

COMPETENCIA DESLEAL

2ª Edición

(Doctrina y Jurisprudencia)

SILVIA BARONA VILAR

competencia desleal, atribuyéndose un deseo de potestades, desde los principios del sistema económico delimitado en nuestra Constitución (libertad de empresa, libre competencia y protección del consumidor), la tutela jurisdiccional civil frente a los actos desleales en el campo concursal.

Transcurridos unos años desde su aprobación, se justifica, incluso si se quiere más intensamente, el estudio de cuantas cuestiones son centro de conflicto en la jurisprudencia de las Audiencias: qué debe entenderse como competencia desleal (actos tipificados como desleales al amparo de los arts. 5 a 17 de la LCD); cuáles son las posibles pretensiones (acciones del artículo 18) ejercitables y su plazo de prescripción (art. 21); los sujetos legitimados (arts. 19 y 20); la remisión al «menor cuantía» (art. 22); los fueros de competencia territorial (art. 23); las diligencias preliminares (art. 24); la regulación privilegiada de la tutela cautelar, que se aborda con el animus de viabilizar y efectivizar la tutela judicial solicitada (art. 25); sin olvidar las especialidades probatorias, que tienden a evitar la denominada prueba diabólica, que podría exigirse en estos casos (art. 26).

Todas estas cuestiones son abordadas en la obra que aquí se nos ofrece, desde un estudio riguroso de la jurisprudencia (de Audiencias y del Tribunal Supremo), que despeja algunas dudas sobre las interpretaciones que surgen a quienes las aplican, sin olvidar las intersecciones de algunas soluciones que en otros sistemas se han asumido. Obra, por tanto, necesaria para quienes pretenden encontrar en la praxis la tutela frente a los actos de competencia desleal.

La colección «Abogacía práctica» nace con la vocación de acercar al profesional materias de interés práctico, con profundidad, de forma exhaustiva y con todos los instrumentos necesarios que le permitan hacer frente a la problemática concreta que generan los temas jurídicos. Por ello se incluye, junto a la necesaria explicación doctrinal de los temas, una cuidada selección jurisprudencial y los correspondientes formularios. La jurisprudencia y los formularios están también disponibles en disquete de forma totalmente gratuita al adquirir el libro.



4

tirant lo blanch
«abogacía práctica»



tirant lo blanch
«abogacía práctica»

adquirida por el otro en el mercado (art. 12). Si bien basta con que concurren uno solo de los actos de competencia desleal, aunque no guarde la relación invocada con los otros».

A través de este esta tipificación restrictiva de las actuaciones de competencia desleal se ha tratado, más aún que de incriminar una determinada conducta, de liberalizar aquellas conductas que no son desleales. En todo caso, como apunta la SAP de Cádiz de 12 de junio de 1992, «la nueva orientación institucional y social del ordenamiento concurrencial implica un criterio marcadamente restrictivo para que exista un acto de competencia desleal»; tal es así que, como se deriva de la misma redacción de esta Sentencia de la AP de Cádiz, «de acuerdo con la finalidad de la Ley que, en definitiva, se ocupa en el mantenimiento de mercados altamente transparentes y competitivos, se añade una evidente preocupación para evitar que prácticas concurrenciales inkomodas para los competidores puedan ser calificadas, simplemente por ello, de desleales.»

En gran medida cobra una especial importancia «Para llegar a calificarlo que es desleal las concepciones sociales vigentes en cada momento, el uso y la costumbre, sin perjuicio de que tenga además este concepto un contenido universal significado por la conducta fraudulenta y equivoca que implica un engaño, de manera que «no todo acto de competencia desleal implica un ataque directo de un derecho subjetivo, como podría ser la utilización de un signo o símbolo registrado como marca por otra empresa, sino que tan sólo supone el incumplimiento de la obligación legal de utilizar medios honrados y admitidos para realizar la competencia, siendo por ello por lo que la protección de la competencia leal no se realiza sólo a través de la defensa de la Propiedad Industrial, sino más genéricamente a través de la Ley de Competencia Desleal» (SAP de Madrid de 22 abril de 1998, RA 1134).

1. CRITERIO GENERAL DE LA BUENA FE

Merece especial atención la consideración del criterio general de la buena fe, a la que ya se refería el Código Civil, en su artículo 7.1, al apuntar que «los derechos deben ejercerse conforme a las exigencias de la buena fe, o como reconoció en su momento también la Ley General de la Publicidad de 1988, en su art. 5, «es desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de buena fe»; e incluso el Convenio de la Unión de París se refería a la deslealtad en cuanto nos hallásemos ante un «acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial».

A título de ejemplo podría tenerse en cuenta la STS de 5 de julio de 1985 (RA 3642): «El principio de la buena fe es informador de todo el ordenamiento jurídico, que impone rechazar las interpretaciones que conduzcan a un resultado contrario a aquélla; lo que tiene lugar, entre otros supuestos, cuando el poder en que el derecho subjetivo consiste se utiliza con una finalidad económico-social distinta de aquella para la cual ha sido atribuido a su titular en el ordenamiento jurídico o se ejercita en circunstancias que lo hacen desleal, según las reglas que la conciencia social impone al tráfico jurídico».

Es por ello que también la jurisprudencia ha ido refiriéndose a esta necesidad de buena fe como elemento esencial en la configuración de la lealtad en la competencia, siendo considerada como «garantía del tráfico jurídico» (SAP de Pontevedra de 21 de noviembre de 1995, RA. 2048), y que, según reiterada jurisprudencia del TS equivale al «comportamiento honrado y leal, en el ejercicio de los derechos, determinada por una coincidencia de comportamiento en las relaciones humanas y negociales, siendo la buena fe, el informador de todo el ordenamiento jurídico» (STS de 15 de julio de 1982, RA 4241, 16 de noviembre de 1979, RA 3850; y 5 de julio de 1985, RA 3642); en suma, se trata de entender la buena fe en sentido objetivo como aquella que consiste en «que la conducta de uno con respecto a otro, con el que se halle en relación, se acomode a los imperativos éticos que la conciencia social exige» (STS No. 11 de marzo de 1985).

1988, RA 4053), o como apunta la SAP de Lleida de 9 de mayo de 1997 (RA 1139): «La doctrina científica ha venido desarrollando una concreta especificación de lo que se entiende por vulneración objetiva de dicha buena fe, a la luz de lo que ha determinado el derecho comparado y la propia legislación española, estableciendo que dicho concepto engloba el de abuso de derecho y el de ejercicio antisocial del mismo».

La citada SAP de Lleida de 1997 suscita si han existido o no actos de competencia desleal en los cines L., dado que en la entrada de los mismos se ha colocado un cartel que dice: «Se prohíbe la entrada y el consumo a las salas de pipas, cacahuetes, pistachos y chicles. Se prohíbe entrar a las Salas desde el exterior palomitas y cualquier tipo de bebidas ya sea en botella, lata, vaso, etc... Se permite el consumo en las Salas de cualquier artículo y bebida de los que pueden adquirirse en el bar situado en el vestíbulo. La Empresa». La SAP de Lleida de 9 de mayo de 1997, tras delimitar lo que debe entenderse por la buena fe a estos efectos, continúa: «...resulta evidente que la conducta de la empresa demandada se halla respaldada por la normativa sobre policía de espectáculos públicos y que la colocación de los referidos carteles no vulnera normativa legal al respecto y, en definitiva, lo que pretende es evitar la introducción en los locales de unos productos que pueden resultar insalubres o molestos, con daños a sus instalaciones o inconvenientes para los espectadores, vendiendo en el bar existente en el vestíbulo los que estima que no producen tales efectos, por lo que, en esta línea no puede entenderse que resulten actos que vulneren la citada Ley de Competencia Desleal, puesto que objetivamente considerados, no resultan contrarios a las exigencias de la buena fe».

La S.J.P.I de la Almunia de Doña Godina de 25 de noviembre de 1992 expone: «... el artículo 5 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, contiene una cláusula general, disponiendo que se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe. Esta cláusula introduce como parámetro para valorar la existencia de deslealdad en un determinado acto su contrariedad objetiva con las exigencias de la buena fe; lo que significa, de conformidad con el modelo seguido por el legislador, que no será el criterio tradicional de su oposición a las normas de corrección y buenos usos mercantiles, sino el más actual de la inadecuación a los principios del ordenamiento económico (libre competencia, tutela del consumidor, competencia por eficiencia, etc) o el abuso del derecho de libertad de empresa, el que había de tomarse como

base para la realización de dicho juicio. No obstante, y dado que en los siguientes preceptos de la Ley se especifican conductas concretas que pueden considerarse desleales, examinaremos primeramente tales preceptos para deducir si la demandada incurre o no en las conductas sancionadas»

La buena fe jugará, de este modo, como elemento interpretador de la actuación empresarial en cuanto a la determinación de la lealtad o deslealtad en la competencia, pues sólo se producirá cuando la actividad concurrencial se haya desplegado «mediante maniobras incorrectas», como las que se detallan en los arts. 5 y siguientes de la ley de competencia desleal (actos de confusión, de engaño, denigración, explotación de reputación ajena, venta a pérdida, entre otros) (SAP de Asturias de 4 de octubre de 1995, RA 1951).

Por ejemplo, no puede considerarse que violenta la buena fe, como standard o modelo de conducta exigible, desde el punto de vista del mercado y de todos los que participan en él, por el solo hecho de colocar en el recinto del camping (en el que, además de un supermercado arrendado hay un bar) unas máquinas de suministro de bebidas y unos puestos destinados a atender a los jugadores de petanca (SAP de Barcelona de 15 de abril de 1998, RA 877).

Es por ello que debe afirmarse que la norma que regula la lealtad de la competencia «no sólo sanciona el comportamiento que provoca afectivamente la confusión, sino aquel que genera el riesgo de error, sin que su ilicitud pueda escudarse al amparo de la escasa trascendencia cuantitativa del mismo que, al margen de su eventual relevancia cuantitativa, singularmente en materia de productos alimenticios, deberá tener adecuado reflejo en las cantidades indemnizables, pues la lealtad del comportamiento en el mercado se valora en el análisis comparativo del actuar denunciado y aquel que debe ser observado de acuerdo con la buena fe objetiva exigible en el mismo» (SAP de Barcelona de 7 de febrero de 1996, RA 429),

De todo se deriva que el juicio de la deslealtad ya no es un juicio deontológico —usos honestos o correctos de los empresa-

rios concurrentes— sino político-económico, pues el Derecho de la competencia desleal se incardina dentro del Derecho antitrust y trata de proteger la propia institución de la competencia. Esto significa que la cláusula general del art. 5 de la Ley 3/1991, que consagra la noción de abuso de la competencia, se incardina en el art. 1, por lo que el criterio de obrar de la buena fe, que no recupera el modelo profesional, cumple tres funciones: protección frente a las perturbaciones del mercado, frente a los actos que atentan contra la libertad de decisión del consumidor y frente a los consumidores. Con la actual Ley de Competencia Desleal la teoría general de ilícito concurrencial se caracteriza por el desclasamiento de su normativa, que se extiende, en virtud del art. 3, 1, a todos los que participen en el mercado» (SAP de Cádiz de 12 de junio de 1992).

La SAP de Barcelona de 1 de septiembre de 1995 destaca: «Entendida esta (la buena fe) como aquella actuación opuesta al estándar de comportamiento que cabe esperar de quien actúa en unas circunstancias concretas, resulta insuficiente para entender desconocida la regla abstracta de la alegación del perjuicio de determinados sectores, ya que, vigente en nuestro ordenamiento el principio de libertad de empresa, quien interviene en el mercado debe soportar la actividad de los terceros que ajustan su comportamiento a las reglas que disciplinan la lealtad de la competencia, sin que pueda sancionarse o restringirse cualquier acto o práctica de los terceros que resulten incómodos o perjudiciales para los empresarios que operan en una determinada área del mercado, pues la Ley de Competencia Desleal no sólo protege el interés privado de éstos, sino, de forma singular, el colectivo de los consumidores y el público del Estado».

Significativas son determinadas conductas que en ocasiones podrán tipificarse específicamente entre los supuestos 6 a 17 de la LCD, si bien la falta de algún requisito específico de la Ley lleva a que pueda considerarse como desleal aquellos comportamientos que con carácter general se hallan subsumidos en la cláusula del art. 5 de la LCD. Así, la captación de la cartera de clientes puede encuadrarse en el art. 5 de la LCD, como se ha puesto de manifiesto jurisprudencialmente. Sin embargo, co-

nectada con ésta surge la duda de la consideración o no de la clientela, como elemento empresarial, y por lo tanto, como patrimonio de la empresa. Se viene considerando por la doctrina mercantilista que la atracción de clientela ajena no constituye en principio actividad desleal, dado que la deslealtad debe ser fruto de maniobras incorrectas, tales como el engaño a los clientes, a los que se comunica la desaparición de la anterior empresa y que la continuación de la actividad era la de la demandada, las hipotéticas ventas a pérdida, las acusaciones sobre crédito o menoscabo de su prestigio comercial, entre otras. Ello ha provocado que, con base en esta argumentación, hayan existido resoluciones que desestiman la captación de clientes sin las correspondientes maniobras como leales, si bien también encontramos supuestos en los que se admite la deslealtad en los comportamientos concurrenciales de captación de clientes.

La SAP de Asturias de 18 de junio de 1997 destaca: «Como recurre la propia exposición de motivos de la Ley de 10 de enero de 1991, Constitución española de 1978 hace gravitar nuestro sistema económico sobre el principio de la libertad de empresa y, consiguientemente, en plano institucional, sobre el principio de libertad de competencia. De aquí, como señaló esta Sala en Sentencia de 4 de octubre 1995, «...», clientela, aunque pueda considerarse como un elemento más de lo que integran la empresa y como tal sea valorable, no constituye nunca patrimonio exclusivo de una u otra, antes al contrario, nadie tiene un derecho absoluto a conservar su clientela, que siempre podrá acudir en el sistema de libre mercado a quien le oferte mejores condiciones. Como señala la doctrina mercantilista más autorizada, la atracción de clientela ajena no constituye en principio actividad desleal; la deslealtad sólo se producirá cuando la captación se logra mediante maniobras incorrectas, como las que se detallan en los artículos 5 y siguientes de la repetida Ley de Competencia Desleal (actos contrarios a la buena fe, de confusión, de engaño, denigración, imitación, explotación de reputación ajena y venta a pérdida, entre otros)». Y continúa en el fundamento tercero: «...es cierto que comenzó a suministrar carbón a antiguos clientes de la primera... pero... este solo hecho no es suficiente para calificar la conducta de desleal, siempre que se elige en términos de corrección, sino, que viene a constituir, por el contrario, la lógica y normal consecuencia de la irrupción de una nueva compañía en un mercado...».

de clientes, puede considerarse reducido. Los actos que se detallan en el escrito de demanda, que si permitieran tener por ilícita la conducta de los demandados, tales como el supuesto engaño a los clientes, a los que se habría comunicado que la anterior empresa desaparecía y que la continuadora en la actividad era la demandada, las hipotéticas ventas, pérdida, o las acusaciones sobre manifestaciones en descrédito o menoscabo de su prestigio comercial, no sólo no han quedado probadas, sino que los testigos traídos a este procedimiento, clientes de una y otra empresa, lo niegan rotundamente, manifestando que la razón que les condujo a optar por una u otra, fueron las mejores condiciones que se ofrecían, en especial en cuanto a la calidad del carbón, mientras que la pericial practicada en fase de prueba puso de manifiesto que los precios ofertados por ambas compañías eran bastante similares». Y continúa en el fundamento cuarto: «Insiste especialmente la demandante en que los demandados, sobre todo los que eran apoderados de ella, se aprovecharon del conocimiento del mercado y de sus condiciones así como de las relaciones con los clientes, que habían adquirido y consolidado mientras prestaron servicios para ella. Este dato, que lógicamente hubo de ser así, tampoco puede considerarse constitutivo de deslealtad, pues parece obvio tanto el derecho de cualquier persona a desarrollar su actividad como autónomo o para otra empresa distinta, de no mantenerse una concepción patrimonial de quienes trabajan por cuenta ajena totalmente invariable en el Derecho moderno, así como que esa persona no puede ni está obligada a prescindir de la experiencia y conocimientos adquiridos, de los que podrá hacer uso siempre que... atienda a las pautas de la buena fe, sin acudir a conductas engañosas, fraudulentas o denigratorias. Si está demostrado que la nueva sociedad... se constituyó formalmente por uno de los demandados junto a un tercero, varios meses antes de que aquél hubiera causado baja en la empresa actora. Pero también se acredita que las operaciones de venta y compra de carbón sólo comenzaron tras la marcha de los demandados y la incorporación de antiguos clientes se inició tiempo después, durante los meses siguientes, de modo paulatino, tal y como se refleja en la ampliación de la pericial, alejando así la idea de que esa captación de clientes se había producido anteriormente, mientras los demandados todavía se encontraban prestando sus servicios para la actora, que es lo que cabría considerar como práctica contraria a la buena fe dentro del ámbito mercantil».

