁷ y en quinto lugar porqué el lesionado podrá optar por ejercitar las acciones de la LGP o las de la LCD, o acumularlas en misma demanda⁷⁸.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ESTÉVEZ, José B., «En torno al nuevo derecho de publicidad: Ley 34/1988 de 11 de Noviembre General de Publicidad», RGD, núm. 540, 1989.

BACHARACH DE VALERA, Sol, *La acción de cesación para la represión de la competencia desleal*, Tecnos, Madrid, 1993.

BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, *Tratado de Derecho Industrial. Propiedad Industrial, Propiedad Intelectual. Derecho de la Competencia económica. Disciplina de la Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1993.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, «La competencia desleal», DN, núm. 20, 1992.

COSTAS COMESAÑA, JULIO, «El concepto de acto de Competencia Desleal. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1998, en el caso *monopolio de las palomitas en los cines*)», ADI, nº XIX, 1998.

DE LA CUESTA RUTE, José M^a, *Régimen Jurídico de la Publicidad*, TECNOS S.A., Madrid, 1974.

DE LA CUESTA RUTE, José M^a, « Observaciones sobre la L.G.P.», RJC, núm. 4.

DÍEZ-PICAZO, Luis, *La derogación de las leyes*, Civitas, Madrid, 1990.

competencia desleal, es precisamente la publicidad desleal, por lo que se ejerce una acción de competencia desleal y alternativamente de publicidad ilícita, por ser ésta una expresión específica de la primera.

77

TAPIA HERMIDA, A. J., «Publicidad comparativa...», op. cit., pág. 14.364. PORTELLANO DÍEZ, P., *La imitación...*, op. cit. Pág. 408. TATO PLAZA, Anxo, «La publicidad ilícita...» op. cit., pág. 11.

78

TATO PLAZA, Anxo, *La publicidad comparativa*, op. cit., pág. 219.

EMBED IRUJO, José Miguel, «La competencia desleal en derecho español». Texto de la ponencia presentada al XIII Congreso de la Asociación hispano-alemana de juristas, celebrado en Valencia del 29 al 31 de Mayo de 1997; *CDC*, núm. 24, 1997.

FONT GALÁN, Juan Ignacio, *Constitución económica y Derecho de la Competencia*, Tecnos, Madrid, 1997.

GHIDINI, Gustavo, «La competencia desleal. Desde las corporaciones al corporativismo», *RDM*, 1976, pág. 31.

GÓMEZ-SEGADE, José Antonio, «Sistemas de autorregulación publicitaria», en *Primeras Jornadas de derecho de la publicidad*, INP, Madrid, 1980.

LEMA DEVESA, Carlos, «Supuestos de competencia desleal por denigración y comparación», en *Jornadas sobre la Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley 10 de Enero de 1991*, Madrid, 1992.

MADRENAS I BOADAS, Carme «La Ley n. 3/1991 de competencia desleal», *BIM*, febrero 1991.

MASSAGUER FUENTES, José, «Comentario a la Sentencia de 30 de Mayo de 1992», *CCJC*, Abril, 1992.

MENÉNDEZ, Aurelio, *La competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1988.

OTAMENDI, Juan José, *Competencia desleal, Análisis de la Ley 3/91*, Aranzadi, Pamplona, 1.992.

OTERO LASTRES, José Manuel, «La nueva Ley sobre competencia desleal», *RJE La Ley*, 1991-4.

PAZ ARES, Cándido, «Constitución económica y competencia desleal (Reflexiones sobre la experiencia italiana)», *ADC*, 1981.

PINO ABAD, Manuel, *La disciplina jurídica en la actividad publicitaria en la LGP de 1988*, Ministerio de Sanidad y Consumo, INC, Madrid, 1992.

PORTELLANO DÍEZ, Pedro, *La imitación en el Derecho de la Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1995.

SANTAMARÍA TRILLO, Juan, «España: Competencia Desleal. Adaptación de la legislación interna a los principios del nuevo derecho europeo», *RJE La Ley*, núm. 2, 1991.

SCHRICKER, H.C.Mult. Gerhard, «Centenario de la Ley alemana contra la competencia desleal: Luces y sombras», *ADI*, núm. , Santiago de compostela. 1998.

TAPIA HERMIDA, Alberto Javier, «Publicidad comparativa denigratoria y *exceptio veritatis* (A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de Septiembre de 1996)», RGD, núm. 638, diciembre 1997.

TATO PLAZA, A . *La Publicidad Comparativa*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

TONNER, Klaus, «The legal control of unfair advertising in the Federal Republic of Germany», en *Unfair advertising and comparative advertising*, E.Balate (ed.), E. Story-Scientia, Bruselas, 1988.

TRONCOSO Y REIGADA, Mauricio, «El marco normativo de los ilícitos desleales de relevancia *antitrust*. (Reflexiones en torno al artículo 7 de la LDC)», en *Libro homenaje al profesor Aurelio Menéndez*. Civitas. 1996.

VICENT CHULIÁ, Francisco, *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, tomo I, vol. 2º, 3ª ed., José M. Bosch Editor, Barcelona, 1991.

VICENT CHULIÁ, Francisco, «Otra opinión sobre la Ley de Competencia Desleal», RGD núm. 583, abril, 1993.

VIRGOS SORIANO, Miguel, *El comercio internacional en el nuevo derecho español de la competencia desleal*, Editorial Civitas, Madrid, 1992.

WIRTH, Andreas, «Supuestos procesales de la nueva Ley de Competencia Desleal», DN, núm. 24, septiembre 1992.