

TREINTA AÑOS DE LEY DE COMPETENCIA DESLEAL*

José Massaguer Fuentes

Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad de Murcia. Abogado de Uría Menéndez (Madrid)

Treinta años de Ley de Competencia Desleal

La Ley de Competencia Desleal ha cumplido treinta años. Las enseñanzas derivadas de su aplicación por jueces y tribunales y su estudio por los autores revelan que la Ley es en efecto la ley general, moderna y efectiva que anunció su preámbulo, y confirman su calidad técnica, algo empalidecida eso sí por sus reformas sucesivas. Primeramente, la Ley establece el régimen general de los actos de competencia, concepto normativo que fue modificado en 2009 para acoger las prácticas comerciales con consumidores, vigente en todo el territorio de la Nación, en todos los sectores de la economía y para todas las actividades concurrenciales. Asimismo, la Ley conserva la orientación institucional de la protección contra la competencia desleal y la vigencia del Zwecktrias, mientras que la jurisprudencia ha encontrado en la propia Ley los resortes necesarios para dar sentido a los conceptos genéricos de que se valen sus normas y asegurar la coherencia de la interpretación y desarrollos de sus normas con la finalidad de la Ley. En este sentido, el recurso a la Ley no ha permitido a los operadores de mercado establecidos impedir la entrada de nuevos competidores o el lanzamiento de nuevos negocios y prestaciones, y en cambio, en su esfera de influencia, la Ley, tal y como ha sido interpretada y aplicada en la práctica, ha impulsado la transparencia y la calidad de la información disponible para tomar decisiones de mercado, ha generado un entorno favorable al esfuerzo innovador y ha mantenido la igualdad entre los competidores y demás condiciones propias de un mercado competitivo. Por otro lado, la robusta acción de competencia desleal que la Ley configura ha sido fundamental para su eficacia. En suma, los hechos obligan a valorar de forma altamente positiva el papel desempeñado por la Ley en la defensa de mercados eficientes, que generan bienestar para los consumidores y promueven el interés general, dar la razón a quienes saludaron favorablemente su promulgación y agradecer su excelente trabajo a quienes desde la Academia inspiraron la orientación y contenidos de la Ley así como a los legisladores que finalmente elaboraron su texto y la aprobaron hace treinta años.

* Este trabajo está basado en las notas que sirvieron de base a la ponencia que, con este título, impartí en las XXXVI Jornadas de Estudio sobre Propiedad Industrial e Intelectual del Grupo Español de la AIPPI el 19 de febrero de 2021. Como en otras ocasiones, en la búsqueda y selección del material empleado para redactar estas líneas me he beneficiado de la excelente y generosa ayuda de mi compañero Víctor Montelongo, abogado documentalista del Departamento de Gestión de Conocimiento de Uría Menéndez.

PALABRAS CLAVE:

LEY DE COMPETENCIA DESLEAL, REFORMAS DE LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL, APLICACIÓN JUDICIAL DE LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL, ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL, PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES CON CONSUMIDORES, ACCIÓN DE COMPETENCIA DESLEAL.

Thirty years of the Unfair Competition Law

The Unfair Competition Law has become thirty years old. What the courts and academic opinion have shown us is that this law is the comprehensive, innovative and effective regulation its preamble claimed it to be, and that it is technically rigorous, even though some of this quality has been slightly lost with its several amendments. Firstly, the law generally regulates competition practices — a legal concept that was modified in 2009 to also cover commercial practices with consumers —, applicable in the whole of Spain to all sectors and to any competitive activity. The law retains the institutional focus of unfair competition protection and the validity of Zwecktrias, while the courts have been able to device the standard concepts contained in its provisions and ensure that they have done so in accordance with the true objectives and purposes of the law. In this regard, established market operators have not been able to resort to the law to hinder newcomers from entering the market or new products and businesses being launched. Yet, within its sphere of influence, the law, as construed and applied in practice, has consistently promoted and fostered transparency and more quality information available in the market to make decisions, has created a favourable environment for innovation, and has promoted equal treatment amongst competitors as well as other conditions inherent to a competitive market. On a different note, the law's robust action against unfair competition, along with its specific procedural rules, have been a key element for its success. In short, we cannot but value most highly the law's role in fostering efficient markets, which in turn enhances consumer welfare and the greater good; acknowledge the work of the scholars who inspired the purposes and contents of the law and the legislators who finally drafted and passed it; and praise those who embraced its enactment thirty years ago.

KEYWORDS:

UNFAIR COMPETITION LAW, REFORMS OF THE UNFAIR COMPETITION LAW, APPLICATION OF THE UNFAIR COMPETITION LAW BY THE COURTS, UNFAIR COMPETITION PRACTICES, UNFAIR BUSINESS-TO-CONSUMER COMMERCIAL PRACTICES, UNFAIR COMPETITION ACTION.

FECHA DE RECEPCIÓN: 8-3-2021

FECHA DE ACEPTACIÓN: 12-3-2021

Massaguer Fuentes, José (2021). Treinta años de Ley de Competencia Desleal. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 55, pp. 64-94 (ISSN: 1578-956X).

La Ley 3/1991 de 10 de enero de Competencia Desleal, publicada en el BOE núm. 10 de 11 de enero de 1991 (la "LCD" o la "Ley") acaba de cumplir treinta años. Esta efeméride ofrece una ocasión excelente para volver la vista atrás, valorar su contribución a la protección de la competencia en España y repasar las cuestiones que todavía están abiertas, en las que al menos es conveniente plantearse la conveniencia de una revisión de la interpretación dominante o en las que podría haber una mejora legislativa.

1. El significado histórico de la Ley de Competencia Desleal de 1991

La promulgación de la Ley, inspirada e impulsada por los trabajos académicos imprescindibles de los profesores Menéndez¹ y Paz-Ares², fue un suceso fundamental en la renovación del derecho mercantil tras la Constitución de 1978 y, en particular, en la configuración de un derecho de la competencia comprometido con la defensa de la constitución económica, moderno y eficaz. En este sentido, tanto por los objetivos de política legislativa que asumió y el cauce sustantivo que se les dio como por su rigor y acierto en los aspectos de técnica legislativa y de observancia, la Ley hizo que la legislación española ingresara en el grupo de los sistemas legislativos de protección contra la competencia desleal más avanzados y de más alta calidad del panorama europeo de la época³. Pero acaso la LCD fue sobre todo una ley oportuna. Empecemos por esto último.

1.1. La oportunidad de la Ley de Competencia Desleal de 1991

La Ley fue oportuna porque no era solo necesario, sino conveniente, poner fin a un régimen legal cuyas bases políticas, ordenación sistemática y reglas materiales, prescindiendo ahora de sus desajustes de técnica y eficacia, estaban considerablemente alejadas de las demandas de una sociedad abierta y una economía de mercado como las que organizaban la vida de la nación desde la Constitución de 1978, a las que dejaba sin respuesta o, peor, a las que daba respuestas incompatibles con el marco constitucional.

Recuérdese que la regulación de la materia se encontraba entonces diseminada, como lo había estado antes, en leyes especiales de limitado ámbito de aplicación, como eran la Ley de Marcas de 1988 ("LM de 1988") y la Ley General de Publicidad de 1988 ("LGP"), que habían venido a ocupar el lugar de la Ley de Propiedad Industrial de 1902 y el Estatuto de la Publicidad de 1964⁴. Recuérdese también que esas leyes servían a una concepción del régimen contra la competencia desleal que, a las puertas del siglo XXI, seguía anclado en el modelo de represión encarnado por el art. 10 bis del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, esto es, en un modelo definido, en lo esencial, en las Conferencias de Revisión de Bruselas de 1900 y de La Haya de 1925, solo mejorado y completado en las Conferencias de Revisión de Londres de 1934 y de

1 A. Menéndez, *La competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1988, *passim*.

2 C. PazAres, «El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista a la política antitrust», *RDM*, núm. 159, 1981, págs. 7 y ss.; *ib.*, «Constitución económica y competencia desleal», *ADC*, 1981, págs. 927 y ss.

3 Como tempranamente reconocieron los especialistas europeos más autorizados, G. Schricker, en R. Jacobs, W. F. Lindacher y O. Teplitzky, *UWG Grosskommentar*, W. de Gruyter, BerlínNueva York, 1994, Einl. *UWG Rdn.* 304, págs. 436437. Prueba de ello es el reflejo que, en cuanto encabeza la regulación con la determinación de su finalidad y la concreción de los intereses a los que sirve, el art. 1 de la LCD encuentra en el § 1 de la Ley alemana contra la competencia desleal tal y como quedó redactado por medio de la reforma de 2004, sin que pueda desconocerse, a su vez, que aquel precepto de la Ley española refleja a su vez la jurisprudencia y doctrina alemanas que ya habían consolidado anteriormente el llamado *Schutzzwecktrias* [cfr. H. Köhler en H. Köhler y J. Bornkamm, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. UWG*, 31.ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2013, §1 Rn (4) en relación con Rn (1) a (3)].