La SAP de Huesca de 21 de enero de 1995 destaca: «...los demandados, prevaleciendo del trato que tenían con los clientes de la sociedad actora, comenzaron a captarlos para la sociedad que proyectaban constituir cuando todavía estaban prestando sus servicios para la sociedad actora, pues de lo contrario no se explica que la nueva sociedad,

constituida por los demandados y otras personas, naciera el mismo día 6 de abril de 1993 con buena parte de los clientes de la sociedad actora, práctica que... vulnera objetivamente las exigencias de la buena fe, pues supone desviar la cartera de clientes desde la propia infraestructura de la sociedad actora hacia una nueva empresa proyectada para concurrir en el mercado con la misma actividad. No existiendo pacto laboral alguno de no concurrencia, nos parece perfectamente legítimo el que los demandados decidieran establecerse por su cuenta asumiendo los riesgos naturales de toda empresa y nada habría que objetar, aunque hubieran terminado desbancando en el mercado a la actora, a que concurrieran en dicho mercado con sus propios medios empresariales, pero los demandados se aseguraron previamente el éxito de su proyecto concurrendo de hecho en el mercado para captar a los clientes antes de constituirse formalmente y cuando todavía estaban trabajando para la sociedad demandante... se evidencia que cuando todavía trabajaban para la sociedad actora, aprovecharon el trato con los clientes para concertar con ellos nuevas relaciones comerciales, pero ya no con la sociedad actora, sino con la que todos los demandados, junto con otros, pensaban constituir, actitud que pensamos debe considerarse contraria a las exigencias de la buena fe, aunque no fuera acompañada de informaciones falsas o actos susceptibles de generar confusión ni suponga, propiamente, un aprovechamiento de la reputación ajena...».

En suma, nos hallamos ante una cláusula general y como tal se darán supuestos en que no se produce una especificación de los supuestos en determinadas figuras infractoras concretas de deslealtad, tipificadas en los arts. 6 a 17 de la LCD, lo que significa que puede, pese a su no clasificación en algunos de los supuestos legales, considerarse desleal, atendida la cláusula general objetiva a que se refiere este precepto.

La SAP de Valencia de 1 de septiembre de 1997 (RA 1775) destaca en su fundamento tercero: «...Al diseñar los tipos de competencia desleal abarca en la Ley de este nombre una cláusula general: «todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a la buena fe», y un desarrollo (artículos 6 a 17) en figuras infractoras concretas; pero en la demanda no se indica, precisando lo que sería debido, en qué específicos actos del comportamiento de este demandado se ha detectado la conculcación de su deber, en términos de poderlos incardinar en alguna de esas figuras específicas, de suerte que, en realidad, sólo cabe argumentar sobre un comportamiento «objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe».

2. ACTOS DE CONFUSIÓN

Es el art. 6 el que prohíbe los actos en el mercado tendentes a crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos, considerándose a estos efectos como suficiente el riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de la procedencia de la prestación. Ello comporta que la claridad en el comportamiento concurrential, la transparencia son la anti-tesis de los elementos que deben concurrir para que pueda considerarse desleal una actuación en el mercado.

La SAP de Málaga de 23 de octubre de 1995 destaca: "... la conducta probada llevada a cabo por el demandado y la sociedad que él administra, relativa a la realización de actividades industriales de llenado de extintores contra incendios, venta y mantenimiento de los mismos, en libre concurrencia con otras empresas del ramo, y la oferta comparativa del servicio, ~~entre otros, a efectos de la actora, no constituye acto de confusión, dado el tenor literal de la correspondencia enviada, donde con claridad se expresa la identidad de la nueva sociedad, creada por antiguos socios de la actora...~~ (la cursiva es mía)".

Es de destacar, sin embargo, que la especificación de estos tipos, desarrollados en el articulado de la LCD en los artículos 6 a 17, no suelen ser compartimentos estancos, sino que, antes al contrario, existe en la mayoría de los supuestos una interrelación entre sí, de modo que, en muchas ocasiones, un acto de confusión presupone inevitablemente un acto de imitación y se imita en ocasiones con la finalidad de confundir, y mediante la confusión y la imitación que se produce, suele haber un aprovechamiento o explotación de la reputación ajena" (SAP de Madrid de 13 de diciembre de 1994), de lo que se deriva esa imposibilidad de afirmar la existencia de una actuación concurrential tipificada en uno solo de los supuestos considerados por la LCD como desleales.

Interesante es el supuesto que se plantea en la citada SAP de Madrid de 13 de diciembre de 1994, en el que se está alegando que "a través de la imitación de prestaciones e iniciales empresariales de otro (art. 11).

se crea confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento de este otro (art. 6), en virtud del cual se ha producido un aprovechamiento indebido, en beneficio propio, de las ventajas de la reputación comercial adquirida por el otro en el mercado (art. 12). Si bien basta con que concurren uno solo de los actos de competencia desleal, aunque no guarde la relación invocada con los otros".

No debe olvidarse que un elemento a tener en cuenta es el riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de la procedencia del producto, riesgo que es suficiente para fundamentar la deslealtad de una práctica (SAP de Navarra de 4 de mayo de 1998 (RA 1067), riesgo que es más probable que se plantee en los supuestos en que nos hallamos ante un producto que pertenece al mismo sector comercial. Es por ello que se afirma que se trata de actos que poseen la capacidad objetiva de «confundir a potenciales consumidores», como podría gestarse ante la utilización del distintivo utilizado por una empresa en relación con el usado por otra entidad (SAP de Cantabria de 20 de abril de 1998, RA 606). Lo que se pretende es evitar, en consecuencia, «al consumidor corriente, al no especializado, cualquier clase de confusión en el momento de elegir el producto» (SAP de Valencia de 8 de noviembre de 1993), y con ello de cuantas actuaciones tengan por objeto, aprovechando o no la utilización de nombres, formas, colores, etiquetas, y en general, cuanto haga a la manera de presentar el producto en el mercado, la obtención de beneficios aprovechando la posible confusión de los sujetos receptores de la información, los consumidores, quienes, en suma, van a proceder a la adquisición del producto.

La STS de 10 de mayo de 1990 (RA 3697) destaca: "... Existe similitud en la presentación de distintos productos, susceptible de producir confusión entre los consumidores, al tener en cuenta el uso de un mismo tipo de envase, la forma de las etiquetas, el color predominante...; precisando que esa «semejanza» es necesario referirla no sólo a los elementos individualizados en cada una de las marcas, sino también y principalmente a la generalidad o conjunto de las distintas partes que comprenden la marca mixta. Lo decisivo es que un examen completo produzca en el usuario, que normalmente no se detiene en una minuciosa comparación, una impresión de similitud...

ms

hablarse de posibilidad de confusión. Lo que importa es evitar al consumidor corriente, al no especializado, cualquier clase de confusión en el momento de elegir el producto».

Lo que se pretende, con estos actos de confusión es, como dispone la SAP de Madrid de 22 de abril de 1998 (RA 1134), «que el público en general confunda la empresa del imitador con otra u otras que gozan de un prestigio o una notoriedad de la que el competidor desleal quiere apropiarse».

La SAP de Sevilla de 28 de enero de 1998 (RA 290) destaca: «...no siendo competencia desleal el hecho de que diversas personas o entidades emprendan la organización de salones o ferias comerciales, aún cuando tengan el mismo tema o motivo para la concentración de empresarios y consumidores, la entidad demandada ni ha copiado los signos distintivos utilizados por la parte actora, ni ha buscado la similitud con los mismos, ni ha creado confusión en el mercado. En efecto, entiende esta Sala que entre el término Ecológ con que se denomina al salón organizador por la entidad actora y la marca Ecomed Polltec, con que se anuncia la feria que promueve la parte demandada, no cabe confusión posible, no existiendo más coincidencia que en las tres primeras letras de ambas denominaciones, ya que dichas letras constituyen también las primeras de la palabra ecología que constituye la temática de los salones en litigio; y tampoco existe ánimo de competir deslealmente por el hecho de que ambas ferias contengan en su denominación un logotipo con la esfera terráquea, pues con independencia de que ello responde al fin o motivo de dichas ferias, ambos logotipos presentan claras y evidentes diferencias...».

La similitud entre los signos no debe ser elemento abstracto a valorar sino que deberá conectarse con otros elementos, aquellos que pueden servir a los efectos de coadyuvar a la delimitación e identificación de las distintas actividades, prestaciones o establecimientos por los mismos consumidores, concurriendo mayor riesgo de deslealtad cuanto más intensa sea su notoriedad.

La SAP de Madrid de 22 de abril de 1998 (RA 1134) resuelve una reclamación de unos grandes almacenes de reconocido prestigio por la

utilización de un triángulo isósceles sobre el fondo verde distintivo: «quienes explotan con éxito la actividad comercial, teniendo un reconocido prestigio entre el público en general, es evidente que el empleo de este signo distintivo es sumamente similar por la entidad demandada, hoy apelante, debe ser considerado como desleal, por el mero riesgo que conlleva inducir a error al público, quien ante su semejanza puede dirigirse al establecimiento de la entidad apelante confundida por el signo exterior de identificación utilizado por la misma, de forma que fácilmente pudiera llevar a pensar que se trata de comercio perteneciente al grupo en el que se integran las hoy actoras, por la confusión que la aparente similitud del signo identificativo utilizado puede crear, siendo desleal esta conducta por cuanto que la entidad M. con la utilización de este signo... es evidente que trata de utilizar el prestigio, notoriedad y fama de las mismas para conseguir captar una clientela... siendo este aprovechamiento del esfuerzo ajeno, a través de la confusión creada por la utilización de un signo distintivo concreto... lo que puede ser calificado como de competencia desleal».

Se trata del elemento interpretativo esencial de este precepto que reside en la percepción que el consumidor tenga de la prestación de los respectivos competidores y desde esa óptica habrá que examinar la existencia de la *confundibilidad*.

La S.J.P.I de la Almunia de Doña Godina de 25 de noviembre de 1992 desarrolla este elemento de confundibilidad que coexiste en este tipo de actuaciones: «Si debe entenderse por «confusión» el riesgo de asociación por el consumidor respecto de la procedencia de la prestación (o lo que es lo mismo, la dificultad en la identificación del producto), precisamente los actos más frecuentes de este tipo de conducta se darán principalmente en relación a los «signos distintivos», ésto es, el nombre comercial con respecto al empresario, la marca con respecto al producto y el rótulo en relación al establecimiento mercantil; pero la actividad de confusión no debe quedar reducida sólo a ésto, sino que debe de extenderse a otros signos identificadores, cualquiera que sea su naturaleza, tales como insignias, embalajes, uniformes, fachadas, escaparates, logotipos, etc, así como también determinados elementos publicitarios como folletos, carteles, esloganes, calálogos, etc. En nuestro caso, la confusión afecta a embalajes y logotipos de modo evidente, por lo que la inclusión de la conducta de la demandada en este artículo es clara; y con mayor razón si tenemos en cuenta que la regulación legal de estos actos presenta, además, como nota destacable, la presunción de deslealtad. En efecto, la confusión, por el mero riesgo que crea, se considera ya

35

desleal, sin que sea preciso recurrir a otras notas o elementos para fundamentar su ilicitud. La deslealtad se produce, por tanto, en cuanto se da la identidad o similitud de los distintos elementos que se utilizan para diferenciar a las empresas, a sus actividades o a sus productos (imagen, nombre, efecto, visual, efecto sonoro, etc) y no desaparece por el hecho de que el error se desvanezca, si se observan simultáneamente ambas imágenes o se escuchan seguidamente estas comparaciones por no tener todos los elementos frente a sí... Y continúa posteriormente: «La similitud gráfica entre una y otra es evidente y resalta como primer efecto de la contemplación de una y otra, ya que, al enfrentarse los productos, no aparecen globalmente con diferencias suficientes como para no crear error o confusión al público, al subsistir a la vista del conjunto de ambos distintivos una semejanza que hace que las escasas diferencias existentes entre unos y otros productos no basten para desorientar, ni siquiera para hacer improbable, tal riesgo en el mercado. Sería preciso, en el momento de distinguir ambos géneros, que el adquirente tuviera a su alcance las dos marcas, para poder precisar a cuál de ellas va dirigida su demanda, lo que no siempre será posible, ni usual ni exigible a público y consumidores, con el consiguiente riesgo de error, que debe ser eliminado impidiendo el acceso al mercado de aquellos elementos que puedan causar lo (es decir, obligando a la demandada a cesar en esta clase de conductas desleales)».

Todo ello provoca que estas actuaciones de confusión vayan en muchas ocasiones conectadas directamente con la cláusula específica del art. 11, actos de imitación, o con el art. 12, actos de explotación de la reputación ajena.

La SAP de Toledo de 4 de abril de 1992 es un claro exponente de cuanto decimos, dado que versa sobre una demanda de competencia desleal por un champú que imitaba la forma de presentación de otros productos, probablemente generando una confusión entre los consumidores, que pueden llegar a confundir ambos productos. Expone: «...la sentencia apelada condenó a dicha entidad como autora de sendos actos de competencia desleal de confusión y de imitación, previstos en los artículos 6 y 11.2 de la Ley de Competencia Desleal; respecto del champú y acondicionador V.S., actos originados por el lanzamiento al mercado del producto IN... Para el juzgador a quo basta una atenta comparación entre los productos en litigio para deducir que, con excepción del tamaño del envase y de la denominación, la impresión visual que ofrece es que son prácticamente idénticos. El color del envase, el etiquetado, con las palabras «nuevo» y las expresiones «champú y acondicionador», «lavar

y punto» o «lavar y listo», así como las instrucciones de uso que aparecen al dorso asemejan tanto a ambos productos que indudablemente conducen a confusión.

Esta Sala comparte estas apreciaciones... En este sentido... las más notables son:

A) Color del envase (verde manzana) y de los textos (verde oscuro el fondo de la leyenda principal con letras blancas indicadoras de la marca).

B) Material de la etiqueta: plástico transparente de forma rectangular adherido al envase...

C) Estructura general de la etiqueta y de los textos...

D) Tipo de letra de los textos: imitación evidente de los tipos de letra utilizados por el producto de los actores en la locución «nuevo», así como el empleado en la denominación de la marca...

E) Reverso de los productos: disposición del texto de las instrucciones absolutamente idéntica.

F) Impresión general del envase: de la suma de las anteriores coincidencias se desprende que, dado el modo masivo, irreflexivo e inconsciente con que se producen hoy día las compras, en grandes superficies comerciales, donde los productos afines se exponen conjuntamente en un mismo lugar geográfico, el consumidor identifica y confunde fácilmente ambos productos, habida cuenta de su notabilísima semejanza, pensando que, o bien son el mismo, o bien proceden de idéntico empresario, por lo que, al presentar las mismas características y calidades, resulta indiferente adquirir uno u otro.

Esta semejanza no puede ser contrariada reduciéndola a la categoría de «simples coincidencias», como dice la demandada en su escrito de contestación... Y ello porque para apreciar la confusión o la imitación no se requiere una copia fidedigna, total y absoluta del producto o de la prestación empresarial ajena, sino que basta con que el producto demandado, comparado y examinado en su conjunto con el actor, presente tal grado de semejanzas con él que pueda concluirse razonablemente la existencia de una imitación que haga difícil al consumidor medio, con la diligencia propia del momento y lugar en que habitualmente se realizan las compras de este tipo de productos, la distinción entre ambos productos, o entre el distintivo origen empresarial de los mismos.

Por tal razón, la circunstancia inconcusa de la distinta denominación no empece el resultado de la confusión o la imitación, dado que la comparación de los productos ha de hacerse en su conjunto, y no atendiendo a elementos aislados. También es absolutamente irrelevante el distinto tamaño con que los envases se presentan en el mercado, y ello porque, partiendo de la imitación y de la confusión, antedichas, el consumidor fácilmente puede pensar que V.S. tiene distintos tamaños de presentación... (el subrayado es mío).

Tampoco destruye la confusión y la imitación el hecho... de que las letras que presentan en el producto IN sean de las habitualmente

utilizadas en el mercado de las artes gráficas, tal como quedó acreditado por pruebas de testigos practicadas a instancia de la demandada, porque es claro que el producto demandado pudo sin gran dificultad utilizar otro tipo de letras que no imitaran las de VS ni produjeran confusión en los consumidores...».

Significativo es que en ocasiones es posible «que el titular de una marca, que, al usarla, sobrepase los límites objetivos impuestos por los rasgos esenciales de su identidad, invada, a su vez, los que son propios de una marca distinta y origine riesgo de confusión en el mercado sobre la procedencia de los productos por ella identificados, o, incluso, que, sin lesionar derecho de marca alguno, dañe el derecho básico de autoafirmación en el mercado de un competidor, mediante actos de competencia desleal, en cuanto idóneos para crear confusión con las prestaciones del mismo» (SAP de Barcelona de 29 de diciembre de 1995). Los problemas aquí se derivarán de la aptitud diferenciadora de los productos, que siempre se moverá por parámetros o reglas relativas, no sometidas a cánones fijos, lo que significa que habrá que atender, como apunta la STS de 7 de abril de 1981 (RA 1525) a las peculiaridades fácticas del concreto supuesto en cuestión, de modo que cuando se trata de un derecho en exclusiva, piénsese en una marca, habrá que estar al elemento que la singulariza, ante lo que podría considerarse como el consumidor medio del producto. A estos efectos, el TS, en S. de 10 de mayo de 1995, RA. 3635, considera que «notoriamente se acredita y acentúa que se trata de denominaciones distintas, no semejantes ni fonéticas, ni en forma gráfica, como tampoco conceptualmente, fácilmente diferenciables, y así lo pone bien de relieve la simple comparación literal de las leyendas que integran los rótulos enfrentados».

La SAP de Pontevedra de 21 de noviembre de 1995 señala: «...la utilización de tal nombre, teniendo el mismo diseño, color, modo de presentarse, supone indudablemente un acto de publicidad engañoso, que se hace, al extremo de utilizar el mismo furgón para la Orquesta, sin variar los anuncios que tenía anteriormente, por lo que... se abrió

deslealmente, faltando a las normas de la buena fe, induciendo en el mercado confusión».

La SAP de Valencia de 8 de noviembre de 1993 destaca: «...cierto es que las similitudes... son de tal entidad que permiten llegar razonablemente a la conclusión de que cualquier usuario de los productos fabricados por la demandante puede creer que tienen la misma procedencia los productos que realmente fabrica el demandado, y ello porque al examinar en su conjunto el envase y etiquetas de estos últimos puede confundirse y asociarlos como identificadores de los productos fabricados por la demandante. Teniendo en cuenta lo anterior y que el demandado pudo fácilmente escoger otros elementos identificadores de sus productos sin necesidad de limitar los de la actora, es procedente calificar como competencia desleal esos actos del demandado, porque son capaces de crear confusión con los productos de la demandante, con la que compete en un mismo ámbito económico».

La SAP de Madrid de 8 de mayo de 1996 considera: «...los actos de confusión derivan de la denominación misma que utilizó la demandada, pues además de emplear el elemento esencial definidor de la marca («K»), empleó término también de la misma significación, como es el de «A...». Y continúa posteriormente: «Hubo, pues, un acto de palmaria confusión, que encierra una acción u omisión negligente por parte de la demandada, que ya sabía que la marca «K.C.» estaba plenamente reconocida, quebrantando el derecho de los consumidores... al igual que el que corresponde al titular de la marca inscrita, pues es obvio que la conducta de la demandada, por resultar objetivamente contraria a las exigencias de la buena fe, es desleal, con las consecuencias de todo orden que ello comporta».

La SAP de Barcelona de 29 de diciembre de 1995 considera: «Resulta más verosímil pensar que hubo un propósito deliberado de asemejarse al signo distintivo característico de la actora y que venía siendo de amplio uso y difusión en el mercado internacional y en fase creciente en nuestro país.

Es evidente que el hecho de que los productos de las competidoras, de la misma clase a estos efectos, no sean idénticos en su composición y manufactura, no basta para impedir la calificación de la denunciada

actuación de la demandada como desleal, en cuanto que, pese a ello, es apta para generar confusión, porque, como señala el señor Juez, con palabras que hacemos de nuevo nuestras "con la presentación del etiquetado de las prendas, y dejando aparte cuestiones nada significativas desde el punto de vista de percepción de consumidor, tales como pespunte, los botones, las chapitas, etc, en las que la demandada pone excesivo e interesado énfasis, lo cierto es que, dada la importancia del efecto visual en el campo de la distinguibilidad de los productos en el mercado y en la motivación de los consumidores y representación que éstos hacen de los productos a través de sus signos distintivos, con la considerable tendencia a la simplificación, resulta innegable que existe un considerable riesgo de confusión para el consumidor que busque una prenda "P" y se tope en la tienda con "P.P.".

La SAP de Barcelona de 27 de enero de 1995 destaca en su fundamento sexto: "Finalmente es de señalar que la entidad demandada, y pese a la existencia de dos resoluciones en su contra, ha seguido utilizando las siglas UAP e incluso ha solicitado la inscripción durante el intervalo temporal, de la marca internacional mencionada, lo cual evidencia una clara y palmaria mala fe con la única finalidad de obtener el máximo beneficio de la prestigiosa marca en España desde el año referida, pacífica y notoriamente por éstas en España desde el año 1972, cual se especifica en la sentencia firme del anterior pleito, creando así confusión o asociación en el público consumidor que, según ha quedado perfectamente demostrado en autos, la demandada era conocedora del uso anterior de la marca UAP por las actoras, por lo que al utilizarla ella, intentando además hacerla suya, ha incurrido en un acto de competencia desleal, toda vez que, cual estatuye el artículo 5 de la Ley reguladora de la Competencia Desleal de 10 de enero de 1991, "se reputa desleal todo comportamiento, que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe", como ocurre en el presente caso, amén de que también le es aplicable al mismo el contenido del artículo 6 de la propia Ley, que reza: "se considera desleal todo comportamiento que resulte idéneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos", añadiendo el segundo párrafo del mismo precepto que "el riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de la procedencia de la prestación es suficiente para fundamentar la deslealdad de una práctica". Por ello y en base a tal normativa, no cabe ninguna duda que con la utilización por parte de la demandada Unión y Alianza de Previsión SA, de la denominación UAP perteneciente a las demandantes, ha incurrido en una conducta de competencia desleal y así se declara por este Tribunal".

Atendido todo lo anterior, los elementos que deben concurrir son:

- Riesgo de asociación por parte de los consumidores. Peligro de confundibilidad.
- Sujeto pasivo principal: consumidores, si bien la posible concurrencia de otros actos desleales como la explotación de la reputación ajena, podría ampliar la delimitación subjetiva pasiva.
- Se centra en aquellas actuaciones que tienen por objeto la obtención de beneficios aprovechando el nombre, colores, formas... y en especial cuanto haga a la manera de preservar el producto en el mercado.

3. ACTOS DE ENGAÑO

El art. 7 reza del modo siguiente: "Se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud en el empleo, calidad y cantidad de los productos y, en general, sobre las ventajas realmente ofrecidas". Responde con ello el legislador a la necesidad de veracidad que ya fuera anteriormente proclamada en la Ley General de la Publicidad de 1988 y en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984, normas que han seguido las directrices comunitarias.

Los elementos que deberán darse para que pueda hablarse de la existencia de actos de engaño son los siguientes:

1. Deberá consistir en un fraude a quienes se hallan en el mercado, fraude que puede consistir ya en caracterizarse por contener omisiones que llevan a engaño, o bien por el

852

modo de presentar los productos, que en todo caso refleja una conducta engañosa. En suma, puede afirmarse que será engañosa la conducta que pueda inducir a error a los consumidores o generar falsas expectativas en los destinatarios. Como apunta la S.J.P.I. de Almunia de Doña Godina de 25 de noviembre de 1992, *se trata de difundir o utilizar indicaciones susceptibles de inducir a error sobre las ventajas realmente ofrecidas*; es por ello que se entiende que la demandada, con el empleo de signos tan semejantes a la marca de los actores, está realizando una práctica susceptible de inducir a error sobre los productos que fabrica, deducida la semejanza del análisis comparativo de los signos en oposición, así como de la utilización de otros criterios coadyuvantes.

2. Los cauces a través de los cuales puede ejecutarse el engaño son: a) por la mera presentación de los productos, mediante la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas; b) por la omisión de determinados datos verdaderos¹¹; y c) por cualquier medio que implique engaño o error sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud en el empleo, calidad y cantidad de los productos y, en general, sobre las ventajas que se ofrecen. En este punto debe tenerse presente que las exageraciones no pueden confundirse con el engaño, de manera que a través de estas exageraciones se trata de utilizar expresiones, con un contenido total o parcialmente comprobable, que el público reconozca, sin duda alguna, como tales exageraciones carentes de todo fundamento.

¹¹ Esta posición del legislador español es extremadamente restrictiva, y ello por cuanto, como apunta FERNÁNDEZ-NOVOA, *Estudios de derecho de la publicidad*, Santiago de Compostela, 1989, pp. 273 y ss, una aplicación rigurosa de la misma podría llegar a conducir a calificar como engañosa toda «indicación» que no proceda a enumerar la totalidad de los datos y características que conciernen al correspondiente producto o servicio.

Si bien referida a la LGP existe jurisprudencia significativa del TS en relación con los cauces a través de los cuales puede configurarse la publicidad como engañosa. Así, la S.TS de 22 de mayo de 1996 (RA 647), que se expresa en los siguientes términos: «...se contemplan dos aspectos de la publicidad: uno, referente a la información intrínsecamente considerada, y que comprende no sólo la información que se da a conocer sino, también, su presentación; y otra, que supone una información a medias, debido a la ocultación u omisión de datos del producto o servicio, objeto de la publicidad. Es decir, que la «publicidad engañosa» supone falta de veracidad de las características; en general, de un producto o servicio, bien porque no sea verdad, bien debido a que no se dan a conocer datos fundamentales de dicho producto o servicio».

También en el ámbito de la publicidad, la S.J.P.I número 51 de Madrid de 4 de mayo de 1995 considera un supuesto de engaño por omisión aquel anuncio en el que una entidad bancaria promociona un producto financiero con un rendimiento creciente anual sin mencionar el saldo mínimo necesario para poder acceder a este rendimiento: «Actúa la demandante una acción de cesación de la publicidad del «Depósito de Interés creciente» contra la entidad B.S.A. Basa su demanda en que por esta entidad se publicó en todas sus oficinas abiertas al público, mediante un cartel expuesto en sus ventanillas de cara al exterior, un producto financiero denominado «Depósito de Interés Creciente» en el que con unas letras en grande se expresaba: «Cada año B. le dará más interés por su dinero». En dicho cartel se expresaban unos tipos de interés a aplicar dentro de unos períodos. Esta publicidad que se está exponiendo al exterior de las diferentes sucursales del B. Bank silencia datos fundamentales y esenciales para el comportamiento económico de los consumidores usuarios, porque no se expresa en dicha publicidad que las ventanillas del denominado «Depósito de interés creciente» sólo son aplicables si el depósito se constituye con una cuantía mínima de 1.000.000 ptas, omisión que induce claramente a error de los destinatarios de la publicidad del producto financiero.... La demandada reconoce haber decidido poner en marcha una campaña publicitaria en relación con un nuevo producto financiero que tenía como característica esencial la garantía para el depositante de la obtención de un rendimiento o retribución creciente anual durante la duración del mismo, y al que denominó «Depósito de Interés creciente». La campaña había de constar de diversos medios o elementos de comunicación, con finalidad de promoción del producto, consistentes en anuncios en prensa, folletos explicativos y carteles diversos, entre cuyos elementos inicialmente se contaba un tipo de cartel para publicidad *in situ*, es decir, en las oficinas de la

demandada, de las características materiales indicadas en la demanda... Sentado lo anterior, resulta que de los diversos elementos integrantes de la campaña publicitaria cuestionada uno solo de ellos, el cartel, incurre en una omisión potencialmente constitutiva de publicidad engañosa. En dicho cartel no se menciona el hecho relevante de la necesidad de una cantidad mínima que debe invertirse en el depósito para que la entidad lo remunere con los intereses que expresa en su publicidad... Por ello ha de calificarse de engañoso el elemento publicitario, pero no el resto de los elementos publicitarios integrantes de la campaña de publicidad...".

Un ejemplo lo hallamos en la resolución del TDC de 17 de enero de 1995 (AC 200), cuando considera: "...si podría constituir un caso de competencia desleal del art. 7 si la oferta de los cursos se dirige a la misma clientela del denunciante, si los cursos son similares y si los precios que realmente practica el Ayuntamiento son predatorios, de modo que perjudican a los competidores e incluso podrían llevar, como también afirma el anunciante, a la indebida eliminación de algunos de ellos".

4. OBSEQUIOS, PRIMAS Y SUPUESTOS ANÁLOGOS

El art. 8 de la LCD establece otro tipo de deslealtad, derivada de la obligación de contratar una determinada prestación, de manera que se obtiene obsequio, prima o ventaja en el caso de que se contrate la prestación principal. Si bien la inducción al consumidor a efectuar la correspondiente contratación, debe reputarse desleal, se hace necesario que concurren alguno de los siguientes supuestos:

1. El acto de competencia desleal se producirá en aquellos supuestos en que la compra o la contratación principal se efectúa porque se induce o puede inducirse al consumidor a error acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento.
2. La actuación será de competencia desleal cuando la inducción a la adquisición del producto principal se produce como consecuencia de la dificultad grave de apreciar el valor efectivo de la oferta o su comparación con ofertas alternativas.
3. Para que alguna de las anteriores conductas pueda efectivamente considerarse desleal, el legislador establece un límite cuantitativo, dado que el art. 8.2º *in fine* determina que «estas últimas circunstancias se presumirán verificadas cuando el coste efectivo de la ventaja exceda del quince por ciento del precio de la prestación principal».

3. Estos actos de engaño afectan directamente a los consumidores, por ser los destinatarios en el mercado, pero también puede afirmarse que los actos de engaño van a tener repercusión en los empresarios de la competencia, quienes pueden llegar a sufrir el potencial perjuicio derivado del engaño que conlleva la actividad concurrencial.
4. Para determinar el engaño en las actuaciones concurrenciales se deberán tener en cuenta todos sus elementos pero principalmente, como señala el art. 7, la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud en el empleo, calidad y cantidad de los productos; y, en general, sobre las ventajas realmente ofrecidas.

En algunas ocasiones el carácter engañoso de estas actuaciones concurrenciales se expone de manera evidente, sin género alguno de duda, sobre todo en aquellos supuestos en que se está introduciendo en el mercado y difundiendo una serie de conceptos que no se corresponden con la realidad, que van más allá de la mera exageración y que suponen una transmisión de conocimientos al consumidor. Pero en otros casos, la evidencia en el engaño no es tan palpable, debiendo efectuar un examen exhaustivo de la conducta, sin que por ello y a estos efectos puedan establecerse reglas de actuación aplicables con carácter general para todos los actos concurrenciales sino que su delimitación o no como engañosos responderán caso a caso y según las circunstancias concurrentes al efecto.

OK

desleal del art. 7, ésto es, los que utilizan cualquier práctica para inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza. Este art. 8 es, pues, un subtipo de los actos de engaño que incitan al consumo, si bien utilizando técnicas que encubren las ventajas realmente ofrecidas. Quizás el dato esencial en este subtipo del art. 8 de la LCD es el de la presunción de veracidad de que estos obsequios, primas o ventajas suponen un engaño que condiciona el comportamiento de los consumidores en el mercado, cual es el límite cuantitativo derivado de que el coste efectivo de la ventaja suponga un exceso del quince por ciento del precio de la prestación principal.

La SAP de Valencia de 18 de julio de 1997 (RA 1448) considera: «Hay que declarar la ilicitud de la campaña publicitaria referida con una serie de ventajas apreciables a primera vista para cualquier consumidor, que respeta sólo formalmente el precio fijo del libro, con los descuentos oficiales, pero que ofrece unas ventajas adicionales en la adquisición de otros productos diferentes del propio establecimiento (mediante el «regalo de puntos canjeables»); ventajas que sólo se obtendrán comprando los libros de texto en la citada mercantil demandada, y no adquiriéndolos en cualquier librería, por todo lo cual, se está de hecho atentando contra el mismo espíritu de la LCD e, indirectamente, ofreciendo un descuento superior al 5% estipulado, que, si bien «encubierta», viene a suponer una auténtica venta inferior al precio fijo del libro la Ley 9/1975, de 12 mayo RD 489/1990, de 30 de marzo, que es la que establece, al fin y a la postre, esos límites en el precio final».

5. ACTOS DE DENIGRACIÓN

El art. 9 considera como desleal la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes. Y continúa el precepto apuntando que no se estiman pertinentes las manifestaciones que tengan por objeto la nacionalidad, las creencias o ideología, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado.

La SAP de Murcia de 14 de octubre de 1996 (RA 2070) destaca: «La representación de la apelante, Asociación de librerías de Cartagena y su Comarca, solicita la revocación de la sentencia recurrida y que se dicte otra acorde con el suplico de la demanda, alegando que el artículo 8 de la ley de Competencia desleal establece que la entrega de obsequios con fines publicitarios y prácticas comerciales análogas se reputan desleales cuando por las circunstancias en que se realicen pongan al consumidor en el compromiso de contratar la prestación principal. Disponiendo el párrafo segundo del referido artículo que la oferta de cualquier clase de ventaja o prima para el caso de que se contrate la prestación principal se reputa desleal cuando induzca o pueda inducir al consumidor a error acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento, o cuando le dificulte gravemente la apreciación del valor efectivo de la oferta o su comparación con ofertas alternativas. Presumiéndose venta cada una de estas últimas circunstancias cuando el coste efectivo de ventaja excede del 15 por 100 de la prestación principal». Y continúa...: «el premio adicional en puntos canjeables por otros productos que se vendían en el mismo hipermercado, por importe del veinticinco por ciento del valor de los libros de texto adquiridos, debe considerarse desleal de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley de Competencia Desleal»¹².