4 Se puede encontrar una descripción resumida de la legislación española histórica en materia de competencia desleal en H. Baylos, *Tratado de Derecho industrial*, Civitas, Madrid, 1978, págs. 367-380, o en J. Massaguer, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 45-51.

Lisboa de 1958⁵. Y recuérdense asimismo las soluciones fallidas e insuficientes que en el plano sustantivo resultaba de esas normas y, no en último lugar, la falta de medidas eficaces para hacerlas valer y la excesiva benevolencia que el sistema de cumplimiento mostraba hacia los “jugadores profesionales”, incluso a costa de la desprotección los consumidores.

Algunos ejemplos pueden ilustrar lo que implicaba que las leyes de 1988, diez años después del cambio constitucional, siguieran el modelo unionista para combatir la competencia desleal. Me refiero al empleo de las normas de corrección y buenos usos mercantiles como criterio de ilicitud que articulaba la cláusula general (art. 87 LM 1988 y art. 6.b LGP 1988); a la limitación del elenco de actos de competencia desleal objeto de definición propia esencialmente a supuestos relativos al uso de signos distintivos (“*sin perjuicio de lo que se establezca en la legislación general sobre la materia*” [art. 88 LM 1988]), que en todo caso solo incluía los actos de confusión, engaño, denigración y utilización indebida de indicaciones de procedencia y denominaciones de origen (art. 88.a-e LM 1988); a la separación artificiosa entre publicidad engañosa y desleal, con la que se prescindía de la consideración de los intereses de los consumidores para apreciar la existencia de publicidad engañosa cuando perjudicara o pudiera perjudicar a un competidor y para definir la publicidad denigratoria aun cuando lo manifestado pudiera ser cierto y su difusión estar justificada (arts. 4.1 y 6.a LGP 1988); a la los privilegios de los anunciantes, a los que, por una parte, se les atribuía la oportunidad de escapar a la acción de cesación y rectificación tras la difusión de publicidad desleal o engañosa mediante la exigencia de que, como requisito de procedibilidad, antes de demandarles se les requiriera extrajudicialmente el cese o rectificación y se les permitiera de cesar o rectificar en los generosos plazos previstos al efecto (arts. 25 a 27 de la LGP 1988), y a los que, por otra parte, no se exponía a remedios de remoción, indemnización ni publicación de la sentencia (art. 31 LGP 1988), o a los privilegios de los medios de difusión de la publicidad de otros, a los que se dejaba fuera del perímetro de la legitimación para soportar la acción de publicidad ilícita (*ex art. 25.1 LGP 1988*).

En suma, el régimen de la LM de 1988 y la LGP de 1988 no ofrecía, por su fragmentación, una protección general contra la competencia desleal y, por su orientación, estaba fuertemente inclinado hacia la tutela de los empresarios y profesionales más consolidados. Sobre ello, carecía de herramientas eficaces para asegurar la observancia de sus previsiones, vistas las trabas a las que sometía el ejercicio de las acciones de publicidad ilícita⁶, lo limitado de los remedios atribuidos y lo estrecho de la legitimación pasiva, o visto el desajuste entre la acción de infracción marcas que preveía la LM 1988 y las exigencias de la protección contra la competencia desleal. Ese régimen, en fin, reproducía las características del modelo de ordenación de la materia que, en expresión que ha hecho fortuna, se denominó “corporativo” o “profesional”⁷, cuando no solo la realidad económica y social, sino la constitución económica de 1978 exigían avanzar y abrazar el modelo que, en expresión no menos afortunada, se conoció como “social”⁸.

5 G. H. C. Bodenhausen, *Guía para la aplicación del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial*, BIRPI, Ginebra, 1969, págs. 156 y ss., F. Henning-Bodewig, «International Protection Against Unfair Competition», en F. Henning-Bodewig (Ed.), *International Handbook on Unfair Competition*, C. H. Beck-Hart-Nomos, Múnich-Oxford-Baden-Baden, 2013, págs. 9 y ss., págs. 13 -14.

6 Un ejemplo paradigmático de cómo operaban esas trabas se encuentra en SAP Valencia, Secc. 7.^a, de 6 de marzo de 1998 (ECLI: ES:APV:1998:1591).

7 A. Menéndez, *La competencia desleal*, ob. cit., págs. 65-94.

8 A. Menéndez, *La competencia desleal*, ob. cit., págs. 95-146.

A este estado de cosas, y de ahí su oportunidad, puso remedio la LCD. De ella, considerada en su conjunto, bien puede decirse que renovó e incluso “revolucionó” los planteamientos vigentes sobre los objetivos de política legislativa de la protección contra la competencia desleal, el tratamiento sustantivo de la materia, y el sistema de remedios establecido para combatir las conductas desleales. Veámoslo.

1.2. La renovación de la orientación político-legislativa de la protección contra la competencia desleal

La LCD ocupó un lugar central, al lado de la LDC de 1989, en el establecimiento y configuración de un derecho de la competencia ajustado a las exigencias del modelo económico constitucional, y en particular de la instauración de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado como principio rector y espacio de la vida económica de la nación (art. 38 CE), de la imposición a los poderes públicos de la tarea de eliminar las barreras que pongan en riesgo su vigencia (art. 9 CE) y del encumbramiento de la protección de los consumidores a la condición de principio del ordenamiento (art. 51 CE). Así lo anunció el preámbulo de la LCD, que justificó su promulgación por *“la necesidad de adecuar el ordenamiento concurrencial a los valores que han cuajado en nuestra constitución económica”*, y concretó esa necesidad en el *“mantenimiento de un orden concurrencial debidamente saneado”* requerido por *“el interés privado de los empresarios, el interés colectivo de los consumidores y el propio interés público del Estado”*. Y así se explicitó en la definición positiva de la finalidad de la Ley como *“protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado”* (art. 1 LCD 1991).

Con esta finalidad, la Ley estableció la prohibición de la competencia desleal (art. 1 LCD 1991) y dispuso el régimen general de los actos de competencia (art. 2 LCD 1991) de los empresarios, profesionales y, en general, de los que participan en el mercado (art. 3 LCD 1991) mediante la sucesiva determinación de las conductas constitutivas de competencia desleal. La combinación de prohibición y norma de conducta debía resultar, desde la perspectiva que ahora se considera, en la preservación de la competencia como proceso de formación de las relaciones económicas (aspecto al que atendían primariamente los arts. 5 a 12 y 17.2.a y b de la LDC de 1991), así como de la estructura competitiva del mercado (aspecto más bien relacionado con los arts. 14 a 16 y 17.2.c de la LCD de 1991). Como se ve, la orientación de política legislativa con la que se abrió la Ley no fue solo un principio programático, sino que inspiró y determinó de forma principal las proposiciones normativas que acogió y en gran medida acoge, y especialmente la estructura y criterios con los que se expresa el juicio de deslealtad, tanto en la cláusula general como en los concretos grupos de casos de competencia desleal caracterizados en su articulado.

Bajo el primer aspecto, la conformidad con las normas de corrección y buenos usos mercantiles (art. 88 LM y art. 6 LGP 1988) se sustituyó por la conformidad objetiva con las exigencias de la buena fe (art. 5 LCD 1991). Esta es una norma general y objetiva de conducta, en este caso reguladora del ejercicio del derecho individual emanado del reconocimiento constitucional de la libertad de empresa, cuyo contenido está sistemática y materialmente conectado con las exigencias de conducta que impone la competencia económica a quienes, precisamente al amparo de esa libertad, operan en el mercado como oferentes o demandantes de bienes o servicios, a saber: la exigencia de competir por eficiencia o mérito de las prestaciones propias, cuya infracción es un

acto ilícito (art. 1 LCD 1991) y a cuya salvaguarda servía el robusto sistema de remedios que componen la acción de competencia desleal (art. 18 LCD 1991).

Bajo el segundo aspecto, la definición de los actos concretos de competencia desleal se hizo a la luz de esas mismas exigencias normativas y de los intereses en juego, mediante la delimitación fáctica de la conducta y la concreción de las circunstancias en que esa conducta pone en peligro el funcionamiento competitivo de los mercados. Así lo anunció el preámbulo de la Ley al referirse a la decisión de caracterizar los grupos de casos de competencia desleal considerados de forma restrictiva, con la finalidad de salvaguardar prácticas que, por regla general, son adecuadas para dinamizar la competencia y evitar que la aplicación de la Ley se volviera en contra de sus objetivos. Y así se concretó, del modo en que también anticipó el preámbulo de la Ley, mediante una meditada selección de los datos y circunstancias de hecho determinantes de la deslealtad concurrencial de las conductas consideradas porque expresan su aptitud, bien para inducir preferencias y decisiones de mercado que no son libres o no son racionales, bien para frustrar el emprendimiento dirigido a generar oportunidades de negocio cuyo aprovechamiento pueda legítimamente esperar quien las creó sin la clase de interferencia que produce la conducta del tercero, bien para desincentivar el proceso de innovación por medio de la apropiación indebida de los resultados (prestaciones e iniciativas) del esfuerzo de otro, bien para amenazar la estructura o el funcionamiento competitivo del mercado o la igualdad de sus operadores mediante el uso indebido del poder de mercado, la predación o el *free riding*.