4. Por último, también es posible tipificar como desleal, al amparo de estos supuestos que se desarrollan desde el art. 8 de la LCD, la posible subordinación de la conclusión de un contrato a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guarden relación con el objeto de tal contrato, cuando concorra alguna de las circunstancias que hemos descrito en los apartados anteriores (art. 8.3° de la LCD).

Resulta significativo observar la interrelación de este art. 8 con los actos de engaño, dado que la inducción al consumo mediante la utilización de estos obsequios, primas y otra ventajas análogas podría subsumirse en los actos de competencia

¹² Si bien en este caso se argumenta desde el artículo 8 de la Ley de Competencia Desleal, la jurisprudencia es rica y abundante en relación con supuestos similares, argumentándose la deslealtad por vía de la violación de normas.

43

Para poder tipificar esta conducta como denigrante se hace necesaria la concurrencia conjunta de los siguientes elementos:

1. El acto desarrollado en el marco concurrencial debe consistir en una realización o una difusión de manifestaciones del sujeto agente, si bien no toda manifestación verdadera puede ser tildada de desleal, sino las que se efectúen en el marco concurrencial e impliquen el mantenimiento de los elementos que se configuran a continuación. Por ejemplo, no constituye un acto de competencia desleal por denigración la difusión de una nota en la que se advierte a los consumidores que la turbidez sólo es característica descalificadora de un vino, y que el auténtico vino de Ribeiro tiene las características de transparencia, ligereza y suavidad.

La SAP de A Coruña de 18 de abril de 1995 destaca: «La competencia desleal que reprocha a los demandados consiste, sustancialmente, según el actor y ahora apelante, en lo que él considera una campaña publicitaria en prensa y televisión, a través de la cual los demandados, con manifiesta intención de crear confusión y desprestigiar al vino «blanco turbio» que se elaboraba en las bodegas del actor y que se comercializaba a su nombre, previo registro en el de la Propiedad Industrial de la marca CG, que figuraba en la etiqueta de las botellas bajo una cédula dorada sobre la bandera gallega... La parte demandada se opuso a la demanda alegando, sustancialmente, que la actividad denunciada por el demandante se limitó en todo momento a la defensa e información de los consumidores y de la denominación de origen «Ribeiro», en uso de las competencias legalmente atribuidas, previstas en la Ley 25/1970, de 2 de diciembre, y su Reglamento de 23 de marzo de 1972, en relación con la Ley 12/1984, de 28 de diciembre, que aprobó el Estatuto Gallego del Consumidor y Usuario... Si se examina detenidamente la publicidad patrocinada por la parte demandada, al poner de manifiesto que «la turbidez es característica descalificadora de un vino», no hace más que difundir lo que es pensamiento común de las gentes, público y notorio en Galicia, cuya desaparición de la turbidez del vino se ha logrado, precisamente, con el control de calidad que las diversas denominaciones de origen han propugnado (Valdeorras, Ribeiro, Albariño, etc) para evitar la confusión que, una presentación no cuidadosa en las formas pudiera llevar a engaño de los consumidores y del público en general, ante la omisión de que tal «vino turbio» pudiera estar amparado por una

además de las competencias que el Consejo regulador demandado tiene, de acuerdo con las referidas normas reguladoras de su actividad, Ley de 1970 y Reglamento de 1972, así como la gallega de 1984». Y continúa finalmente la Sentencia: «Si la etiqueta donde figura la denominación «vino turbio»... era correcta y le producía grandes beneficios (que tampoco prueba), de ello no puede culparse a la demandada, ya que si tal denominación estuviera amparada por los organismos públicos correspondientes (empezando por el propio Registro) debió haberlo probado, y de modo especial y concreto, la perfecta calidad del producto de la parte demandada. No se olvide, en este punto, el carácter totalmente descalificador que da el diccionario a la palabra «turbio»: «mezclado», «alterado», «quitar transparencia», «revuelto», «dudoso», «turbulento», «azaroso», «confuso», «poco claro»; todo lo cual abunda para justificar de por sí la intervención reprochada en la demanda».

2. La denigración recae no sobre la persona del actor, como si puede suceder en el supuesto del art. 6, a) de la LGP, en cuanto es posible de forma directa o indirecta la provocación del des crédito, denigración o menosprecio de una persona lo que posibilita esa denigración, dado que ésta puede restringirse más el objeto de denigración, dado que ésta puede versar bien sobre la actividad que desempeña el actor, bien las prestaciones que se ofrecen por el mismo, o bien el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero.
3. La finalidad de esta actividad es desvalorizar al competidor, suprimirle o cuanto menos amornarle en el mercado, y ello se pretende alcanzar mediante el traslado al consumidor del mensaje de poca credibilidad respecto de las actividades desempeñadas por el actor, las prestaciones realizadas por el mismo o respecto del establecimiento o relaciones mercantiles de un tercero. La finalidad pretendida es, pues, según el tenor literal de la Ley, menoscabar su crédito en el mercado. Y los medios serán todos aquellos que tienden a restar credibilidad al contrario, que pueden ir desde el montaje de una campaña publicitaria denigratoria, pasando por afirmaciones verdaderas públicamente en medios de comunicación, hasta, por medio de

27

sujetos receptores de estos mensajes, es decir, entre los consumidores o entre los contratantes con aquéllos, que podrían ser suministradores, distribuidores, vendedores, a los que llega un mensaje de menoscabo de objetos o materiales fabricados por el actor.

La STS de 30 mayo de 1992 disponía: «V.S.A fue, como empresa fabricante de productos ofertados al consumo público, la que efectivamente promovió, autorizó y auspició, facilitando todos los medios precisos para la entrevista publicitaria de referencia, y de la que resultaría beneficiaria por las lógicas consecuencias de la misma, dado el impacto directo y en todo caso generante de dudas sobre la calidad del producto de «Construcciones A.A.SL» que debió causar entre sus clientes habituales y los posibles, como lo acreditan las cartas y denuncias que se aportaron con la demanda y pruebas corroboratorias correspondientes.

La responsabilidad de la sociedad recurrida viene derivada del riesgo que creó con la campaña de publicidad a sus mercaderías en forma competitiva desleal para los de la empresa recurrente, provocando confusión, suspicacia y recelos, con los efectos consiguientes de minoración o al menos de retención en las ventas y sobre todo lesivos para la imagen del fabricante concreto, responsable y concurrente al mercado con elementos que presenta perfectamente aptos para sus destinos específicos. (...)

Lo estudiado conduce a la conclusión de que, concurriendo la responsabilidad directa de V.S.A, por el riesgo que creó al facilitar una publicidad difamadora y descontrolada, dotada de previsibilidad en cuanto al daño procedente de la misma, al obligarse no sólo por los actos propios sino también por las de aquellas personas de las que se debe responder... lo que presupone la adopción desde el principio de las garantías y medios precisos y eficaces para prevenir y eludir situaciones como las que son objeto del pleito y que bien pudieron evitarse si la sociedad recurrida no hubiera promovido la entrevista, conectando con el entrevistado todos los medios de su dependencia, o, en su caso, hubiera practicado todos los medios a su alcance para que no se publicase, lo que no cumplió, pues permitió y consintió su acceso al conocimiento público, con las consecuencias negativas que produjo para el crédito y economía del litigante recurrente. Las motivaciones y el recurso han de estimarse y la sentencia de apelación se ha de censurar como nula...».

La SAP de Barcelona de 19 de abril de 1995 destaca en el fundamento jurídico cuarto: «La señora juez de primera instancia, a la vista del

contenido del folleto en cuestión, declara la naturaleza denigrativa del mismo, conclusión cabalmente correcta, ya que las referencias a la apropiación de los «títulos ajenos a la hora de hacer negocio» o al robo «de artistas con falsas promesas», o a «dejar deudas a diestro y siniestro, a coordinadores que no cobran y artistas cuya obra inventada no les es devuelta», evidencian *ex re ipsa*, que el texto se redactó y difundió con el fin de abatir la posición de una empresa concurrente, buscando con ello el desprestigio de la misma ante el público consumidor y ante los artistas suministradores».

4. Por último existe un dato esencial en la configuración de la deslealtad en la concurrencia, cual es que la consideración de «desleal» tan sólo se mantiene si las afirmaciones que se difunden y se vierten no son exactas, verdaderas y pertinentes, lo que significa que no será desleal si se trata de desvalorizar al contrario con afirmaciones ciertas, aplicándose con ello la máxima de la *exceptio veritatis*.

La SAP de Barcelona de 3 de septiembre de 1996 plantea un supuesto de publicidad denigratoria, argumentándose: «La demandante afirmó en la contestación de la demanda la imposibilidad de aplicar a la publicidad denigratoria la *exceptio veritatis* pues, a diferencia de lo que dispone el art. 9 de la L. 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, que excepciona de la deslealtad la difusión de manifestaciones aptas para menoscabar el crédito en el mercado cuanto éstas fuesen «exactas, verdaderas y pertinentes», el supuesto previsto en el art. 6 de la L. 34/1988, de 11 de noviembre, General de la Publicidad, no consiente tal excepción».

Resulta significativo tener en cuenta que estos actos de denigración en ocasiones suponen también actos de comparación, tendentes a mostrar las bondades de determinados productos, actividades o servicios en detrimento de los del contrario; y pueden también conllevar la coexistencia de una deslealtad como consecuencia del engaño, lo que no es otra cosa que utilizar o difundir indicaciones incorrectas o falsas que pueden denigrar o menoscabar al contrario. En todos ellos existe un nexo común, cual es el intento de rebajar, aminorar al actor con el fin de obtener un beneficio el sujeto agente, y siempre que lo

que se difunde, comunica, transmite o manifiesta no es verdad, ni pertinente ni exacto.

6. ACTOS DE COMPARACIÓN

Se considera desleal, según el art. 10 de la LCD, la comparación pública de la actividad, las prestaciones o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero cuando aquélla se refiera a extremos que no sean análogos, relevantes ni comprobables. Y asimismo se reputa desleal la comparación que contraenga lo establecido por los artículos 7 y 9 en materia de prácticas engañosas y denigrantes.

En los últimos tiempos se ha potenciado la comparación como instrumento de transparencia en el mercado comercial y empresarial, permitiéndose con ella una más libre elección por parte del usuario y del consumidor de los servicios y productos que considere más apropiados. Sin embargo existe aún en la mayoría de los sistemas europeos un cierto recelo a su utilización como mecanismo de competición lícita por parte de los mismos empresarios. Impulso importante en esta materia se produjo en el ámbito comunitario, con la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, en la que su considerando sexto apuntaba que tras la armonización de las disposiciones nacionales, en materia de protección contra la publicidad engañosa es conveniente «en una segunda fase, ocuparse... de la publicidad comparativa, sobre la base de propuestas apropiadas de la Comisión». Tras un largo período que comenzó con la Primera Propuesta de Directiva del Consejo sobre publicidad comparativa de 28 de mayo de 1991, a la que sucedieron nuevos textos —textos de 21 de abril de 1994, de 19 de marzo de 1996 y de 13 de diciembre de 1996—, se ha llegado al final a fecha seis de octubre de 1997, en la que el Consejo y el Parlamento europeos han aprobado la Directiva 97/55/CEE, por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa. Esta nueva

Directiva incluye el concepto de publicidad comparativa en su art. 2 bis, cuando la considera como «toda publicidad que aluda explícita o implícitamente a un competidor o a todos los bienes o servicios ofrecidos por un competidor».¹³

Lo expuesto es la evidencia de que la comparación, como técnica concurrencial debería potenciarse a los efectos de obtener mayores beneficios para el tráfico y, en general, para los consumidores, y tal es así que en el marco de la tutela a los consumidores la Unión Europea ha desarrollado una serie de pautas de comportamiento publicitario, delimitando su permisibilidad y los límites o restricciones a la misma, que, si bien acotados fundamentalmente en el sector publicitario, no debe olvidarse que éste va a ser vehículo de difusión y conexión en el mundo concurrencial, y mecanismo idóneo para realizar en el mundo concurrencial, lo que significa, por tanto, exponentes de actuaciones desleales.

En los Estados Unidos de América es común y usual la utilización de la comparación, produciéndose extralimitaciones de algunos adjetivos o medios que puedan utilizarse para la realización de la comparación, de modo que, en el marco de la publicidad, la legislación permite el uso abierto de la publicidad comparativa siempre que ésta sea honrada, verdadera y no engañosa al consumidor, si bien el amplio margen que se otorga a esta modalidad publicitaria y los extensos límites entre los que puede oscilar, provoca conflictos en ciertas ocasiones. Así, puede decirse que hasta 1971 el uso de la publicidad comparativa no encontraba mucho eco entre las agencias de publicidad norteamericanas, sin embargo la *Federal Trade Commission (FTC)* aprobó y alentó la utilización de este tipo de publicidad

¹³ Sobre la publicidad comparativa puede verse mi trabajo *Tutela civil y penal de la publicidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999; y TATÓ PLAZA, A., *Breves notas en torno a la Directiva Comunitaria sobre la Publicidad Comparativa y su incidencia en el derecho español*, Revista de Autocontrol de la Publicidad enero 1998, págs. 10-17.

HT

rias en el marco de la tutela y protección de los consumidores está condicionando las actuaciones en el mercado y con ello se está potenciando en los sistemas europeos la utilización de las técnicas comparativas, si bien el elemento que dificulta su expansión viene siendo la complejidad de la prueba.

Si se asume que la comparación es instrumento que sirve a los fines de protección del consumidor, potenciada desde las instancias comunitarias y acogida por algunas legislaciones, deben configurarse los elementos para que la comparación en el mercado pueda ser tildada de desleal.

1º) La acción consiste en la comparación, y para que exista tal comparación es necesario que concurren *dos elementos implícitos en la comparación*: versará sobre los que es propio o ajeno con lo de un tercero. Esos dos elementos deben quedar fácilmente identificables por los destinatarios como objetos de la comparación.

2º) El objeto de la comparación recae sobre *actividad, prestaciones o establecimiento*, ésto es, sobre la función, el resultado o los medios empleados para la consecución de aquéllos.

3º) Esa comparación debe ser *pública*. El vehículo de realización de la citada comparación debe canalizarse a través de cualquiera de los medios de difusión, propaganda, publicidad, que lleve a expandir de manera general el mensaje que conlleva la citada comparación. La razón de la exigencia de esta publicidad deriva de los efectos pretendidos por la misma; tal es así que lo que se pretende con esta conducta desleal es dirigir al público, consumidores o usuarios, a la realización de determinadas conductas en el mercado, de modo que la comparación condicione la actuación de los consumidores en el mismo.

4º) El elemento que condiciona todos los demás responde al dato de que la misma debe referirse a *extremos que nos sean análogos, relevantes ni comprobables*. Así:

- La analogía viene a configurar la necesidad de que exista si no una identidad, sí al menos una similitud de los objetos, servicios o materias que son objeto de compara-

por considerar que cuando sea verdadera y no engañosa, es una fuente importante de información para los consumidores, les ayuda a adoptar decisiones racionales respecto de la compra de determinados productos y, también, alienta la mejora e innovación de los productos, pudiendo hacer bajar los precios; de este modo, la FTC considera engañoso «cuando contiene una representación, acción u omisión que posiblemente pueda engañar a los consumidores medios y si la representación, acción u omisión influye en la elección del consumidor»¹⁴.

Frente a esta situación de permisibilidad, en los países de la Unión Europea ha existido una resistencia general a utilizar la técnica comparativa en el mundo empresarial. En la República Federal de Alemania, por poner un ejemplo, se acepta, si bien determinándose la necesidad de que se expongan las ventajas e inconvenientes de los productos, servicios o elementos en general que sean sometidos a esta mecánica de comparación¹⁵. Los impulsos llevados a cabo desde las disposiciones comunita-

¹⁴ Así, frente a una publicidad comparativa que excede de los límites amplios apuntados, es admisible entablar una demanda contra el competidor por actuación comparativa, con base en la sección 43(a) del Lanham Trademark Act, que es la ley más importante sobre la publicidad falsa en los Estados Unidos, que exige la demostración de la falsedad o engaño de la publicidad, en cuanto se trata de afirmaciones que deberán haber engañado o tener la capacidad de engañar a un porcentaje amplio del público, de manera tal que influyen de forma determinante en la decisión de compra y perjudican seriamente al competidor. Los daños que se causen deberán demostrarse claramente si el producto o nombre del demandante no se especifica claramente y si existe falsedad o engaño. Entre los posibles medios de ataque contra este tipo de publicidad la legislación americana establece la cesación, con el fin de evitar la difusión del anuncio en el mercado, evitando que el demandante sufra más daños; y junto con la cesación se establecen también otros posibles remedios, como los daños y perjuicios, la publicidad correctora y las indemnizaciones. Además de BAUMBACH/HEFERMEHL, *Weißbewerbsrecht*, 19 ed., Beck, München, 1996, puede verse ACKERMANN, B., *Weißbewerbsrecht (Unter Berücksichtigung europarechtlicher Bezüge)*, Springer, Heidelberg, 1997, en especial de esta autora puede leerse en este punto las pp. 167 y 168.