Pero no solo esto. El fundamento de la orientación político-legislativa de la LCD, la defensa de la competencia como institución, es compartido con la LDC, con la que forma el núcleo legislativo del derecho de la competencia de nuestro ordenamiento y guarda relaciones especialmente profundas. Valga al respecto recordar ahora, en el plano sustantivo, la coincidencia de criterios de ilicitud, las razones del juicio de deslealtad concurrencial y de ilicitud antitrust, que se aprecia en el reproche formulado contra la sola explotación del poder de mercado (art. 16.2 LCD) o de las prácticas de exclusión (arts. 11.3, 14.2 y 17.2.c LCD). Y en el plano del sistema de observancia de la LCD, la concurrencia del sistema jurídico-privado característico de la materia, previsto en la LCD, y el jurídico-público al que accede mediante la incorporación de los actos de competencia desleal a los ilícitos de defensa de la competencia en los casos en que afecten al interés público por razón de la entidad del falseamiento de la competencia que entrañan (art. 3 LDC)⁹.

1.3. La renovación del tratamiento de la protección contra la competencia desleal

La LCD se concibió, como se indicó en su preámbulo, como ley general cuyo ámbito de vigencia, según las disposiciones dedicadas a establecerlo (arts. 2 a 4 LCD 1991), se extendía a todas las actividades concurrencialmente relevantes, incluidas las de los profesionales y otros operadores de mercado distintos de los empresarios, cualquiera que fuere la naturaleza de esa actividad y de esos sujetos y, por otro lado, cualquiera que fuere el alcance territorial (estatal, supraautonómico

9 J. Massaguer, «Artículo 3», en J. Massaguer, J. M.ª Sala, J. Folguera y A. Gutiérrez, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 6.ª ed., Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020, págs. 383 y ss.; J. Costas, «Prohibición del falseamiento de la competencia por actos de competencia desleal», en F. Hernández Rodríguez y M.ª Pilar Bello, *Derecho de la libre competencia comunitario y español*, Aranzadi, 2009, págs. 213 y ss.

o autónomo) en que pudieran producir sus efectos. Con todo, la traslación de este principio inspirador de la regulación de 1991 no fue tan lejos como debería haber ido: ciertamente, la LCD fue y es una ley general, pero si bien con ella se derogaron las normas de la LM de 1988 sobre esta materia, se mantuvo formalmente la singularidad publicitaria que acogía la LGP a favor de anunciantes y medios, así como las previsiones sobre informaciones proporcionadas con la oferta, modalidades de promoción de ventas y ventas especiales establecidas en la legislación estatal y autonómica sobre defensa de los consumidores y ordenación del mercado interior.

El tratamiento sistemático-sustantivo de la materia de competencia desleal y los preceptos que la Ley dedica a establecerlo se estructuraron mediante las cuatro piezas siguientes. La primera de ellas es la prohibición de la competencia desleal (art. 1 LCD 1991). La segunda, la determinación del ámbito objetivo, subjetivo y territorial de aplicación de la disciplina (arts. 2 a 4 LCD 1991). La tercera, la definición del acto de competencia desleal genérico como vulneración de la norma general a la que está sometida toda conducta realizada en el mercado con finalidad concurrencial y que se establece en la conocida como "cláusula general" (art. 5 LCD 1991). La cuarta y última es una relación de los grupos de casos que, en particular, se reputaron contrarios a la cláusula general, grupos que se seleccionaron por su reiteración e importancia práctica o, singularmente, por la dificultad de su enjuiciamiento y la conveniencia de fijar la ponderación de intereses en juego que el legislador considera más conforme a la finalidad de la regulación de esta materia y que, en particular, se configuran por medio de la definición de la práctica o conducta considerada en cada caso y la indicación de las circunstancias determinantes de su reprochabilidad (arts. 6 a 17 LCD 1991), por lo que, bien miradas las cosas, constituyen una suerte de aplicación legislativa de la cláusula general, y no casos especiales de competencia desleal.

En cuanto a su contenido, como se ha apuntado, las normas sustantivas de la Ley acogieron y formularon de forma resumida los resultados últimos de la evolución legislativa y jurisprudencial del derecho contra la competencia desleal habida en los países en los que el tratamiento de esta materia, además de establecerse por medio de una ley específicamente dedicada a ella cuyos contenidos habían integrado la consideración de los intereses de los consumidores, tenía mayor tradición y calidad. En este sentido, es destacable y notoria la influencia de la legislación, la jurisprudencia y las elaboraciones de la doctrina alemanas y suizas. Así pudo la Ley incorporar en 1991 no solo un modelo de ordenación sustantiva que había probado ser cabal, flexible y exitoso, sino también una depurada, contrastada y bien perfilada regulación, que se adelantaba a la formación jurisprudencial de algunos de los principios que eran entonces y son actualmente postulados irrenunciables de la protección contra la competencia desleal.

Me refiero, en particular, a la extensión de la aplicación de la Ley a todas las conductas que se revelan adecuadas para influir en la formación de las relaciones económicas en el mercado si objetiva e institucionalmente tienen esa finalidad (art. 2 LCD 1991), cualquiera que sea la naturaleza del partícipe en el mercado que las ponga en práctica, privada o pública¹⁰, empresarial o no¹¹ (art. 3 LCD); me refiero asimismo a la supresión de la relación de competencia (art. 3 LCD 1991) o de la

10 F. Vicent, «Poderes públicos y Derecho de la competencia», *RGD*, núm. 583, 1993, págs. 3313 y ss. Últimamente, M. Rebollo Puig, «Acciones de competencia desleal contra actividad pública empresarial», *RAP*, núm. 2210, 2019, págs. 139 y ss.

11 STS núm. 720/2010 de 22 de noviembre (RJ 2011\561), comentada por N. Iráculis, *CCJC*, núm. 86, 2011, págs. 1325 y ss.

intencionalidad como presupuestos del acto de competencia desleal (art. 5 LCD 1991); me refiero, además, a la construcción de un juicio de deslealtad sensible a los intereses a los que sirve la elección de la competencia económica como principio que rige la organización y funcionamiento de la economía (art. 1 LCD 1991) y, por último, a la configuración de un catálogo de grupos de casos de competencia desleal cuyas condiciones de deslealtad están definidas de manera coherente con tales principios generales, primando en no pocas ocasiones, como antes se recordó, la finalidad de dejar sentadas las circunstancias en que algunas prácticas no merecen objeción alguna por ser en realidad reflejo de una mayor eficiencia e incrementar la competencia en los mercados y el bienestar de los consumidores, contra las que con mayor frecuencia los competidores establecidos menos innovadores han tratado de combatir las por medio de la legislación contra la competencia desleal (lo que se ha concretado en el reconocimiento de la *exceptio veritatis* en la definición de actos denigración o de la libertad de comparación, imitación, captación de colaboradores y fijación del nivel de los precios).

1.4. La renovación del sistema de acciones y procedimientos para la protección contra la competencia desleal

Asimismo, el legislador de 1991 tuvo bien presente —seguramente por la dificultad histórica que en nuestro ordenamiento encontró el reconocimiento de una acción de competencia desleal¹² y las que se podía anticipar que encontraría su tramitación por los cauces procesales ordinarios de la época— la necesidad de intervenir decididamente para que la Ley pudiera alcanzar sus objetivos y constituyera así un instrumento eficaz en la lucha contra la competencia desleal.

Ello se concretó en el establecimiento de un cuadro de acciones completo, equilibrado y eficaz, que compone lo que de forma generalizada se conoce como “acción de competencia desleal” (art. 18 LCD 1991), que se completó con una acabada regulación de sus aspectos sustantivos, entre los que se incluyó la anticipación de la tutela cesatoria en las situaciones de mero riesgo (art. 18.b LCD 1991), la amplitud de la legitimación activa, atribuida también a las asociaciones de consumidores y de empresarios (art. 19 LCD 1991), y la legitimación pasiva, que se extendió a los que cooperan¹³ y colaboran en la realización del acto desleal (art. 20 LCD 1991), o la combinación de un plazo anual de prescripción y otro trienal de que cierra definitivamente la ventana de ejercicio (art. 21 LCD 1991).

Y se concretó, por otra parte, en la incorporación de soluciones dirigidas a superar las lagunas más graves de la LEC de 1881, entonces vigente, en aspectos fundamentales para la robustez la protección contra la competencia desleal. En este sentido, se reconoció al demandante la posibilidad de acudir a las diligencias preliminares para la comprobación de hechos de la Ley de Patentes a fin de preparar la acción de competencia desleal (art. 24 LCD 1991)¹⁴, se estableció una regulación especial de las medidas cautelares, en la que destacaba la franca admisión de medidas de

12 S. Bacharach, *La acción de cesación en el Derecho de la competencia desleal*, Tecnos, Madrid, 1993.

13 Previsión que puso fin a la benevolencia mostrada por la LGP de 1988 con los medios de difusión de publicidad: SAP Madrid, Secc. 28ª, de 30 de diciembre de 2009 (JUR 2010\92351).

14 J. Valle, «Las diligencias para la comprobación de hechos en la Ley de Competencia Desleal», *RGD*, núm. 595, 1994, págs. 3717 y ss.

carácter anticipatorio cuyo acomodo en la LEC de 1881 era todavía discutido (art. 25 LCD 1991)¹⁵, y se dejó en manos del juez imponer al demandado la carga de probar la exactitud y veracidad de las indicaciones o manifestaciones enjuiciadas (art. 26 LCD 1991)¹⁶.

2. Las reformas de la Ley de Competencia Desleal

La LCD de 1991 trajo luz (mucha), y las sombras (pocas) que arrojó fueron casi todas salvadas de forma satisfactoria por los desarrollos jurisprudenciales, en gran medida propiciados, a su vez, por la solidez y coherencia de los planteamientos jurídico-políticos y la altura técnica de la Ley (*vide infra* [3] y [5]). El juicio altamente positivo sin reservas que, desde mi punto de vista, merece la Ley de 1991 (y cuanto queda hoy de su redacción original) palidece, sin embargo, si se atiende a los cambios incorporados a su texto por la mayoría de sus reformas. Recordémoslas.

En primer lugar, la disposición adicional tercera de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley de Defensa de la Competencia modificó la redacción original del art. 16 de la LCD (“discriminación y dependencia económica”), para añadir un último inciso en su apartado 2 y un apartado 3 nuevo, ambos actualmente vigentes. En segundo lugar, la disposición derogatoria única, apartado segundo, número 11.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (la “LEC”) derogó buena parte de las disposiciones procesales del capítulo IV de la LCD de 1991 y, en particular, sus arts. 23, 25 y 26 (sobre competencia territorial, medidas cautelares e inversión de la carga de la prueba sobre la exactitud de las alegaciones), mientras que su disposición final cuarta dio una nueva redacción a su art. 22 (sobre el juicio con arreglo al cual se tramitarían los procesos en materia de competencia desleal, hoy derogado). En tercer lugar, la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social introdujo un nuevo apartado tercero en el art. 15 de la Ley de Competencia Desleal relativo a la “violación de normas”. Seguidamente, la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, promulgada con ocasión de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, introdujo una reforma de notable envergadura, que afectó a la estructura, contenido sustantivo y régimen de la acción de competencia desleal. Finalmente, la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales (la “LSE”) ha modificado el texto del art. 13 de la Ley y ha regulado, fuera de la LCD, los aspectos sustantivos de la protección jurídica de los secretos empresariales.

De estas reformas, merecen una especial atención, por su impacto en el régimen inicialmente establecido en 1991, la LEC, la Ley 29/2009 y la LSE, cuya respectiva promulgación, de forma aproximada, ha puesto fin a cada una de las tres décadas de vigencia de la LCD.

15 J. Massaguer, «Las medidas cautelares en la Ley de Competencia Desleal», *RDM*, núm. 206, 1992, págs. 731 y ss.

16 F. Cordón, «Comentario breve a las normas procesales de la Ley de Competencia Desleal», *Actualidad Civil*, 19913, págs. 465 y ss.

2.1. La reforma de la Ley de Competencia Desleal mediante la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

La LEC vació buena parte de los contenidos procesales de la Ley de 1991. De las disposiciones que la Ley dedicó a esta materia, en efecto, solo quedó la determinación del juicio con arreglo a cuyas normas se tramitarían los procesos en materia de competencia desleal, el reconocimiento de la posibilidad de valerse de las diligencias preliminares para preparar el juicio y, en particular, de las llamadas diligencias de comprobación de hechos entonces y ahora reguladas realmente en la Ley de Patentes.

Esta derogación obedeció a uno de los principios programáticos de la reforma de la LEC, a saber, la eliminación de los procesos especiales. Sin embargo, ese no era el caso del proceso sobre competencia desleal al que se refería el art. 22 de la LCD de 1991. En efecto, entonces como ahora era y es un proceso ordinario con ciertas especialidades, que en su mayoría simplemente han mudado de ubicación legal, pues si antes estaban alojadas en la LCD, ahora lo están, bien en la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁷, como sucede en materia de competencia judicial objetiva, cuyo art. 86 ter.2 atribuye a los Juzgados de lo Mercantil, bien en la propia LEC, como sucede en materia de competencia territorial (art. 52.1 12.º LEC), clase de proceso (art. 249.1 4.º LEC), y carga de la prueba de la exactitud y veracidad de indicaciones y manifestaciones realizadas y datos materiales que la publicidad exprese (art. 217.4 LEC). Bien miradas las cosas, solo el régimen de las medidas cautelares ha perdido las especialidades que lo adornaban en la LCD de 1991 como consecuencia de la carta de naturaleza dada a las medidas anticipatorias en el actual art. 727.7 de la LEC, y solo las diligencias preliminares mantienen sus especialidades en la LCD, que al respecto sigue remitiéndose a la Ley de Patentes (art. 36 LCD)¹⁸.

En conjunto, el régimen vigente sobre los aspectos procesales es razonablemente satisfactorio, aunque quizá haya margen de mejora. La inclusión de la competencia desleal en la materia a la que se extiende la competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil¹⁹ ha sido, sin duda, un acierto que ha permitido ganar en homogeneidad y previsibilidad en la interpretación y aplicación de la Ley. Seguramente este efecto habría podido ser mayor si, en materia de competencia territorial, el criterio del lugar de comisión o producción de los efectos del acto de competencia desleal hubiera tenido carácter electivo y no subsidiario respecto del lugar del establecimiento o del domicilio, puesto que habría permitido, como sucedió en los asuntos de propiedad industrial, una especialización judicial por vía de concentración. Y sería mayor si se extendiera el modelo de superespecialización que el CGPJ ha establecido en los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona también para los asuntos de competencia desleal²⁰.

17 R. Bellido, *El proceso civil sobre competencia desleal y propiedad industrial*, Civitas, Madrid, 2002; S. Barona, *Competencia desleal: tutela jurisdiccional —especialmente proceso civil— y extrajurisdiccional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008; A. Armengot y K. Beneyto (Dir.), *Actos de competencia desleal y su tratamiento procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 205 y ss.

18 I. Villar, *Las diligencias preliminares de los procesos de propiedad intelectual y competencia desleal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

19 E. Sanjuán, «Acciones derivadas de la Ley de Competencia Desleal», en P. VELA y otros (Dir.), *Competencias de los Juzgados de lo Mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 41 y ss..

20 Acuerdos de 18 de octubre de 2018 y de 18 de julio de 2019 de la Comisión Permanente de Consejo General del Poder Judicial (BOE núm. 275 de 14 de noviembre de 2018 y BOE núm. 182 de 31 de julio de 2019).

En otro plano, se echa en falta la extensión de las diligencias preliminares de información y de las medidas de aseguramiento de prueba previstas para los casos de propiedad industrial e intelectual (arts. 256.1 7.º, 8.º, 10.º y 11.º y 297.2 II LEC). Este déficit se ha compensado en la práctica con el mayor alcance, favorecido por el tenor del vigente art. 36 de la LCD, que se ha dado a las diligencias de comprobación de hechos en comparación con el que tiene en asuntos de propiedad industrial²¹.

2.2. La reforma de la Ley de Competencia Desleal mediante la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, promulgada con ocasión de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior

La Ley 29/2009 introdujo una importante modificación de la LCD con ocasión de la transposición de la Directiva 2005/29/CE, que excedió de lo necesario para ajustar la regulación vigente a las exigencias de armonización europea²² e introdujo algunas “reformas oportunistas”. A mi modo de ver, la LCD no salió en absoluto mejorada de este proceso de reforma, pero tampoco quedó privada de sus mejores virtudes²³. De hecho, seguramente lo mejor que se puede decir de los cambios de 2009 es que, a pesar de ampliar su ámbito objetivo, alterar en parte la orientación y estructura de la Ley, modificar su contenido sustantivo y llamar a su aplicación también a la administración de consumo, las novedades que introdujo se han revelado poco trascendentes en la práctica por varias razones.

Por un lado, como sostuvo el Reino de España en el procedimiento que promovió la Comisión Europea por incumplimiento del deber de transponer la Directiva 2005/29/CE²⁴, el ordenamiento interno en la materia objeto de armonización no contradecía la Directiva; incluso podría haberse dicho que en lo esencial la Directiva estaba implementada y que cualquier situación en la que se advirtieran diferencias podía solventarse sin dificultad mediante una interpretación (por lo demás obligada) que salvaguardara el efecto útil de las disposiciones de la Directiva.

Por otro lado, la regulación contra la competencia desleal mantuvo su unidad formal y material mediante una ampliación de la noción de acto concurrencial o, si se prefiere, del ámbito objetivo de aplicación de la LCD mediante la inclusión de las prácticas realizadas antes, durante o después de una operación comercial o contrato entre los actos de competencia sujetos a la Ley (art. 2.3

21 J. Massaguer, *Comentario*, ob. cit., Art- 24, núms. (4)-(6).

22 J. Massaguer, *El nuevo Derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, Civitas, Madrid, 2006, págs. 154-164; J. Massaguer, F. Marcos y A. Suñol, «La transposición al derecho español de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales», *BMJ*, núm. 2013, págs. 1925 y ss.; R. García Pérez, «Tiempos de cambio para el Derecho contra la competencia desleal», *ADI*, vol. 36, 2005-2006, págs. 475 y ss.