15

ción, lo que significa que no es posible comparar lo que analógicamente es dispar.

- Por su parte, la necesidad de que se trate de relevantes los puntos de comparación es relativo, si bien lo que se pretende es que no se trate de comparar elementos de la prestación, del objeto o de la materia que sean inocuos o ingenuos, sino que deben aportar un dato que, trascendiendo al consumidor, puede tenderles hacia su no consumo, o por el contrario hacia la opción contraria.

La SAP de Madrid de 8 de marzo de 1993 destacaba que en ocasiones la comparación es absolutamente ingenua e inocua, que "no tendría entidad suficiente para destacar vicios o efectos de la marca comparada respecto de la anunciada, configurando más bien una exageración publicitaria mediante la amplificación casi absurda de los efectos de un cambio de bebida refrescante... constituye lo que la doctrina denomina un caso de *publicidad desleal*, en el que un famoso cantante manifiesta su preferencia por una marca concreta frente al resto de los existentes en el mercado, pero sin realizar una comparación, confrontación o equiparación real y efectiva con ninguna otra marca".

- Y, finalmente, debe destacarse el valor de comprobable exigido por el legislador, que obedece al dato de su posible prueba. Lo que se pretende bajo este requisito no es otra cosa que lo que se difunde o manifiesta sea verdadero, dado que si se comprueba la veracidad y objetividad de los datos que se alegan como instrumentos fácticos de la comparación, ésta no puede reputarse desleal.
- No se dice expresamente que la deslealdad de la comparación se produce cuando son inexactos o no verdaderos los datos que se aportan o utilizan a los efectos de beneficiar se de esta actuación, bien denigrando al contrario o bien engañando, si bien existe una conexión con estos preceptos derivada del art. 10, 2º de la LCD. En consecuencia cuando la comparación se efectúe mediante prácticas engañosas y denigrantes, en la que se vierten manifestaciones incorrectas o falsas, se omiten las verdaderas, o se

difunde cualquier dato que pueda ser apto para menoscular su crédito en el mercado¹⁵, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes, se produce una actuación desleal. Todo ello implica que cuando se efectúan comparaciones de cuestiones objetivas o veraces, que pueden ser objeto de prueba por las partes, no se incurrirá en deslealdad. Es por ello que en ocasiones la unidad de acto puede ser titulada de desleal porque comparando puede engañarse a los consumidores o usuarios o puede denigrarse al competidor. No debe olvidarse que la comparación cuando es exagerada no tiene porque ser significativa de denigración, en cuanto para que de la comparación se derivase esa configuración debería producirse descrédito, menosprecio del contrario, si bien la exageración no malévolamente provoca perjuicio.

La STS de 24 de febrero de 1997 (RA 1195) consideraba que no es denigrante afirmar que un refresco "no produce excitación o marcha" como se dice en lenguaje vulgar al uso". Y continúa esta Sentencia: "La publicidad, además, no es comparativa, porque no identifica la marca ni la competencia, ni explicita ni implícitamente, porque ni la nombra ni puede darse por aludida la actora cuyos consumidores conocen perfectamente los efectos que produce su ingestión.

Sólo desconociendo el sentir de la juventud a la que va dirigida la canción, se suele dudar de la conclusión obtenida por la Audiencia, que

¹⁵ Si bien es cierto que en toda comparación puede subyacer una cierta tendencia hacia la consideración de las bondades de uno y las carencias del otro, lo que significa tanto como demostrar al contrario, sin embargo esa posibilidad de cierto desprecio es viable siempre y cuando no se trate de un descrédito o una denigración innecesaria. Así, TATO PLAZA, *Breves notas...* cit., p. 25, considera que la denigración será innecesaria cuando, al hilo de una comparación de productos o servicios, se haga también alusión a circunstancias estrictamente personales del competidor afectado que no guardan relación alguna con los productos o servicios comparados, y, en segundo término, cuando se utilicen expresiones que, a pesar de estar referidas a los productos o servicios, puedan ser consideradas como excesivas, extremadamente agresivas o innecesariamente ofensivas".

27

califica a la canción como publicidad exagerada», y en modo alguno denigrante. Y tal calificación no puede ser desvirtuada con los extensos pero subjetivos razonamientos del motivo. Dicha conclusión tiene carácter fáctico y en la formación del juicio de la Audiencia, que en definitiva es un juicio de valor, no se aprecia nada de ilógico, absurdo, arbitrario ni contrario a la ley, hablar de denigración, descrédito o menosprecio es exageración superior a la que puede observarse en el anuncio, puesto que la exageración carece del más leve asomo de intención malévolá, y a buen seguro que no ha provocado perjuicio alguno, que ni siquiera se ha intentado probar»

Los problemas en la práctica se pueden plantear cuando existe un mercado casi monopolizado por una marca, de modo que cualquier difusión o publicidad de un producto perteneciente a otra marca distinta podría pretenderse por la empresa monopolística como comparación desleal. En este y otros sectores no debe olvidarse que la comparación no sólo no está prohibida sino que debería ser un instrumento utilizado más asiduamente para beneficio de los consumidores, en cuanto supone transparencia comercial y empresarial, permitiendo una más libre elección por parte del consumidor o el usuario de los servicios y productos que considere más apropiados.

7. ACTOS DE IMITACIÓN

El art. 11 de la LCD reza del modo siguiente:

- «1. La imitación de prestaciones e iniciativas empresariales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por un derecho de exclusividad reconocido por la Ley.
2. No obstante, la imitación de prestaciones de un tercero se reputará desleal cuando resulte idónea para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno.

La inevitabilidad de los indicados riesgos de asociación o de aprovechamiento de la reputación ajena excluye la deslealtad de la práctica.

3. Asimismo, tendrá la consideración de desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales de un competidor cuando dicha estrategia se halle directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según las circunstancias, pueda reputarse una respuesta natural del mercado».

Para que los actos de imitación puedan ser tildados de desleales se necesita que concurren los siguientes elementos:

1º) El acto consiste en «ejecutar una cosa a ejemplo o semejanza de otra» (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española), si bien no todo acto de imitación se considera como desleal sino que deberá versar, en primer lugar, sobre productos, bienes o servicios que estén amparados por un derecho de exclusividad reconocido por la Ley.

La SAP de Toledo de 4 de abril de 1992 considera: «para apreciar... la imitación no se requiere, desde luego, una copia fidedigna, total y absoluta del producto o de la prestación empresarial ajena, sino que basta con que el producto demandado, comparado y examinado, en su conjunto con el actor, presente tal grado de semejanzas con él que pueda concluirse razonablemente la existencia de una imitación que haga difícil al consumidor medio, con la diligencia propia del momento y lugar en que habitualmente se realizan las compras de este tipo de productos, la distinción entre ambos productos, o entre el distinto origen empresarial de los mismos».

La SAP de Zaragoza de 1 de diciembre de 1997 (RA 2303) destaca en el fundamento decimotercero: «Los actos de imitación (artículo 11) han de ser estudiados bajo dos perspectivas. Fáctica: no realizan los demandados actos de imitación, cuando son ellos los propietarios del «prototipo» inicial y de la prioritaria solicitud de patente de invención. Jurídica: la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1997 al estudiar el artículo 11 de la Ley de Competencia Desleal, procede a un análisis comparativo de marcas y logotipos siguiendo no sólo un criterio

individualizado de estructuras, sino también, acudiendo, al «canon de la totalidad, visión de conjunto o sintética». Dicha resolución llega a la conclusión de que las «aliquetas transparentes pegadas a los envases de uno y otros champús son de uso común, no sólo en estos productos, sino también en los envases de muchos otros». Consecuentemente, dice, no procede la erradicación de esa conducta en «una economía de mercado, en bien de las propias empresas concurrentes y del consumidor como parte más débil en el tráfico mercantil...», sino que se trata de similitudes (que) pueden reputarse una respuesta natural del mercado, con inevitabilidad de los riesgos de asociación (artículo 11.2, párrafo 2º).

2º) Y, en segundo lugar, aún cuando no se trate de imitar productos, bienes o servicios que se hallen amparados por un derecho de exclusiva reconocido por la Ley, se considera como desleal los actos de imitación de prestaciones de un tercero cuando a través de los mismos se confunda al consumidor y con ello se beneficie al imitador.

La SAP de Valladolid de 26 de mayo de 1997 (RA 1047) delimita: «... se ha producido una apropiación no sólo de la idea genérica de la promoción, sino de forma muy concreta del esfuerzo ajeno, pues como ha quedado acreditado tanto el diseño de la propaganda como el montaje de la misma, los contados con las empresas y todas las demás actividades han sido llevadas a cabo por la entidad demandante y a su cargo (prueba testifical). Este esfuerzo empresarial ha sido apropiado por los demandados que se ha limitado, casi en su totalidad, en muchos casos mediante meras fotocopias, a la reproducción de la documentación de la demanda, refiriéndose, incluso, a promociones con terceros efectuadas por ésta».

Dicha precepto está estableciendo en el apartado segundo dos tipo distintos de deslealtad.

a) El término «asociación» supone el empleo de un término más amplio que el de confusión del art. 6, de modo que basta con una imitación en sentido más genérico y con ello motivo suficiente en las exigencias. Este riesgo de asociación presupone de la precedencia empresarial es lo que la doctrina venía denominando como «imitación servil», si bien durante la formulación parlamentaria se prefirió

abandonar esta denominación (SAP de Madrid de 13 de diciembre de 1994). Debe tenerse presente que «por encima de las semejanzas y diferencias entre los productos, debe recordarse el principio de libre imitabilidad de las prestaciones y atender al elemento decisivo en el tipo desleal a examen: la aptitud para generar asociación por parte de los consumidores respecto del origen empresarial, sin la cual... la imitación no se considera desleal en este concreto tipo legal» (SAP de Barcelona de 25 de marzo de 1998 (RA 567)).

La citada SAP de Barcelona de 25 de marzo de 1998 continúa destacando, en su fundamento jurídico décimo: «Para la apreciación de dicha aptitud confusoria —que incluye, como la Ley establece, el riesgo de asociación— deben considerarse determinados parámetros: 1. Atención a la naturaleza de los productos de autos, en el juicio de confusibilidad debe estar a la generalidad de los consumidores; no a un círculo restringido de especialistas y dentro de aquel ámbito debe atenderse a la apreciación de una persona media —ni la extremadamente cuidadosa, ni la muy desatenta—; 2. La Ley no requiere que la confusión haya tenido efectivamente lugar, sino solamente la existencia de un peligro abstracto, una aptitud o potencialidad confusoria; 3. La inevitabilidad de determinados elementos comunes impuestos por la naturaleza del producto y por el diseño y la moda actuales en el sector, como resulta de la documentación en las actuaciones relativa a productos de terceras empresas de la misma sector. Partiendo de lo anterior se concluye que el producto de la demandada: no genera riesgo de confusión sobre el origen de los productos de uno y otro litigante. Siguiendo la distinción tomada de la doctrina y la jurisprudencia alemanas, no se aprecia riesgo de confusión en sentido estricto —errónea creencia de que las prestaciones proceden de la misma empresa—, ni de confusión en sentido amplio —suposición equivocada de que el producto procede de empresas que, si bien son diferentes pertenecen a una misma estructura u organización global—. Los elementos que, decididamente, determinan la exclusión del riesgo de asociación en el caso de autos son: 1) la indicación en la empuñadura del producto de la demandada: del nombre Picaros, en caracteres muy visibles, distintos en forma y en color de la marca Jané que consta en la empuñadura de los cochecitos de la actora; 2) la indicación en una de las barras laterales del producto de la demandada —aportado a los autos por la actora para la comparación—, del nombre Blanco, frente a la indicación Conecta en la barra del cochecito Jané».

84

La SAP de Sevilla de 28 de enero de 1998 (RA 290) destaca: "...no existe ánimo de competir deslealmente por el hecho de que ambas ferias contengan en su denominación un logotipo con la esfera terráquea, pues con independencia de que ello responda al fin o motivo de dichas ferias, ambos logotipos presentan claras y evidentes diferencias (de tamaño, de dibujo, de colorido, de situación en relación con las palabras 'Ecolog y Ecomed, etc...') que hacen realmente difícil una posible confusión, teniendo en cuenta que la imitación ha de referirse no sólo a signos o datos aislados sino a todo un conjunto, que en el caso de autos no presenta indicios de que pueda generar la asociación por parte de los consumidores, ni de que resulte idóneo para crear confusión, ya que, en definitiva «puestas de relieve semejanzas y diferencias, queda por examinar el canon de la totalidad, visión de conjunto o sintética, de suma importancia por cuanto es el que ha de revelar si hay imitación idónea para generar asociación por parte de los consumidores respecto de la procedencia de la prestación» (STS de 5 de junio de 1997)".

b) Se habla de que la imitación comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o esfuerzo ajeno, lo que nos obligará a relacionarlo con lo dispuesto en el art. 13 LCD, sin olvidar, a estos efectos, que en ambas modalidades se produce una exoneración de la deslealtad cuando el riesgo de asociación o aprovechamiento de la reputación ajena resulta inevitable. Así:

- La imitación lo es de cualquier tipo de prestación, aunque carezca del reconocimiento de derecho exclusivo.

La SAP de Pontevedra de 4 de abril de 1995 concreta: «La prueba documentalmente aportada a las actuaciones pone de manifiesto que la demandada H.A.S.L., con ánimo de captar clientes y adquirir ventajas competitivas en el mercado, introdujo en catálogo los mismos planos, diseño y fotografías utilizados en su propio catálogo por la demandante T.J.S.L., mediante fotocopias de distintas máquinas para el procesamiento del pescado y productos del mar con fines de comercialización, entre los que se encuentran los correspondientes a las máquinas relacionadas en los apartados cuarto y quinto del fundamento jurídico cuarto de la sentencia recurrida, respecto de las que no se acreditó la existencia en un anterior uso común o compartido con otras empresas del mismo ramo al alcance de cualquiera de ellas, facilitada por

la propia simpleza de las mismas que la demandada pretende utilizar como excusa o justificación, sino de una copia exacta y reproducción fiel de los mismos diseño y modelos recogidos en el catálogo de la actora y que no se recogen en los demás catálogos correspondientes a otras empresas aportados a las actuaciones, habiendo de encuadrar tal actividad dentro del concepto genérico del ilícito concurrencial como un acto de imitaciones abusiva, específicamente prohibido en el apartado segundo del artículo 11 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, que no exige requerimiento previo alguno por parte del perjudicado ni funda su acción represora en la defensa de la originalidad del medio copiado, sino de su asociación con la empresa que lo utiliza como nota peculiar suya que produce una función de distinción y diferenciación, impidiendo el aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, aunque las prestaciones e iniciativas empresariales no estén amparadas por derecho de exclusiva alguno reconocido por la ley y se hayan llegado a realizar tras la distribución del catálogo a las empresas del sector interesadas en operaciones de fabricación, comercialización o venta de los objetos amparados por los diseños copiados en el ejercicio de una actividad concurrente, en principio lícita y permisible en sí misma con tal de que se desarrolle correctamente y no con el empleo de determinados medios o modalidades que implican un uso excesivo de la libertad proclamada en el apartado primero del precepto que comentamos, que la convierten en ilícita».

- Esa imitación, sin embargo, no basta con que suponga un aprovechamiento del esfuerzo ajeno, sino que ese aprovechamiento sea indebido.

La SAP de Barcelona de 25 de marzo de 1998 (RA 567) destaca en su fundamento duodécimo: «Como ha puesto de relieve la doctrina, no basta aquí la imitación —que, como se ha repetido es libre ni basta cualquier imitación con aprovechamiento del esfuerzo ajeno. La Ley exige que ese aprovechamiento sea indebido. Ese plus que atribuye a la imitación el carácter de desleal, por aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, es el de la existencia, no de una imitación, sino de una verdadera reproducción, una mera copia sin esfuerzo intermedio».