23 Como en conjunto muestra el completo y enriquecedor estudio de la Ley 29/2009 de A. Tato, P. Fernández Carballo-Calero y Ch. Herrera, *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, La Ley, Las Rozas, 2010, *passim*. Sobre la reforma de 2009, *vid.* también, J. I. Ruiz Peris (Dir.), *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

24 STJUE de 23 de abril de 2009, asunto C-321/08 «Comisión c. Reino de España» (ECLI: EU:C:2009:265).

LCD). Esta decisión legislativa se ha valorado críticamente porque los actos de competencia no comprenderían todas las prácticas comerciales objeto de la Directiva 2005/29/CE y, en particular, no comprenderían las prácticas comerciales hechas después de una transacción comercial²⁵. Seguramente el desajuste entre acto de competencia y práctica comercial podría haberse salvado más lucidamente desde un punto de vista de técnica legislativa, sea reemplazando el acto concurrencial por un concepto más elevado que comprendiera los actos de competencia y esas prácticas comerciales, como se hizo en Alemania con la incorporación de la noción de la "acto comercial" ("geschäftliche Verhandlung") en la ley de transposición de la Directiva²⁶, sea configurando correctamente el acto de competencia como concepto normativo, esto es, como concepto cuyo contenido es definido legalmente en un sentido no necesariamente coincidente con el que tienen los términos empleados en el uso normal del lenguaje, como en realidad hizo la Ley 29/2009 de forma, como se ha dicho, técnicamente mejorable. Pero habrá de reconocerse que esta solución tuvo la virtud de no desgajar el régimen positivo de la materia y separar, según el modelo del derecho de la UE, la regulación de las prácticas comerciales con consumidores, de las que trata la Directiva 2005/29/CE con la vista puesta solo en la defensa de los intereses de los consumidores, y no en la salvaguarda de la competencia en el mercado y de espaldas a los demás intereses afectados, y la publicidad engañosa y comparativa, de la que, en cambio, trata la Directiva 2006/114/CE desde la perspectiva de los intereses de los competidores.

En este mismo sentido, las modificaciones incorporadas a la regulación de la Ley no alteraron sus principios, los formulados en su preámbulo como generalidad, modernidad e institucionalidad. De hecho, alguno de ellos se reforzó, como sucedió con la generalidad de la LCD: la reforma de 2009 hizo lo que debió haberse hecho en 1991 y, en este sentido y de forma técnicamente mejorable, trasladó del régimen sustantivo de la publicidad engañosa y desleal a la Ley, calificó todas las modalidades de publicidad ilícita como competencia desleal y sustituyó la acción de publicidad ilícita por la acción de competencia desleal (arts. 1, 10 y 18 LCD, arts. 3.e y 6 LGP). Por su parte y a pesar de su difícil encaje con la orientación de la Directiva, el principio de institucionalidad no sufrió merma, debido a la determinación del legislador, no siempre trasladada de una forma técnicamente elegante al texto de la Ley, de mantener la defensa de la competencia reformada como bien jurídico protegido y la ponderación de los intereses de todos los partícipes en el mercado, incluidos los de sus operadores profesionales, y del interés general en el marco de la finalidad de la LCD. Así sucedió, tanto en la propia cláusula general, en la que se encajó la cláusula general de la Directiva, gobernada por los intereses de los consumidores, mediante la concreción de las exigencias de la buena fe en el ámbito particular de las relaciones con los consumidores a modo de versión consumerista de una cláusula general de naturaleza bifronte²⁷, como en las normas dedicadas a definir los actos desleales objeto

25 R. García Pérez, «La reforma del Derecho contra la competencia desleal: ¿Hacia el Derecho de la lealtad?», en J. A. Gómez Segade y A. García Vidal (Eds.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, M. Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, págs. 325 y ss.

26 H. Köhler en H. Köhler y J. Bornkamm, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, ob. cit., § 2, Rn. (3), (6), (8)-(10), (31)-(41), (54). La ley alemana de transposición de la Directiva 2005/29/CE ha sido excelentemente traducida y anotada por R. García Pérez, «Nuevo texto de la Ley de Competencia Desleal alemana (UWG): Traducción con anotaciones», *ADI*, vol. 29, 2008-2009, págs. 699 y ss. de quien tomo la expresión "acto comercial" para designar la expresión alemana "geschäftliche Verhandlung".

27 J. A. Gómez Segade, «La nueva cláusula general en la LCD», en J. A. Gómez Segade y A. García Vidal (Eds.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI*, ob. cit., pág. 331 y ss., págs. 335, 339-343. Sobre esta materia, *vid.* también J. I. Ruiz Peris, «La reforma de la cláusula general de la Ley de Competencia Desleal», en J. I. Ruiz Peris (Dir.), *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, ob. cit., págs. 37 y ss.; A. Robles Martín-Laborda, «El modelo de conducta en la nueva cláusula general de la Ley de Competencia Desleal. Una crítica leve», *DN*, núm. 240, 2010, págs. 5 y ss.

de especial consideración en la Directiva, que mantuvieron su alcance general, esto es, que trataron por igual los actos efectuados en las relaciones con consumidores y con operadores económicos profesionales, como sucedió con los actos de engaño²⁸ y las prácticas agresivas²⁹.

Asimismo, se preservó el sistema jurídico privado de observancia de la Ley, al que, como debía esperarse, no se ha acudido con frecuencia para combatir los actos de competencia desleal legalmente categorizados como prácticas comerciales desleales con los consumidores (arts. 19 a 31 LCD).

Pero no puede ocultarse que hubo cambios notables en la estructura y sustancia de la LCD. Entre ellos, pueden recordarse la redefinición del ámbito objetivo de aplicación, ya mencionada (art. 2.3 LCD); la calificación de los actos de competencia desleal producidos en las relaciones con los consumidores, que no perdieron la consideración de actos de competencia desleal, como prácticas comerciales desleales con consumidores (art. 19 LCD), de donde resulta en este ámbito la concurrencia de un sistema de defensa contra la competencia desleal de carácter jurídico-privado (instrumentado mediante la acción de competencia desleal y gestionado por jueces y tribunales del orden civil) y otro jurídico-público (instrumentado por medio de ilícitos administrativos e insertado en el ámbito administrativo sancionador) derivado de la calificación de esta particular categoría de actos de competencia desleal como infracción en materia de defensa de los consumidores y usuarios perteneciente al ámbito de las potestades sancionadoras de las autoridades competentes en materia de consumo (arts. 19, 47.3, 49.1.l LCU)³⁰; el desarrollo de las prácticas comerciales desleales con consumidores mediante la definición de ilícitos concretos de esta clase con una precisión que supuestamente debería evitar la realización de juicios de valor para apreciar su comisión (arts. 20 a 31 LCD), entre los que destacan las prácticas relacionadas con la indebida utilización de derecho de propiedad industrial (art. 20 LCD) tanto por su originalidad (pues no eran exigencia de la Directiva) como por su relevancia sistemática³¹; la reordenación de los remedios comprendidos en la acción de competencia desleal, en la que destaca un novedoso e inexplicable tratamiento de la publicación de la sentencia (art. 32.2 LCD); la revisión y ampliación de la legitimación activa para el ejercicio de la acción de competencia desleal (art. 33 LCD); el reconocimiento y regulación básica de los códigos de conducta (arts. 37 a 39 LCD), que encontraron un conveniente respaldo institucional, sin que sus mecanismos de resolución de disputas se impusieran con carácter general a adheridos y no adheridos como paso previo a la litigación ante los órganos jurisdiccionales³².

28 A. Tato, P. Fernández Carballo-Calero y Ch. Herrera, *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, ob. cit., págs. 104-105.

29 P. Montero, «La deslealtad de las prácticas comerciales agresivas entre competidores», *ADI*, vol. 32, 2011-2012, págs.173 y ss.; lb., «El catálogo de prácticas comerciales destinadas a los consumidores», *ADI*, vol. 32, 2011-2012, págs. 195 y ss.

30 Z. Bednarz, «Acciones individuales a disposición de los consumidores perjudicados por prácticas comerciales desleales: perspectiva del derecho europeo comparado», *RDCE*, núm. 23, 2018, págs. 1 y ss. (formato electrónico).

31 L. A. Marco, «El tratamiento de los signos distintivos en la reforma de la Ley de Competencia Desleal: Principales cuestiones», *ADI*, vol. 31, 2010-2011, págs. 231 y ss.; R. García Pérez, «Nuevas relaciones entre la Ley de Marcas y la Ley de Competencia Desleal», *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1, 2012, págs. 25 y ss.

32 P. Fernández Carballo-Calero, «Algunas notas sobre la autorregulación en la nueva legislación contra la competencia desleal», *ADI*, vol. 29, 2008-2009, págs. 89 y ss.; A. Bercovitz, «Los códigos de conducta, la autorregulación y la nueva ley de competencia desleal», en J. A. Gómez Segade y A. García Vidal (Eds.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI*, ob. cit. págs. 271 y ss.; J. Massaguer, «Códigos de conducta y competencia desleal: aspectos sustantivos y procesales», *Indret*, 2.2011, págs. 1 y ss.; R. Fuentes, «Las repercusiones judiciales de los códigos de conducta con la reforma de la Ley de Competencia Desleal», en J. M. Martín Osante y otros (Dir.), *Orientaciones actuales del Derecho mercantil. IV Foro de Magistrados y Profesores de Derecho Mercantil*, M. Pons, Madrid, 2013, págs. 143 y ss.; N. Iráculis, «El incumplimiento de códigos de conducta como acto de competencia desleal», en J. I. Ruiz Peris, J. Viera y J. A. Echebarría (Dir.), *La reforma de los contratos de distribución comercial*, La Ley, Las Rozas, 2013, págs. 645 y ss.

2.3. La reforma de la Ley de Competencia Desleal mediante la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales

La última de las reformas de la LCD se ha producido de la mano de la LSE, que mantiene la consideración de que la violación de secretos empresariales es un acto de competencia desleal, pero exporta su entera regulación positiva a la ley especial (art. 13 LCD)³³.

Esta solución no debe llevar a engaño. En efecto, la protección de los secretos empresariales es materia sistemática y sustantivamente encuadrada en el ámbito de la propiedad industrial o, en sentido amplio, propiedad intelectual, como resulta al menos de su tratamiento institucional, positivo, estructural y patrimonial. En el plano institucional, la protección del secreto empresarial es una de las modalidades de propiedad intelectual cuyo reconocimiento, obligación de proteger y regulación mínima establecen los arts. 1.2 y 39 del Acuerdo sobre los ADPIC. En el plano positivo, por su parte, el fundamento de la competencia legislativa estatal en esta materia se halla en el art. 149.1 9.ª de la CE, relativo a la legislación sobre propiedad industrial (disposición final cuarta de la LSE). Desde un punto de vista estructural, es cierto que las medidas dispuestas para la protección de los secretos empresariales no incluyen la atribución de un derecho de exclusiva sobre la información que constituye su objeto frente a todos, pero no lo es menos que su tutela jurídica se concreta en la atribución de un derecho de exclusión derivado del reconocimiento de las acciones de cesación y remoción para la defensa de esa información frente a terceros cuya conducta no ha sido autorizada por su titular ni se encuadra entre las salvaguardadas por la Ley, que es la estructura propia de los derechos de propiedad industrial e intelectual; no cambia las cosas que, en el plano de la justificación político-legislativa, la reprochabilidad de la violación de secretos empresariales esté relacionada con la forma reprochable de obtención de la información protegida, porque, bien miradas las cosas, esto mismo sucede con la protección de los modelos y dibujos comunitarios no registrados (art. 19.2 RMDyMC). En fin, la protección jurídica de los secretos empresariales tiene reconocida legalmente naturaleza de derecho subjetivo patrimonial (párrafo tercero del apartado III del preámbulo de la LSE), del mismo modo en que la tienen los derechos de propiedad industrial e intelectual más canónicos.

Así las cosas, el mantenimiento de la calificación de la violación de secretos empresariales como acto de competencia desleal solo establece el régimen subsidiario de protección de los secretos empresariales (párrafo último del apartado III del preámbulo de la LCD). Y en ello no hay nada que no suceda con las demás modalidades de propiedad industrial e intelectual: en efecto, se trata de la expresión positiva del principio de complementariedad relativa que media entre las normas sobre propiedad industrial e intelectual y las de competencia desleal, excepción hecha de que, para llenar las lagunas que deje la LSE podrá acudir a la LCD sin necesidad de que la conducta relevante deba constituir por sí misma un acto de competencia desleal según las normas de esta Ley.

33 J. Massaguer, «De nuevo sobre la protección jurídica de los secretos empresariales (a propósito de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de secretos empresariales)», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 51, 2019, págs. 46 y ss.

3. Los desarrollos jurisprudenciales

La Ley de 1991 no fue ni pretendió ser una ley exhaustiva y definitiva, en cuyas disposiciones pudiera subsumirse cualquier conducta incluida en su ámbito de aplicación por medio del simple expediente de comprobar la presencia o ausencia de las circunstancias fácticas de deslealtad indicadas en su texto, sin necesidad de valorar aspectos cualitativos, hacer pronósticos sobre el estado de cosas al que habría de conducir la conducta considerada o, en fin, apreciar los concretos intereses en juego del caso.

Más bien fue concebida y construida del modo contrario, como corresponde a una materia que por su propia naturaleza es una "materia de casos", porque el enjuiciamiento de las conductas relevantes solo puede hacerse en atención a las circunstancias propias del supuesto de hecho considerado, y además está abierta a una evolución imprevisible, a la continua aparición de nuevas estrategias y prácticas y a la mudanza del equilibrio entre los intereses concernidos. En este escenario, no cabe confiar en la intervención del legislador para fijar el juicio de deslealtad de cada nueva conducta o de cada nueva configuración de una conducta típica, porque esa intervención, si se produce, necesariamente irá por detrás de una realidad en cuya esencia está el cambio. Atenta a ello, la Ley, lejos de incluir relaciones cerradas de elementos y condiciones en cuya presencia la conducta enjuiciada se reputa desleal, incluyó formulaciones abiertas que, por una parte, definían en términos genéricos las conductas en cada caso consideradas ("*todo comportamiento que resulte idóneo para...*", "*la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica...*", "*la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas...*", "*la comparación pública de la actividad, las prestaciones o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero cuando...*", "*la imitación de prestaciones e iniciativas empresariales ajenas...*", etc.) y, por otra parte, establecían en general los criterios determinantes de su deslealtad como efectos esperables ("*confusión*", "*error*", "*menoscabo del crédito*", etc.) o modos de proceder ("*aprovechamiento indebido*", "*con la finalidad de expulsar a un competidor del mercado*", "*abuso*", "*prevalimiento*"). Vale decir, la Ley exigía y todavía exige, al menos en los preceptos de 1991, que los tribunales que efectúen un juicio de deslealtad caso por caso, encuadren objetivamente la conducta controvertida entre las sujetas a la norma considerada y, en su caso, valoren los efectos esperables o el modo de proceder observado teniendo en cuenta las concretas circunstancias e intereses involucrados en cada supuesto. Y para ello sus normas sustantivas (arts. 5 a 17 LCD 1991) proporcionaron las pautas que, con el apoyo de la definición de la finalidad de la ley (art. 1 LCD 1991) y la caracterización general del acto de competencia desleal en la cláusula general (art. 5 LCD 1991), debían guiar la formulación del juicio de deslealtad procedente en el caso considerado.

No puede extrañar por ello que a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y a la doctrina de jueces y tribunales haya correspondido un papel de primer orden en el desenvolvimiento y configuración del sistema de protección contra la competencia desleal tal y como hoy se entiende, mediante la concreción de las fórmulas genéricas y construcción de los conceptos abiertos empleados en la Ley, mediante la formulación última de las reglas que rigen su tratamiento a partir de las reglas generales de la Ley. No puede dejar de reconocerse, como está implícito en lo que acaba de decirse, que ello estaba alentado y facilitado por la estructura y la sustancia normativa de las dis-

posiciones de la LCD, y sobre ello que estas dejaron dibujado un razonable entorno de seguridad jurídica para efectuar este ejercicio.

Así ha sucedido destacadamente con la determinación del contenido y alcance de la noción de la buena fe sobre la que se construye la norma de conducta y el ilícito que establece la cláusula general (art. 5 LCD 1991). Las aportaciones jurisprudenciales al respecto se concretan en el reconocimiento de que la cláusula general establece una norma sustantiva de conducta en un sentido estricto y, por ello, de necesaria observancia para quien opere en el ámbito de aplicación de la Ley, susceptible por tanto de ser infringida y determinante de la exposición a la acción de competencia desleal³⁴; con la determinación de las fuentes de integración de las exigencias de la buena fe, que se ha hecho de forma consecuente con la orientación político legislativa de la Ley y el contenido normativo del principio de competencia, esto es, con el mandato de competir por eficiencia o mérito³⁵; con la definición de la relación sistemática entre la cláusula general y los supuestos concretos de competencia desleal merecedores de una definición propia según un principio de especialidad interna, que solo sujeta a la cláusula general los comportamientos que no se encuentran comprendidos entre los que merecen una consideración específica en el elenco de grupos de casos de competencia desleal³⁶, y que ha tenido la virtud de evitar que la cláusula general se convirtiera en fuente de lo que la jurisprudencia ha denominado una "antijuricidad degradada"³⁷ y, con ello, el acierto de impedir que la aplicación de la Ley acogiera las pulsiones conservadoras que habría traído la equiparación de la buena fe a los buenos usos y normas de corrección mercantiles³⁸; con la caracterización y elaboración, a partir de la cláusula general, de nuevos grupos de casos de competencia desleal, entre los que por su importancia en la práctica merecen reseñarse la obstaculización indebida³⁹ y, como modalidades de esta, el sabotaje⁴⁰ o el boicot⁴¹, y el expolio⁴².