- Confunda al consumidor en cuanto éste lleve a asociar el producto imitado con el producto que se ofrece. En este caso se exige que para que produzca ese grado de confundibilidad debe tratarse de imitaciones de pro-

SILVIA BARONA VILAR

ductos que se hallen en el mercado (SAP de Barcelona de 31 de enero de 1996 (RA 31)),

Significativa, este respecto, es la SAP de Toledo de 4 de abril de 1992:

«Por la razón, la circunstancia inconcusa de la distinta denominación no empece el resultado de la imitación, dado que la comparación de los productos ha de hacerse en su conjunto, y no atendiendo a elementos aislados. También es absolutamente irrelevante, el distinto tamaño con que los envases se presentan en el mercado, y ello porque, partiendo de la imitación y de la confusión antedichas, el consumidor fácilmente puede pensar que VS tiene varios tamaños de presentación, siendo inducido al error de considerar que el envase de 900 ml de IN no es sino el envase mayor de la gama del producto VS».

Peculiar fue la S.J.P.I de Almunia de Doña Godina de 25 de noviembre de 1992, ~~as al conjunto con sustantividad propia a lo que las com-~~ ~~paraciones se refieren y no únicamente a la denominación. Es, en esa~~

comparación particular, aplicada a la botella tipo safari, donde estimamos la originalidad de la demandante. Y con mayor razón cuando la disciplina de la competencia desleal no funda su acción repressora en la defensa de la originalidad del medio copiado, sino en la asociación con la empresa que lo utiliza como nota peculiar suya, que produce una función de distinción y diferenciación. Si la acción del imitador, con independencia de afectar a la nota de originalidad de una creación ajena, conduce a que el público se confunda entre el modelo original y el imitado, por trasladar a éste notas distintivas que caracterizaban y hacían identificable a aquél, la existencia de ese peligro de confusión hará que la acción incurra en competencia desleal. (...) «Estimamos, por tanto, que el supuesto objeto de análisis incurre también en este caso que estamos describiendo, pues los signos empleados por la demandada resultan idóneos para generar la asociación por los consumidores respecto a la prestación ajena, aprovechándose indebidamente de toda la inversión efectuada por los demandantes. No se trata de un riesgo de asociación inevitable, sino por contra un riesgo provocado y buscado, salvando unas pequeñas diferencias en los signos empleados en la búsqueda de esa apariencia de diversidad... Debemos considerar así que la conducta de la demandada es encuadrable en dicho precepto como actos de imitación sancionados. (Recuérdese que los actos de «imitación» buscan una similitud con una marca existente; a diferencia de los actos de «falsificación» de marcas de productos, siendo ambos tipos de actos objeto de una diferente regulación jurídica, considerándose los primeros como actos constitutivos de competencia desleal, sancionándose como tales por

Infringir el deber de concurrir legalmente en el mercado, o por integrar una conducta de abuso de derecho. Mientras que los segundos se califican como delitos de defraudación de un derecho de propiedad y se sancionan por violar los derechos de exclusividad derivados de la titularidad de una marca.). En nuestro caso existe imitación porque existe absoluta y total semejanza y similitud (por más que no concurre identidad)».

La SAP de Barcelona de 31 de enero de 1996 (RA 31) destaca: "... los referidos actos... consistirían, según la actora apelante, en la imitación servil del aspecto de sus establecimientos, tanto en la disposición de las prendas ofrecidas a la venta, como en el estilo decorativo de las tiendas, en la semejanza de las etiquetas puestas en las prendas, con igualdad de formas, color, tipo de letra y predominio de la palabra «Polo» y en el uso de una marca y un rótulo, «Polo Sur», fácilmente confundibles con los de la parte demandante «Polo» y «Polo by Ralph Lauren», y se realizarían con la finalidad de crear en el consumidor error en cuanto al origen de las prestaciones, fomentando la impresión de que «Polo Sur» es una segunda marca de las demandantes, cuyo renombre y prestigio se aprovecharían, dice la actora, de modo parecido a la SAP sin embargo desestima el recurso planteado contra la sentencia dictada en la primera instancia, que declaró no haber lugar a la acción declarativa ejercitada, y a las demás que de ella son consecuencia, con fundamento en que, si bien existen ciertas coincidencias entre los establecimientos de ambas partes, las etiquetas con que distinguen sus prendas y las marcas y rótulos que usan, las mismas no son bastantes para producir confusión en los consumidores respecto a las pretensiones de una y otra).

• Esa actuación conlleve un beneficio para quien produce la imitación, siendo correlativo el beneficio del imitador con el posible perjuicio ocasionado al que está siendo imitado, en cuanto el consumidor puede dirigirse a la compra, compromiso u obtención de lo imitado creyendo ser el original, siendo que el auténtico poseedor, titular o propietario del producto imitado, deja de obtener unas ganancias como consecuencia de este acto. En suma, se trata de aprovecharse indebidamente de la reputación o del esfuerzo ajeno. Este supuesto no estaba previsto en el Proyecto de Ley, siendo introducido merced a una enmienda, la número 71 del

Congreso, accogiéndose con ello lo que la doctrina y jurisprudencia alemanas denominan como apropiación directa de los resultados del trabajo de otro. Es por ello que se ha dicho que al tratarse de una «copia» no existe «esfuerzo personal en la obtención de ésta como la hay en la imitación de productos (por eso un sector de la doctrina señala su incorrecta ubicación bajo el epígrafe de imitación). Sencillemente el competidor desleal se apropia de las realizaciones de otro sin ningún esfuerzo intermedio» (SAP de Madrid de 13 de diciembre de 1994).

- El legislador establece una exclusión de deslealtad en la competencia, cuando es inevitable aprovecharse de la reputación ajena ante la asociación del producto a una citada marca, nombre o empresa en el mundo de los consumidores es una realidad. Esto ocurre fundamentalmente en aquellos supuestos en que se ha creado o producido un producto, cuyo nombre como tal desaparece hasta ser absorbido por la marca que se utilizó desde su creación o fabricación, de modo que los consumidores compran el producto utilizando el nombre comercial del mismo, no su nombre como objeto: por ejemplo, los Kleenex (marca de pañuelos de papel), los legos (marca de un determinado tipo de juguetes que consiste en piezas de plástico que sirven a los efectos de construir, crear figuras...), aspirina, el celo..., entre otros. En este caso, cualquier fabricante, comerciante, empresario que fabrique, comercie, distribuya o suministre un producto con otra denominación, pero siendo el mismo producto que el que cuasimonopolizó el mercado, se aprovecha de la reputación ajena, sin que éste pueda ser considerado desleal.

3º) Por último existe también deslealtad en aquellos supuestos en que la imitación es el medio por el que se pretende impedir o obstaculizar la incursión de un competidor más débil o que acaba de comenzar su actividad en el mercado, de

manera que el vehículo que posibilita esta restricción o limitación lo es el de la *imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales* del competidor. Es lo que se ha venido denominando como competencia parasitaria, que, según dispone la SAP de Madrid de 13 de diciembre de 1994, será necesario para apreciarse que concurren los siguientes requisitos:

- Que un competidor imite sistemáticamente las prestaciones e iniciativas empresariales de un mismo empresario (siempre el mismo, no se trata de imitar a los competidores en general).
- Que a través de la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas de un empresario concreto el imitador se proponga obstaculizar o bloquear las actividades del empresario cuyas prestaciones e iniciativas empresariales son imitadas.

No debe, sin embargo, reputarse desleal cualquier conducta que tienda a realizar ese tipo de estrategias concurrentiales, sino solo aquellas que no responden a lo que es la competencia, a lo que supondría una *respuesta natural del mercado* (art. 11, 3º).

La relación en muchos casos de estos actos, en cuanto a su configuración desleal al amparo de este art. 11, con actividades que generan confusión o incluso que se aprovechan de la reputación ajena explotándolos, ha llevado a que los tribunales hayan efectuado una aplicación conjunta de preceptos que tipifican la competencia desleal tales como los arts. 6, 11 y 12 de la LCD.

En todo caso, y en relación con los actos de competencia desleal de imitación que aparecen recogidos en el art. 11 de la LCD debe tenerse presente que el precepto enfatiza el principio de la libre imitabilidad de las creaciones empresariales ajenas como fundamento básico de la libertad de mercado, y es por ello que las conductas que se tipifican como desleales al amparo de este precepto, constituyen una excepción al principio general de la libre imitabilidad; de ahí que la jurisprudencia ha

venido manteniendo la necesidad de interpretarla de una forma restrictiva (SAP de Madrid de 13 de diciembre de 1994).

8. EXPLOTACIÓN DE LA REPUTACIÓN AJENA

La posible explotación de la reputación ajena como acto de competencia desleal se acuña en el art. 12 de la LCD: «Se considera desleal el aprovechamiento, indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado.

En particular, se reputa desleal el empleo de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas acompañados de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como «modelo», «sistema», «tipo», «clase» y similares»

Son elementos necesarios que pueden concurrir:

1º) Se trata de una acción que consiste en el *aprovechamiento indebido* de otro competidor. Para que pueda existir este aprovechamiento, se necesita que el otro competidor tenga ya una posición en el mercado adquirida de la que aprovecharse, y que se obtengan ventajas por esa actuación, de manera que se evita el esfuerzo que representa el hacerse un puesto en el mercado.

La SAP de Barcelona de 4 de septiembre de 1995, considera como no desleal el comportamiento consistente en abordar a quienes transitan por las proximidades de un establecimiento competidor: «No cabe calificar de desleal el comportamiento consistente en abordar a quienes transitan por las inmediaciones de ambos establecimientos para inducir a visitar a CN, sin que conste ejecutada de forma coactiva o molesta para el consumidor, pues: a) la regulación del mercado en nuestro ordenamiento se fundamenta como regla en el libre acceso al mismo y en la libre iniciativa empresarial, constituyendo una manifestación de esta la de fijar el establecimiento al lado de su competidor, pues tal proximidad repercute en la potenciación de la libre y leal competencia, siempre que en la forma de ajuste a las normas que disciplinan la actividad empresarial en el

mercado; b) no infringe la buena fe objetiva a que se refiere el artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal, ni ninguno de los preceptos que tipifican conductas desleales, el comportamiento de quien promueve, de forma directa o indirecta, la contratación de sus servicios dirigiéndose a los consumidores a través de medios técnicos de difusión de su oferta, aunque ello repercuta en la minoración de expectativas económicas para los competidores, y c) la conjunción de las anteriores premisas es determinante de que la lesividad de la actividad publicitaria no se vea enervada por el dato de que se desarrolla en la inmediación del establecimiento ajeno, cuando éste se halla en las proximidades del propio».

Por ello este tipo de conductas no afectan tanto a la tutela de los consumidores sino de los competidores, y ello por cuanto no se trata aquí de engañar al consumidor sino de aprovecharse del prestigio, la posición, la fama de otro, en su propio beneficio.

La S. 1ª de Alimentos de Doña Godina de 25 de noviembre de 1992 dispone: «Delrás de la marca de prestigio hay un enorme esfuerzo de personas, capital y dedicación. Aprovecharse de alguna característica en la presentación del producto de una marca de prestigio hará que sea más fácil entrar en el mercado, por cuanto, mediante esta imitación, el consumidor evocará el producto del primer fabricante y ya no será un desconocido. Habrá conseguido ahorrarse el esfuerzo que representa darse a conocer, introducirse en el mercado. No se trata propiamente de un engaño al consumidor, de confundirlo, sino más bien del aprovechamiento del prestigio de otro en su propio beneficio. Esto es lo que sanciona este precepto, ya que, tal y como al valorar la prueba hemos estimado se deduce, la demandada, con los signos que emplea, se está favoreciendo de la notoriedad y lanzamiento comercial (con el esfuerzo económico y creativo que ello conlleva) de «P.J». El incremento en el volumen de ventas, puesto de manifiesto a través de la prueba de exhibición de libros de comercio (y que el propio representante legal de la demandada ya apuntaba en prueba de confesión-respuesta a la posición 9ª), es claramente demostrativo del aprovechamiento de que se está beneficiando la demandada, sin efectuar gasto alguno, en publicidad».

La SAP de Málaga de 23 de octubre de 1995 desestimaba una pretensión de ilegalidad concurrencial con los siguientes términos: «...no cabe hablar de explotación de la reputación ajena, pues tal y como señala

la Sala 3ª del Tribunal Supremo en Sentencias de 23 de julio y 26 de diciembre de 1988, corroboradas por la de 17 de julio de 1990, referidas a la aplicación de la «Ley de Marcas»: «es desde la perspectiva del principio constitucional de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado como debe orientarse la protección de la libre iniciativa empresarial, con base a las exigencias de la buena fe y de la libre y leal concurrencia, a fin de garantizar, en definitiva, la protección del consumidor, evitando que con el parecido o semejanza con la denominación de otra marca puede accederse al crédito o fama obtenida...», y en el supuesto enjuiciado la sociedad demandada se ha limitado a comunicar su existencia, ofreciendo sus servicios a quienes fueran potenciales consumidores, sin aprovecharse para nada del buen nombre comercial de la demandante, ofertando, pues, un producto dentro del marco de la libertad de empresa y mercado y de la libre competencia».

2º) Los medios a través de los cuales se va a alcanzar esta explotación pueden ser distintos, pudiendo citarse a estos efectos la utilización de signos distintivos ajenos, denominaciones de origen falsas, que pretenden confundir al consumidor, de modo que éste se halle en el convencimiento de que lo que adquiere, contrata o compromete es lo ajeno.

La SAP de Lleida de 19 de mayo de 1998 (RA 879) es exponente de este supuesto: «Un acto típico de aprovechamiento de la fama o reputación ajena es la actuación en la que una empresa (aquí la de los demandados) alude a sus relaciones, actuales o pasadas, con otra empresa o menciona que es sucesora de la misma. Tal alusión, precisa- mente para que su fama o reputación redunde en beneficio propio, integra el acto desleal, claro en el caso, donde el cuerpo de la repetida carta cabe de lleno en el acto típico que se reprocha: en la Ley de Competencia Desleal». Se trataba de una carta dirigida por los demandados a la clientela de la disuella «Clínica Dental Lleida SA» en la que tras afirmar que «La Clínica Dental Lleida» no ha trasladado su domicilio ni ha abierto nuevas instalaciones...» se señala que «...con la finalidad de prestarle un mejor servicio se han modernizado las instalaciones de la «Clínica Dental Lleida» ubicadas en Alcalde Rovira Roure, núm. 40... y bajo la nueva denominación de «Clínica Bucodental Lleida» seguimos prestando nuestros servicios médicos dentales en nuestra dirección de siempre...» se concluye con que el contenido de tal misiva llena lo contemplado y previsto en el art. 12 de la Ley de Competencia Desleal, referido a los actos de explotación de la reputación ajena.

Para determinar tal situación debe tenerse en cuenta los signos empleados: denominación y representación gráfica, logotipo, técnicas de grabado, diseño de cajas... si bien lo que se propugna desde el ámbito jurisprudencial es la visión de conjunto, sintética, desde los elementos integrantes de cada denominación confrontada, sin descomponer su afinidad fonética, y, en su caso, gráfica.

En este sentido se pronuncia la S.JPI de Almunia de Doña Godina citado: «Atendemos al conjunto, de conformidad con uno de los criterios jurisprudenciales utilizables para ponderar la eventual semejanza entre las marcas, y por el que se propugna una visión de conjunto, sintética, desde los elementos integrantes de cada denominación confrontada, sin descomponer su afinidad fonética, y, en su caso, gráfica; donde la estructura prevalezca sobre sus integrantes parciales, ya que tal impresión global constituye el impacto verbal y visual inescindible, cuyo eventual parecido podría producir la confusión que trata de prevenir la ley. Se trata, en definitiva, de un enfoque estructural, en el cual el todo prevalece sobre las partes o factores complementarios, no utilizables directamente para ponderar el grado de semejanza entre marcas, aún cuando sirvan no obstante para perfilarla con mayor precisión; entre estos criterios figurará el llamado elemento conceptual o semántico o naturaleza de los objetos o servicios... Conforme a esta visión, atendiendo a los signos empleados (denominación y su representación gráfica, logotipo, producto al que se aplica y técnica de grabado, diseño de cajas, etc) entendemos que existe una absoluta semejanza entre ambos signos, sin que la diferencia de precio impida calificar la conducta de desleal (ya que el bajo precio puede llevar a creer que se trata de un subproducto de la marca notoria o a comprar un producto a precio más bajo haciéndolo pasar por el de los actores), ni el culto a la marca evita tal confusión (por contra, puede llevar a que el comprador, aunque sea consciente de que compra un producto distinto del de los actores, adquiera aquel porque el nombre y signos empleados se parece al de aquéllos, siendo tal comprador atraído por la idea de que dichos productos pasen por los de los demandantes a precio mucho más bajo)».

Recientemente se ha dictado S.JPI número 2 de Vilafranca del Penedés, por la que se condena a una empresa dedicada a la fabricación de cava a pagar una indemnización de 100 millones de pesetas como daños morales y el equivalente al 5% de dos ejercicios fiscales a la

53

demandante por competencia desleal, en especial considera que "por parte de C. (se ha producido) un acto de mala fe, una utilización fraudulenta de la reputación del cava en la comercialización de sus vinos espumosos y una infracción por incumplir las normas de envejecimiento que obligan a un mínimo de nueve meses". La citada Sentencia se halla sin embargo, pendiente de recurso de apelación.