En segundo lugar, son notables los desarrollos de la doctrina judicial en algunos aspectos clave de orden sistemático, unos internos a la propia LCD y otros externos. Entre los primeros destaca la definición del espacio que corresponde a los actos de confusión y aprovechamiento indebido de la reputación ajena (arts. 6 y 12 LCD), por una parte, y, por otra, los actos de imitación (art. 11 LCD), reservando los primeros a la utilización de signos distintivos y el segundo a la utilización de

34 SSTS núm. 95/2014 de 11 de marzo (ECLI: ES:TS:2010:1107), con cita de otras, entre las que destaca por su redacción precisa y rigurosa la STS núm. 1032/2007 de 8 de octubre (RJ 2007\6805).

35 STS núm. 395/2013, de 19 junio (RJ 2013\6716).

36 STS núm. 64/2017 de 2 de febrero (ECLI: ES:TS:2017:357), con cita de otras, entre las que asimismo destaca la STS núm. 1032/2007 de 8 de octubre (RJ 2007\6805).

37 STS núm. 64/2017 de 2 de febrero (ECLI: ES:TS:2017:357).

38 STS núm. 1032/2007 de 8 de octubre (RJ2007\6805).

39 SAP Barcelona, Secc. 15.^a, de 28 de septiembre de 2017 (AC 2017\1329), con cita de otras. A. Suñol, «La aplicación de la cláusula general prohibitiva de actos de competencia desleal a los actos de obstaculización», *Aranzadi Civil*, núm. 10, 2003, págs. 15 y ss.

40 STS núm. 170/2014 de 8 de abril (RJ 2014\2593), comentada por P. Fernández Carballo-Calero, «El sabotaje de bases de datos como acto de competencia desleal», *CCJC*, núm. 97, 2015, págs. 1 y ss. (formato electrónico).

41 AAP Barcelona, Secc. 15.^a, de 11 de junio de 2020 (ECLI: ES:APB:2020:4228A).

42 Por ejemplo, mediante la desviación de clientela desde el interior de la empresa ajena hacia la propia cuando todavía se colabora con aquella: STS núm. 19/2011 de 11 de febrero (ECLI: ES:TS:2011:716).

prestaciones ajenas⁴³, lo que ha evitado el solapamiento y mixtura de los principios que gobiernan el juicio que merecen unos y otros. Entre los segundos debe mencionarse el establecimiento de la relación entre la LCD y otras disposiciones legales reguladoras de materia comprendida en su ámbito de aplicación. Este es el caso de la definición de la relación entre la LCD y la LGP antes de la reforma de 2009, solucionada jurisprudencialmente por medio de la proclamación de una situación de concurso de acciones que permitía al actor fundar su acción en la LCD y escapar a las trabas artificiosas que el sistema de reclamaciones extrajudiciales previas imponía al ejercicio de la acción de publicidad ilícita⁴⁴, si bien esta es cuestión superada con la Ley 29/2009 (*vide supra* [2.2]). Y lo es también el caso de la relación entre la LCD y las leyes de protección jurídica de la propiedad industrial e intelectual, solucionada por la jurisprudencia con la asunción de la llamada doctrina de la complementariedad relativa⁴⁵.

En tercer lugar, no pude dejar de mencionarse la contribución decisiva de jueces y tribunales a perfilar y concretar las circunstancias que, para cada grupo de casos, determinan la deslealtad de la conducta correspondiente. Así ha sucedido, de forma singular, con la definición del ámbito objetivo de aplicación de la Ley, donde la realización en el mercado, la finalidad concurrencial y la presunción de finalidad concurrencial no se diferencian en la letra de la Ley con nitidez suficiente, que se ha resuelto por lo general negando que sea necesario atender a la intención del sujeto agente, afirmando la suficiencia de la comprobación de la idoneidad de la conducta para influir en los procesos de mercado⁴⁶ y descartando que concurra en los casos en los que la finalidad concreta se corresponde con la institucional, no concurrencial, propia del sujeto responsable de la conducta enjuiciada⁴⁷; con la determinación de lo indebido del aprovechamiento del esfuerzo ajeno que funda la deslealtad de la imitación, más allá de la reproducción mecánica de las prestaciones ajenas, en atención al ahorro o reducción significativa de los costes de producción o comercialización⁴⁸; con la precisión de las expectativas concurrencialmente dignas de tutela que cabe albergar legítimamente sobre la clientela o la continuidad de la relación con trabajadores y colaboradores ante la interferencia de un tercero y, con ello, la indicación de los medios empleados para aproximarse a una y a otros que merecen reprobación y sobre todo de los resultados y forma de alcanzarlos que fundan en estos casos el reproche de deslealtad⁴⁹.

43 STS núm. 95/2014 de 11 de marzo (ECLI: ES:TS:2010:1107), con cita de otras, y especialmente interesante por la precisa caracterización de esta práctica desleal es la SAP Madrid, Secc. 28ª, de 30 de mayo de 2006 (AC 2007\362) o la SAP Barcelona, Secc. 15ª, de 28 de noviembre de 2008 (JUR 2009\144646).

44 SSTS núm. 515/2005 de 4 de julio (RJ 2005\5093), núm. 130/2006 de 22 de febrero (RJ 2006\828).

45 STS núm. 504/2017 de 15 de septiembre, y en la literatura J. Massaguer, *Comentario*, ob. cit., Introducción (60), y ampliamente Id., *Acciones y procesos de infracción de propiedad industrial*, 2.ª ed., Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020, pfos. (340)-(369).

46 Últimamente, STS núm. 59/2019 de 29 de enero (ECLI: ES:TS:2019:140). Entre los autores, R. García Pérez, «El ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Competencia Desleal», *DN*, núm. 200, 2007, págs. 7 y ss.; A. Suñol, «Los elementos estructurales que definen la conducta sometida a la Ley de Competencia Desleal», *RDM*, núm. 284, 2012, págs. 181 y ss.

47 SAP Santa Cruz de Tenerife; Secc. 4.ª, de 21 de julio de 2010 (AC 2010\1863).

48 STS núm. 888/2010 de 30 de diciembre (ECLI: ES:2010:7740), sentencia del Pleno comentada por A. Suñol, «Actos de imitación desleal por comportar un aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno», en M. Yzquierdo (Coord.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina civil y mercantil*, vol. 4, Dykinson, Madrid, 2011, págs.1075 y ss., cuya doctrina han seguido las SSTS núm. 675/2014 de 3 de diciembre (ECLI: ES:TS:2014:5701), y, aunque con algún matiz sobre el que se volverá *infra* (6.3), núm. 254/2017 de 26 de abril (ECLI: ES:TS:2017:1629).

49 Por ejemplo, STS núm. 822/2011 de 16 de diciembre (RJ 2012\48), y últimamente SAP Barcelona, Secc. 15.ª, de 22 de abril de 2020 (AC 2020\1026).

A estos desarrollos jurisprudenciales se suman otros que, en realidad, son remedio a defectos en las opciones o redacción de la Ley o respuesta a ciertas controversias que su redacción no logró solucionar satisfactoriamente por distintas razones. Así ha sucedido en relación con la concreción de la noción de secreto empresarial, que debió ser importada del art. 39 del Acuerdo sobre los ADPIC⁵⁰ mientras su protección jurídica estuvo alojada en la LCD (*vide supra* [2.3]); con los elementos que componen la estructura de la violación de normas desleal y sus condiciones de aplicación (art. 15 LCD), donde ha sido necesario precisar el significado que a sus efectos debe darse a la expresión “leyes” y, en particular, precisar que son cualesquiera normas que, con independencia de su rango, reúnen las características propias de las disposiciones jurídicamente vinculantes⁵¹, donde también ha sido preciso aclarar que el acto de competencia desleal no es la violación de normas, sino el prevalimiento de la ventaja que de ella deriva, con la consecuencia de que la conducta desleal puede atribuirse a quien obtenga la ventaja y se prevalga de ella aunque no sea el responsable de la violación de la norma considerada⁵², y ha sido igualmente preciso dejar sentada la competencia del juez de lo mercantil para pronunciarse sobre la comisión de la violación de la norma alegada a los solos efectos de tener por comprobado o no un elemento fáctico de la conducta desleal⁵³. En otro ámbito, jueces y tribunales han debido establecer que el inicio del cómputo del plazo de prescripción para las conductas duraderas o reiteradas se sitúa en la finalización del acto considerado⁵⁴ y que los plazos anual y trienal previstos para el ejercicio de la acción de competencia desleal son mutuamente excluyentes⁵⁵.