Como ya expusimos, sin embargo, se proclama el principio general de imitabilidad, salvo que estén amparadas en un derecho de exclusiva reconocido por la Ley (reconocido, entre otras, en la SS de 5 de junio de 1997).

La SAP de Sevilla de 28 de enero de 1998 (RA 290), tras acoger el principio general antes apuntado, señala: "...en el caso de autos sólo resulta acreditado que ambas entidades estaban interesadas en el mismo tema, y ante la ruptura de las relaciones, cada una de ellas promovió la ~~tema e acción comercial que es más conveniente~~, teniendo en cuenta que no existe ni puede existir reproche alguno para la entidad demandada por el hecho de acometer la misma iniciativa empresarial en base a una idea perfectamente imitable, y ello hasta el punto de que se ha acreditado en autos que sobre el mismo tema, sobre la ecología y el medio ambiente, ya se han celebrado y se siguen celebrando múltiples ferias o salones de ámbito nacional e internacional, sin que por ello pueda considerarse un aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, siendo de destacar que los salones en litigio también apuntan importantes diferencias: no sólo en cuanto a su orientación empresarial e institucional, sino, sobre todo, en lo relativo a su área de influencia geográfica, dada la distinta sede de celebración".

9. VIOLACIÓN DE SECRETOS

Es posible que en el mundo concurrencial se realicen conductas tendentes a difundir, divulgar o explotar determinados secretos industriales o empresariales. Este tipo de conductas pueden realizarse por dos cauces diversos: bien con la debida autorización de los titulares, autorización que se otorga a quienes han tenido acceso legítimo a los mismos, en cuyo caso

no es posible hablar de deslealtad; y también es posible que desvelar estos secretos se realice sin la debida autorización, consecuencia de una inducción externa a quienes por su trabajo, relación o actuación están bajo el deber inexcusable de reserva de los susodichos secretos, supuesto éste que puede incardinarse entre los tipificados como actos desleales.

El art. 13 de la LCD establece bajo el título de *violación de secretos* los supuestos que contempla el legislador como desleales determinadas conductas que tienden a conseguir la adquisición de secretos. Para poder ser tipificados como tales deben concurrir los siguientes elementos:

1º) El ilícito concurrencial consiste, en primer lugar, en *divulgar o explotar secretos industriales o empresariales*, sin que exista autorización expresa del titular de los mismos.

2º) Cuando se suscita qué tipo de secretos son los que están ~~vetados a su difusión o publicidad~~ el legislador establece específicamente: los secretos industriales, tales como por ejemplo un robot o una máquina aún no patentada o como la fórmula de fabricación de un determinado producto; y, por su parte, el legislador se refiere también a los secretos empresariales, pudiendo destacar, a estos efectos, el listado de los clientes, la campaña de publicidad del producto, la posible expansión de terreno de la empresa o la ampliación de plantilla, entre otros.

3º) Cuando se afirma que se trata de secretos es por cuanto existe obligación de guardar silencio al respecto. Téngase en cuenta que en muchas ocasiones esa información se tiene de manera legítima, en cuanto se es trabajador de la empresa, lo que comporta esa adquisición de información, sobre la que pesa el deber de secreto. Ocasiones hay, sin embargo, que este precepto, art. 13, se conecta estrechamente con el art. 14, en donde se proyectan una serie de conductas como desleales que consisten en la inducción a la infracción contractual, lo que significa que para que un tercero se beneficie de la información secreta es necesario que el sujeto agente haya desvelado secretos industriales o empresariales, y a cambio el que comete la

46

citada deslealtad obtendrá algún beneficio propio, ya sea como consecuencia de un pluriempleo, ya por una bonificación, etc.

4º) En ocasiones no existe ese vínculo de conexión entre la inducción a la infracción contractual y la violación de secretos, sino que éstos pueden llegar a alcanzarse como consecuencia de espionaje o por procedimiento análogo (art. 13.2).

5º) Cualquiera que haya sido el procedimiento a seguir para alcanzar la citada información de secretos industriales o empresariales, se requiere, para reputarse desleales, que *la violación haya sido efectuada con ánimo de obtener provecho, propio o de un tercero, o de perjudicar al titular del secreto*. Con este elemento, acuñado en el art. 13.3, *in fine* se está proclamando el elemento subjetivo del *animus*, de la intención, en cuanto desvelar secretos sin autorización de su titular no supone por sí solo deslealtad sino que se requiere del *animus*, de que a través de esta actuación o bien se obtenga un beneficio propio o ajeno o bien perjudicar, sin la pretensión de beneficio directo, al titular del secreto.

10. INDUCCIÓN A LA INFRACCIÓN CONTRACTUAL

El art. 14 de la LCD está, bajo el título *Inducción a la infracción contractual*, haciendo referencia a tres tipos de conductas, que se reputan desleales, siendo presupuesto de existencia de este tipo de actuación en los tres casos la existencia de una relación contractual:

1º) En el art. 14.1 se tipifica la *inducción a infringir los deberes contractuales básicos*. De este subtipo podemos señalar como presupuestos necesarios:

- La deslealtad se da cuando se realiza el acto de «inducir», independientemente de cuál sea la actitud que se adopte por los inducidos, de manera que el resultado no condicione la tipificación del mismo. Debe tenerse presente, sin

embargo, que aquí solo involucra el consentimiento, pero que requiere intencionalidad.

- Los sujetos inducidos son así especificados los trabajadores, proveedores, clientes, si bien se abre la posibilidad de una cláusula subjetiva amplia, cuando el art. 14.1 LCD hace referencia a *demás obligados*, lo que evita la restricción contractual a los primeros. Esta modalidad está presente en la captación de clientes del competidor, ofertándole mejores condiciones de precio, de calidad; en la captación de trabajadores, ofertándole mejores condiciones laborales (ya sea de salario o de horario), etc.
- La actuación de deslealtad concurrencial se dará, en tercer lugar, cuando la inducción a la infracción contractual sea respecto de la infracción de deberes contractuales básicos, no cualquier tipo de deber contraído con los competidores. Habrá por ello que pensar en aquellos supuestos de infracción de las prestaciones principales contractuales.

- Los cauces a través de los cuales se pretende esa infracción de los deberes contractuales básicos debe responder a unos cánones de idoneidad, en cuanto a través de los mismos debe justificarse que el medio utilizado por el sujeto agente activo de la actividad inductora tiende a estos fines de ruptura o de infracción de los deberes contractuales, tales así que, como dispone MASSAGUER «la idoneidad depende de la seriedad de la proposición y del atractivo que encierre a ojos del destinatario»¹⁷, de manera que pueden según este autor ser tenidos como medios relevantes «todos los que puedan considerarse ventajas objetivamente (porque mejoran la posición del destinatario tipo) y subjetivamente (porque mejoran la

¹⁷ MASSAGER FUENTES, J. *Inducción a la infracción contractual*, Actas de Derecho Industrial, 1993, p. 41

SILVIA BARONA VILLAR

posición del desnatario concreto), de ahí que en suma los medios serán idóneos en tanto en cuanto reporten una ventaja como contraprestación a la infracción que se induce.

Si desde el punto de vista procesal puede exigirse responsabilidad por la deslealtad cometida por inducción a la infracción de los deberes contractuales, es obvio que el ordenamiento jurídico debe entender que en la relación entre inductor e inducido o inducidos existe una causa ilícita, que sólo puede estar sancionada con una nulidad de pleno derecho (art. 1275 CC).

2º) El art. 14, párrafo 2º delimita una segunda modalidad, la *inducción a la terminación regular de un contrato*, si bien el mismo precepto establece que esta mera actuación no es *desleal sino que se refiere a una serie de actuaciones comple- mentarias, cuales son la difusión o explotación de un secreto industrial o empresarial que vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas*. A través de todos estos cauces se está conectando la deslealtad de la inducción de la terminación regular del contrato con otros actos de competencia desleal, tales como actos de engaño (art. 7), violación de secretos (art. 13), entre otros, sin olvidar que la relación circunstanciada del art. 14, 2º es meramente ejemplificativa dado que al utilizar el término *u otras análogas* están abriendo a la confluencia de cualquier otra circunstancia que tienda a los fines pretendidos. Entre los elementos que sirven para configurar los presu- puestos de concurrencia de este acto de competencia desleal podemos citar:

- El acto desleal consiste en «inducir», si bien aquí los medios empleados para alcanzar los fines pretendidos — la terminación regular de un contrato — comportan el dato complementario de la deslealtad, de modo que se emplea engaño, las amenazas, coacciones, y en general medios que suponen un aprovechamiento de una situación, inclu-

COMPETENCIA DESLEAL

so en ocasiones de debilidad, que pueden llevar a su cum- bir al inducido a realizar lo pretendido por el sujeto agente.

La SAP de Málaga de 23 de octubre de 1995 considera: "... la oferta hecha del servicio de mantenimiento de extintores sólo lleva aparejada que el cliente, al tiempo de vencer el contrato o su prórroga, reconsidere la oportunidad o no de mantenerlo en vigor, a la vista de una nueva y más ventajosa oferta del mercado, sin que por lo demás conste probado que se hayan producido infracciones contractuales respecto a clientes de la actora por tal motivo".

- Ese acto de deslealtad puede comportar dos fines delimi- tados por el legislador: o bien difundir o explotar un secreto industrial o empresarial, o bien eliminar a un competidor del mercado.

Los sujetos inducidos son los trabajadores, proveedores, suministradores, y en general los *cooperadores*, más no los clientes, y ello por cuanto se trata de difundir secretos industriales o empresariales que en ningún caso conocen los clientes¹⁸.

- Ante una actuación desleal derivada de la concurrencia de los elementos legalmente establecidos que convierten la inducción a la terminación regular del contrato también, desde el punto de vista material, provocan consecuencias en la nueva relación contractual, viciada de ilicitud en cuanto a la causa provocan la nulidad del contrato (art. 1275 CC), salvo que se justifique que la nueva relación se produce por error, en cuyo caso el vicio no sería de nulidad de pleno derecho sino de anulabilidad.
- Finalmente, en cuanto a los medios empleados para ejecutar esta actuación debe tenerse presente que respon-

¹⁸ MASSAGUER PUENTES, J., *Inducción a la infracción contractual*, cit., p. 53.

92

derán a argucias, coacciones, engaños, amenazas, presiones, etc..., medios todos ellos que se consideran como idóneos para alcanzar los fines pretendidos, esto es, conseguir la conducta, inducida por cualquiera de estos mecanismos, de infracción de un contrato; medios todos ellos que no sólo pretenden la ruptura o infracción contractual sino las consecuencias que se derivarían de la misma.

3º) El art. 14, 2º introduce una tercera modalidad de esta actuación desleal, cual es la de la del *aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena*. Los elementos que configuran este tipo de conductas son los siguientes:

- No existe una conducta activa, como en los supuestos anteriores, dado que aquí no existe inducción a, sino aprovechamiento de la posible infracción ajena, teniendo en cuenta que el sujeto activo de este tipo de actuaciones no interviene para nada en la infracción, si bien se aprovecha de la misma. Como apunta MASSAGUER, el *aprovechamiento de la infracción contractual ajena puede consistir en la explotación y puede originar la obstaculización de la actividad empresarial de otro; ... la ventaja lograda a raíz de la infracción contractual ajena es por sí disfrute ilegítimo de la actividad empresarial de otro, de la que puede seguir la desorganización o destrucción de su empresa y, eventualmente, su expulsión del mercado; aprovecha deslealmente una infracción contractual ajena quien hace oídos a la revelación de secretos empresariales de otro y los difunde mediante precio o los explota, sin necesidad de que con ello, además, destruya la empresa o expolie los resultados de la actividad del sujeto pasivo*¹⁹.

¹⁹ Inducción a la infracción contractual, cit., p. 57.

- El beneficio se produce como consecuencia bien de una infracción ya cometida o bien como consecuencia de una infracción simultáneamente cometida de los deberes contractuales no básicos, pudiendo tratarse de beneficio propio o de un tercero.
- Los medios empleados ponen de manifiesto la deslealtad en la actuación, de modo que cuando se habla de que se utiliza el engaño, las coacciones, amenazas, la denigración... son todos ellos medios que suponen un aprovechamiento de la situación, generada por esa infracción contractual, que supone la obtención de un beneficio.

11. VIOLACIÓN DE NORMAS

Del art. 15 se delimitan dos tipos de conductas consideradas como desleales por ser supuestos de violación de normas, que son:

1º) Se considera desleal *prevalecerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes*, siempre que se trate de una ventaja significativa (art. 15, 1º).

Los requisitos que se hacen necesario para que concorra esta modalidad de deslealtad en la competencia son:

- Que exista una infracción de las leyes, «entendiendo por tal las normas integrantes del ordenamiento jurídico» (SAP de Barcelona de 8 de mayo de 1995).
- Que de la infracción derive una posición de ventaja competitiva.
- Que la ventaja sea significativa.
- Que exista un prevalimiento de la ventaja así obtenida.

La SAP de Barcelona de 1 de septiembre de 1995 delimita los citados requisitos en los siguientes términos: «Para que concorra el ilícito previsto

en el apartado 1 del artículo 15 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal —prevalece en el mercado de una ventajosa competitiva significativa adquirida mediante la infracción de las leyes—, es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: 1º que exista una infracción de las leyes; 2º que precisamente de la infracción derive una posición de ventajosa competitiva; 3º que la ventajosa sea significativa. Y 4º que exista un prevalecimiento de la ventajosa así obtenida; y en el presente caso, de acoger íntegramente la tesis de la recurrente, la posición de ventajosa competitiva de la contraparte no derivará de infracción de las leyes, sino de un conjunto de circunstancias —prestigio de las entidades bancarias entre los consumidores; facilidades para el pago; tamaño de la empresa, etc.— que en nada tienen que ver con tal infracción”.

Por su parte, la SAP de Barcelona de 10 de enero de 1996 (AC 218) considera desleal la fabricación y comercialización de producto fungida de similar denominación por entidad que había mantenido una relación de similar denominación en exclusiva con la actora, utilizando para el producto el mismo número de registro sanitario que utilizaba la concurrente, generando ello una infracción de normas imperativas para la obtención de ventajosa en el mercado, en cuanto supone una presentación con unas características extremas casi idénticas al original.

2º) Se considera desleal también la simple infracción de las normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrential (art. 15, 2º). Los requisitos que deben concurrir aquí para que se integre un supuesto como desleal, al amparo de este n. 2 del art. 15 de la LCD son:

- que se infrinjan normas jurídicas.
- que dichas normas tengan por objeto la regulación de la actividad concurrential.

Significativa ha sido en la jurisprudencia la situación suscitada en torno a la configuración como desleal de la entrega de vales descuento para la adquisición de otros productos por la compra de libros, siendo destacado jurisprudencialmente la diversidad de posiciones al respecto, dado que mientras algunas Audiencias se han pronunciado sobre la inexistencia de

(por ejemplo la de Lugo) consideraran que nos hallamos ante un acto de competencia desleal por violación de las normas.

El AAP de Valladolid de 7 de febrero de 1995 deslata: “El juez de instancia accede a la petición formulada por AVADECO entendiendo que la oferta efectuada por C. para la venta de libros se realiza en competencia desleal, infringiendo el artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal, en relación con el Real Decreto de 30 de marzo de 1990, que establece el sistema de precio fijo en la oferta y venta al público de libros. Sin embargo, discrepa la Sala del criterio sostenido por el juez de instancia, pues el artículo 1.1 del Real Decreto 484/1990, de 30 de marzo, que desarrolla el sistema vigente de precio fijo en la venta de libros, establecido por la Ley 9/1975, de 12 de marzo, se limita a establecer que el precio de venta al público al contado de libros podrá oscilar entre el 95 y el 100 por 100 del precio fijo establecido por el editor o importador de los libros, siendo en el preámbulo o exposición de motivos de dicho Real Decreto donde se indica que el sistema de precio fijo en los libros permitirá que la competencia entre establecimientos detallistas de distinto tamaño se establezca sobre factores diferentes al precio de los mismos. En el supuesto en el que nos encontramos, la entidad frente a la que se solicita la medida cautelar no incumple la normativa vigente en cuanto al precio de venta, puesto que los libros mantienen el precio fijo establecido para ellos, siendo lo que realiza C. un ofrecimiento de premio, regalo u obsequio vinculado a la oferta, promoción o venta de libros, permitido y autorizado incluso en la Ley de Consumidores y Usuarios (art. 9), ofrecimiento que no solo no afecta directamente al precio de venta de los libros, que se mantiene inalterable, sino que ni tan siquiera se impone de forma obligatoria o inevitable para el consumidor, pues éste, adquiridos los libros al precio oficial marcado, puede libremente hacer uso o no hacerlo de los vales o puntos concedidos para la adquisición con descuento en otros productos de los diferentes departamentos del establecimiento, operación comercial que, en principio, y en consideración al carácter provisional de estas medidas, aparece desprovisto de visos de ilicitud, ya que, lógicamente, tiende a incentivar la adquisición de libros C., pues no otra es la finalidad con que se realiza la oferta, sin que ello, realizándose en la forma indicada, justifique, al menos con el carácter cautelar pretendido y sin perjuicio de la medida de cesación de la actividad. Por ello se acuerda, la adopción de la medida de cesación de la actividad. Por ello debe desestimarse el recurso de apelación...”. Finalizó el proceso, dictándose sentencia estimativa de la desleal, siendo recurrida ante la AP de Valladolid, quien en S de 16 de mayo de 1995 revoca la alegación de instancia en los siguientes términos: “...a la vista de las alegaciones hechas por cada una de las partes, estima la Sala, de acuerdo con la entidad recurrente, que la práctica comercial denunciada y consistente,

venta con regalo —descuento— tal y como viene regulada en la ley de Ordenación del Comercio y Superficies Comerciales, habrá de ajustarse a lo dispuesto en sus arts. 33 y 34, que establecen los estrictos requisitos, que en este caso ya no concurren, tales como hacer figurar en el vale su equivalente en dinero y la facultad que asiste al comprador al exigir su pago inmediato de un equivalente en efectivo, amén de que en ningún caso puede infringirse la norma del «precio fijo» del libro que establece los arts. 1, 2 y 3 del citado real Decreto 484/1990 cuyo preámbulo lo justifica como uno de los medios que favorecen una oferta editorial y librería plural, permitiendo la competencia entre establecimientos de diverso tamaño y un mayor número de puntos de venta, en beneficio del consumidor final... contra lo que iría la recurrente al ofrecer ventajas adicionales que encubren un descuento efectivo superior al del 5 por 100 estipulado, que viene a suponer una venta inferior al precio fijo del libro que imponen la Ley 9/1975 y el Real Decreto 484/1990, lo que conlleva la total desestimación del recurso».

La SAP de Barcelona de 8 de mayo de 1995 considera que no es deseable el que una cooperativa de consumo facilite a sus cooperativistas libros a precio inferior que el fijado por el editor, que es al que se venden los mismos en las librerías: «...la ley rechaza el monopolio en la distribución y en la mediación entre productores y consumidores y permite a éstos la obtención de productos y servicios por otros cauces. Nada impide la intermediación de otras organizaciones que, desde otra perspectiva, anudan a la iniciativa empresarial la ausencia de ánimo de lucro, ya adopten la forma de asociaciones de consumidores y usuarios, ya la de sociedades cooperativas, cuya protección alcanza rango constitucional (arts. 9.2, 51 y 129.2 de la Constitución), y es precisamente el objeto primordial de las cooperativas de consumidores y usuarios la entrega de bienes o la prestación de servicios para el consumo directo de los socios y de sus familiares, sosteniendo la doctrina que devienen inaplicables, en exclusiva, a las transacciones entre éstos y aquella las reglas que disciplinan la compraventa, al superponerse a la estructura externa de dicho contrato de cambio la relación interna de distribución de bienes adquiridos por la cooperativa con dicha finalidad y en calidad de «mayorista», lo que acoge el legislador que, de forma expresa, rechaza que aquella entrega deba calificarse de «venta... La recurrente implícitamente no cuestiona el razonamiento expuesto, por ello deriva la deslealtad de la competencia de un segundo dato: la infracción de las normas sobre cooperativismo. No compartimos tal aseveración: a) la facilidad de integración en la cooperativa de un elevado número de consumidores no se evidencia opuesta a su naturaleza, al regir el principio de «libre adhesión, siendo precisamente el elevado número de cooperativistas

en esencia, en ofertar a los compradores de libros de texto puntos por valor del 25 por 100 de su precio, canjeables a razón de una peseta por punto en compras de productos del propio establecimiento que no fueran libros, no constituye una conducta desleal incardinable en el artículo 15 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal ni infringe el sistema de precio de oferta y venta al público de libros establecido en el artículo 33 de la Ley de 15 de marzo de 1975 y 1ª del real Decreto de 30 de marzo de 1990, pues como ya esta Sala dijera en el Auto de fecha 7 de noviembre de 1995... los libros mantienen el precio fijo establecido para ellos, siendo lo que realiza C. un ofrecimiento de premio, regalo u obsequio vinculado a la oferta promoción o venta de libros, permitido y autorizado incluso en la Ley de Consumidores y Usuarios (art. 9), ofrecimiento que no sólo no afecta directamente al precio de venta de los libros, que se mantiene inalterable, «sino que ni tan siquiera se imponen de forma obligatoria para el consumidor, pues éste, adquiridos los libros al precio oficial marcado puede libremente hacer uso o no hacerlo de los vales o puntos concedidos para la adquisición con descuento de otros productos de los diferentes departamentos del establecimiento...». En otras palabras, que si los vales o puntos canjeables entregados por C. al adquirente de los libros no pueden ser aplicados al precio de tales libros y así claramente se anuncia en la oferta, es evidente que dicho obsequio adicional, por más que resulte beneficioso para el consumidor en la obtención gratuita de otros productos, no afecta al precio de venta de los libros, que se mantiene invariable y, por tanto, no constituye la vulneración del sistema de precio fijo impuesto por las disposiciones legales citadas... Y por ende tampoco configura ese «prevalecerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante infracción de las leyes» que exige el artículo 15 de la Ley 3/1991 para que tal conducta sea subsanable en el supuesto de deslealtad...

La SAP de Orense de 22 de enero de 1998 (RA 133) se pronuncia en la línea doctrinal antes expuesta: «...el precio fijo, con una sola variante de un 5 por 100, de los libros escolares de texto que impone la citada normativa del libro, no puede vulnerarse ni directa ni indirectamente, siendo el descuento ofrecido por el recurrente un verdadero descuento encubierto, dada la total facilidad de obtener el beneficio económico prácticamente en el mismo instante a la vista de la amplitud de mercancías de imprescindible necesidad que se venden en este tipo de establecimientos, e, incluso, al excluirse solamente la inversión de los vales en libros nada impide el que se haga en material escolar, que obligadamente habrá de adquirirse en las mismas fechas de iniciación del curso escolar. La práctica sería un auténtico fraude de ley (artículo 6.4 del Código Civil). Además de lo dicho, ha de tenerse en cuenta que para poder aplicar «la

consumidores uno de los factores de poder que permiten la consecución de los objetivos sociales...; la propia Ley de Cooperativas no excluye la posible existencia de diferentes clases de socios cooperativistas, lo que permite un tratamiento desigual entre ellos, aunque acorde con «módulos de equivalencia para asegurar la participación ponderada y equitativa», sin que sea exigible una elevada cuota de ingreso que requiera una singular afectio; c) no sólo no es necesaria la generación de intereses de las aportaciones, sino que, en el caso de que se establezca interés, será limitado (art. 1 de la ley de 1992) y d) cualquiera que sea la hipótesis que se sostenga sobre la previsión estatutaria de la inversión en reservas propias de los excedentes —aprobada por autoridad administrativa—, deviene insuficiente para desvirtuar el objeto social».

La SAP de Asturias de 11 de abril de 1997 (RA 654) considera: «La sentencia de primera instancia acogiendo la tesis de la Asociación de Librerías de Oviedo demandante, declaró desistal la actividad de la demandada, llevada a cabo en su centro comercial «Praya Azabache» durante el período que va del 24 de agosto al 23 de septiembre de 1995 dentro de la campaña de promoción denominada «vuelta al cole», relativa a ofertar un descuento adicional del 10 por 100 del valor de la compra de los libros de texto, atlas y diccionarios, canjeable por la adquisición de cualquier artículo distinto a los libros... (...) si la simple infracción de normas jurídicas, que tengan por objeto la regulación de actividad concurrential, se califica en los citados preceptos como acto de competencia desistal, como tal ha de estimarse la realizada por la entidad demandada, pues la promoción comercial, en relación con los libros de texto denunciada, no sólo no está expresamente prevista en el catálogo de excepciones recogidas con carácter exhaustivo en el RD 484/1990, sino que, en todo caso, como ya se razonó en la Sentencia dictada por la Sección 4ª de esta Audiencia de fecha 24 de enero de 1994, resolviendo supuesto en todo idéntico al de autos, tampoco podría ser calificada la entrega del citado vale descuento promocional como una venta con regalo, que es lo que pretende la recurrente, «...pues se trata de documentos al portador emitidos por la recurrente, que tienen un valor pecuniario en cuanto que equivalen a dinero metálico para efectuar compras en su establecimiento, por lo que en definitiva opera como un descuento aplicable a productos distintos al adquirido, por lo que su entrega quebranta lo dispuesto en el art. 33 de la Ley del Libro) y en los arts. 1 y 3 del Real Decreto 30 de marzo de 1990...». De ahí que esta Sala compare igualmente su conclusión en orden a reputar que la finalidad perseguida por la normativa especial de permitir un mayor número de puntos de venta de libros se ve defraudada con prácticas como la denunciada, que en la práctica suponen un descuento

aunque encubierta, pues el vale entregado por un valor equivalente al 10 por 100 del importe del libro adquirido, a aplicar en la compra de otros productos... es equiparable a la entrega de dinero en efectivo, práctica ésta que sin duda confiere a la demandada una evidente ventaja competitiva en la comercialización de libros, debiendo por ello reputarse infractora de la normativa reguladora de la misma, toda ella tendiente a evitar cualquier ventaja pecuniaria que pueda ofrecerse cuando se adquiere un libro, al margen de los supuestos específicos autorizados».

La SAP de Lugo de 6 de junio de 1995 se manifiesta en los siguientes términos: «...Y la Sala estima que la entrega de vales o tickets por un valor determinado y concreto de puntos (equivalentes a pesetas y concretando al 25 por 100 precisamente del valor del libro adquirido) a descontar en la compra de otro producto tiene un valor pecuniario similar al dinero en efectivo en dicho establecimiento para efectuar en el mismo otras compras diferentes, lo que no es más que (desvirtuando puntos por pesetas sobre el valor del precio del libro adquirido) un descuento encubierto que quebranta claramente la normativa legal preceptuada en el artículo 3 del Código Civil, y en presencia también de los dispuesto en el artículo 7 del mismo Código, que contempla como los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, no amparando la ley el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo, en relación con el artículo 6.4 del Código Civil, que establece cómo los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él, se considerarán prohibidos en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiese tratado de eludir, lo que en el presente caso trata de realizarse a través del fingimiento operativo de regalo no prohibido por el artículo 8 de la Ley de Competencia Desistal, vulnerando la norma del precio fijo referida»²⁰.

²⁰ Y en el mismo sentido se pronuncia la SAP de Badajoz de 1 de octubre de 1997 (RA 1977): «...supone, en definitiva, una rebaja real y efectiva del precio en contravención de los dispuesto en el art. 1 del Real Decreto 484/1990 de 30 de marzo... sobre el precio de venta al público de los libros, desarrollo reglamentario de la Ley 9/1975, de 12 de marzo...».

En todo caso, ni que decir tiene que debe mantenerse la interpretación estricta y cautelosa de los supuestos tipificables como competencia desleal ante el supuesto de violación de normas, tales así que la SAP de La Rioja de 30 de diciembre de 1997 (RA.2523) se pronunció en los siguientes términos: «... debe tenerse presente que la violación normativa en este tipo de procesos, merece el tratamiento de una cuestión o un supuesto de hecho, pesando sobre quien la alega, por aplicación del artículo 1214 del Código Civil, la prueba de su existencia. Ni que decir tiene, que los supuestos dudosos o cuestionables, han de quedar fuera del ámbito de protección de la Ley especial, debiendo rechazarse la protección de la Ley en aquellos casos en que no ha quedado palmaria y fehacientemente acreditada la infracción de leyes denunciada. En el presente, se trata de interpretar una norma restrictiva de la competencia, lo cual obliga a acrecentar esta actitud cautelosa, máxime cuando en nuestro ordenamiento jurídico existe un principio general de libertad de empresa, y por ende de libre competencia, y cualquier norma limitativa ha de ser objeto de la más estricta interpretación».

12. DISCRIMINACIÓN

El art. 16 tipifica dos grupos de conductas como desleales siempre que produzcan una situación de discriminación en el mercado. Así:

1º) Se prohíbe, por deslealtad, la posible discriminación de precios y demás condiciones de venta entre los consumidores, a no ser que concurra una causa que justifique la citada situación.

2º) También se considera desleal y, por ende, se prohíben las conductas de explotación de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. La deslealtad se atribuye a la empresa, persona jurídica, lo que supone una

configuración subjetiva específica, en cuanto al sujeto agente, diferente del resto de actitudes ilícitas concurrentes, por su consideración de desleales.

La Resolución del TDC de 20 de marzo de 1996 (AC 832) destaca: «La aplicación de márgenes diferentes tampoco puede reputarse de acto de competencia desleal de los tipificados en el artículo 16.2 de la Ley de Competencia desleal puesto que las condiciones del contrato de compra exclusiva se derivan de un acuerdo concertado voluntariamente por el titular de la estación de servicio con la petrolera por un período determinado a cambio de una serie de contraprestaciones».

13. VENTA A PÉRDIDA

Asumido como principio general de la libertad de empresa que la fijación y determinación de los precios es libre, salvo los límites necesarios de cumplimiento de la legalidad vigente —lo que implica que no puede la fijación de precios vulnerar lo dispuesto en las leyes o en los reglamentos—, se consolida en la LCD determinadas conductas como desleales cuando la venta se realiza a bajo coste cuando concurran alguno de los siguientes supuestos:

- a) Cuando sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento.
- b) Cuando tengan por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajenos. En este caso se trata de paralizar «el proceso de envilecimiento de la marca provocado por aquellos distribuidores o revendedores que venden a un precio inferior al de adquisición los productos portadores de la marca renombrada».²¹

²¹ Así se pronuncia FERNÁNDEZ-NOVOA, C., *Reflexiones preliminares sobre la ley de competencia desleal*, Actas de Derecho Industrial, 1991-92,

- c) Cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado.

La SAP de Cádiz de 12 de junio de 1992 plantea una cuestión en la que una revista quincenal (E), dedicada a la publicación de anuncios de compra y venta entre particulares, era vendida a un precio de 150 ptas por ejemplo, considerando la demandante (P, de A, de la revista semanal C) que el precio resenado constituía una venta bajo coste desleal, siendo desestimada la pretensión de la actora por la Audiencia al considerar: "...no existe competencia desleal en la edición y venta de la revista E, que, de un lado, no consta vende a precios inferiores a la media de los costes variables ni induce a error a los consumidores, ni desacredita la imagen de un producto ajeno, ni forma parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor".

La SAP de Badajoz de 11 de noviembre de 1997 (RA 2224) establece en su segundo fundamento: "...no se ha acreditado ... el precio de venta del pan establecido por los demandados ... inferior a los precios de costo, pues no podemos olvidar que en el establecimiento de dichos precios influyen muchos factores, tales como instalaciones, moderna maquinaria, proveedores, costos sociales, organización empresarial, etc. Que permiten a determinadas empresas trabajar con menores costos, lo que puede conducirles a trasladar parte de ese ahorro a sus potenciales clientes y para determinar si efectivamente esos precios son muy inferiores a los precios de los demás comerciantes del sector la comparación no

puede limitarse a dos o tres empresarios locales, sino que también habrá de consultarse entre el conjunto de ellos al menos dentro del ámbito provincial... de lo actuado lo único que se acredita es que aunque se han vendido algunas partidas a determinados comerciantes a precio cero, esta venta ha sido muy limitada en cuanto a volumen de producto y vendedores, debiendo incardinarse dicha venta dentro de lo que comercialmente se viene denominando venta promocional, máxime cuando estamos hablando de una nueva empresa que debe introducirse en un mercado difícil con gran competencia, lo que justifica dicha práctica comercial, muy similar a la distribución de muestras gratuitas en multitud de productos, y sin que por ello pueda incardinarse dentro de la prohibición establecida en el artículo 8 de la Ley 3/1991".

p. 23, quien considera que la venta de productos dotados con una marca renombrada por debajo del precio pagado al fabricante por un revendedor tendrá —frecuentemente— por efecto acreditar el *goodwill* y buena imagen del producto diferenciado por la marca renombrada. El debilitamiento del prestigio inherente a la marca renombrada puede producirse en tal supuesto por dos razones fundamentales. A saber: porque la marca renombrada ve menguado su buena fama frente a los consumidores, que vinculan el prestigio de la marca con un alto precio, o bien porque los consumidores que actúan más racionalmente pueden pensar que la reducción ostensible del precio del artículo de marca es consecuencia de una reducción paralela del nivel de calidad de los productos diferenciados

29