4. La contribución de la doctrina de los autores

La Ley no fue necesariamente bien recibida. De hecho, algunas voces autorizadas expresaron críticas especialmente duras en relación con su orientación y contenidos sustantivos que poco pusieron en claro y a la postre ninguna influencia tuvieron⁵⁶. La mayoría se inclinó por el estudio constructivo de sus disposiciones, mediante el que las cosas se pusieron en su sitio; se ha dado la razón a quienes, de forma serena y ponderada, saludaron la promulgación de la Ley⁵⁷. Desde hace ya tiempo, en efecto, no se cuestiona y desde luego no se cuestiona radicalmente ninguna de las facetas esenciales (política, sustantiva o relacionadas con el sistema de observancia) de la LCD. An-

50 STS núm. 952/2011 de 4 de enero (RJ 2012\3641), y más claramente SSAP Barcelona, Secc. 15ª, de 21 de febrero de 2019 (ECLI: ES:APB:2019:1387), Madrid, Secc. 28ª, de 19 de diciembre de 2016 (ECLI: ES:APM:2016:17625).

51 STS núm. 500/2012, de 24 de julio (ECLI: ES:TS:2012:5929).

52 STS núm. 1137/2003 de 28 de noviembre (LA LEY 11475/2004), SAP, Secc. 25ª, de 9 de julio de 2012 (LA LEY 147145/2010).

53 STS núm. 1384/2006 de 29 de diciembre (RJ 2007\1714).

54 Recientemente, STS núm. 344/2019 de 14 de junio (ECLI: ES:TS:2019:1902), según doctrina del Pleno del Tribunal Supremo establecida en SSTS núm. 872/2009 de 18 de enero de 2010 (RJ 2010\1401) y núm. 871/2009 de 21 de enero de 2010 (RJ 2010\1275), comentadas por J. Massaguer, «Sentencias del Tribunal Supremo de 18 y 21 de enero de 2010. Prescripción de las acciones de competencia desleal», en M. Yzquierdo (Dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, vol. 4, Dykinson, Madrid, 2011, págs. 371 y ss., o por J. Gutiérrez Gilsanz, «Actos de competencia desleal de carácter duradero y prescripción de acciones», *RDM*, núm. 284, 2012, págs. 103 y ss.

55 STS núm. 344/2019 de 14 de junio (ECLI: ES:TS:2019:1902).

56 C. Fernández Novoa, «Reflexiones preliminares sobre la Ley de competencia desleal», *La Ley* 19912, págs. 1179 y ss.; J. M. Otero, «La nueva Ley sobre competencia desleal», *La Ley*, 19914, págs. 1053 y ss.

57 F. Vicent, «Otra opinión sobre la Ley de Competencia Desleal», *RGD*, núms. 589590, 1993, págs. 9975 y ss.

tes bien, sucede lo contrario, sin perjuicio claro está de los lógicos y enriquecedores desacuerdos con esta o aquella interpretación dominante en la jurisprudencia o en la literatura.

La contribución de la doctrina de los autores a definir el entendimiento y sentido de los contenidos materiales de la Ley no ha sido poca. En efecto, la LCD ha sido ampliamente estudiada de forma constructiva por los autores, cuya labor, superado el inicial recibimiento arisco, dio continuidad al trabajo del legislador y proporcionó herramientas útiles para la comprensión de la materia y de su regulación. Este esfuerzo ha fructificado en diversos comentarios al articulado de la Ley⁵⁸ y en estudios sistemáticos completos de su régimen⁵⁹, en numerosas monografías⁶⁰, no pocas de las cuales son reelaboraciones de tesis doctorales, en artículos publicados en revistas científicas y prácticas⁶¹, y en recopilaciones de jurisprudencia sistematizada y anotada⁶² o en un sinfín de comentarios de sentencias. Estos trabajos han tenido una importante influencia en el desarrollo del sistema de protección contra la competencia desleal y, en particular, en su aplicación por jueces y tribunales. En este sentido no es infrecuente que autos y sentencias incluyan citas de los trabajos doctrinales más señeros o referencias a la doctrina en la fundamentación jurídica de sus pronunciamientos⁶³, y a decir verdad es aún menos infrecuente que sus textos incluyan pasajes inspirados en contribuciones doctrinales sin fuente ni mención⁶⁴. Y, quizá más significativamente, las sentencias cuya doctrina es más discutible se dictaron antes de que vieran la luz los primeros trabajos doctrinales de algún fuste⁶⁵.

58 J. Massaguer, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999; F. Martínez Sanz (Dir.), *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Tecnos, Madrid, 2009; A. Bercovitz (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi – Thomson Reuters, 2011.

59 A. Bercovitz, *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, BOECámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992; J. A., García Cruces (Coord.), *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014; A. Armengot y K. Beneyto (Dirs.), *Actos de competencia desleal y su tratamiento procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

60 Entre los que se pueden destacar M. Virgós, *El comercio internacional en el nuevo Derecho español de la competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1992; P. Portellano, *La imitación en el Derecho de la competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1995; A. Tato, *La publicidad comparativa*, M. Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 1996; F. Palau, *Descuentos promocionales*, M. Pons, Barcelona – Madrid – Buenos Aires, 1998; R. Bellido, *La tutela judicial civil frente a la competencia desleal*, Comares, Granada, 2002; A. Emparanza, *El boicot como acto de competencia desleal contrario a la libre competencia*, Civitas, Madrid, 2000; E. M.ª Domínguez Pérez, *Competencia desleal a través de actos de imitación sistemática*, Aranzadi, Thomson – Reuters, Cizur Menor, 2003; L. J. Porfirio, *La discriminación como acto de competencia desleal*, M. Pons, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, 2003; A. Suñol, *El secreto empresarial*, Civitas, Madrid, 2009; R. Lara, *La denigración en el Derecho de la competencia desleal*, Civitas, Madrid, 2007.

61 Entre los trabajos más influyentes sobre aspectos de la LCD no reformados en 2009 o reformados pero anteriores a 2009, pueden mencionarse J. Alfaro, «Competencia desleal por infracción de normas», *RDM*, núm. 202, 1991, págs. 667 y sigs.; M. Monteagudo, «El riesgo de confusión en Derecho de marcas y en Derecho contra la competencia desleal», *ADI*, vol. 15, 1993, págs. 73 y ss.; E. Boet, «Los actos de imitación servil en la Ley de Competencia Desleal», *RDM*, núm. 213, 1994, págs. 505 y ss.; A. Suñol, «Los elementos estructurales que definen la conducta sometida a la Ley de Competencia Desleal», *RDM*, núm. 284, 2012, págs. 181 y ss.; E. Boet, «Protección de las creaciones de forma», *RDM*, núm. 291, 2014, págs. 40 y ss.

62 R. García Pérez, *Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

63 Por ejemplo, SJM núm. 1 Madrid de 25 de enero de 2021 (ECLI: ES:JMM:2021:4).

64 Por ejemplo, SAP Castellón, Secc. 3.ª, de 1 de junio de 2006 (ECLI: ES:APCS:2006:485).

65 SSTs de 3 de febrero de 1995 (ECLI: ES:TS:1995:1193), que descartó la existencia de publicidad engañosa ante la falta de prueba de que un consumidor hubiere sido efectivamente inducido a error, o núm. 126/1997 de 24 de febrero (ECLI: ES:TS:1997:1289) (comentada por J. I. PEINADO, «Comparación y denigración de la imagen de empresas indirectamente aludidas», *RDM*, 1998, núm. 230, 1998, págs. 1601 y ss.), que no recoció como tal un caso, a mi juicio, relativamente fácil de publicidad comparativa testimonial.

5. La aplicación de la Ley de Competencia Desleal

Seguramente por su oportunidad y no en menor medida por la calidad técnica de sus normas y eficacia de su sistema de observancia, la LCD ha tenido una intensa aplicación desde su entrada en vigor, y todavía la tiene. En efecto, la Ley y, en particular, los preceptos de su primera redacción han sido objeto de una aplicación práctica frecuente o, si se quiere ver desde este otro ángulo, han sido la base de un número importante de litigios y pronunciamientos judiciales. Pero sobre todo ha tenido una aplicación cualitativamente notable, al menos desde el punto de vista de la coherencia de las soluciones dadas a los conflictos planteados ante jueces y tribunales con los planteamientos programáticos de la Ley, y de su capacidad de adaptación a las nuevas prácticas concurrenciales.

5.1. Aspectos cuantitativos

Las cifras hablan por sí mismas: desde su entrada en vigor hasta su trigésimo aniversario, la Ley ha sido mencionada, al menos como disposición relevante para el enjuiciamiento del objeto en disputa, en 286 sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo, 2838 sentencias de segunda instancia, de las que 1719 son sentencias emitidas por las Audiencias Provinciales que ahora (pero no en 1991) cuentan con una sección especializada en asuntos de naturaleza mercantil, como son las de Madrid (614), Barcelona (602), Valencia (259), Alicante (160) y Vizcaya (86). Este número de sentencias es similar al número de las que han mencionado la LSA, la LSRL y la LSC en ese mismo período, que son 303 sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo y 3420 sentencias de las Audiencias Provinciales, de las que 1013 fueron emitidas por la Audiencia Provincial de Madrid, 396 de la Audiencia Provincial de Barcelona, 144 por la Audiencia Provincial de Valencia, 66 por la Audiencia Provincial de Alicante y 53 por la Audiencia Provincial de Vizcaya. Y es superior al número de las sentencias que han considerado la LM (de 1988 y de 2001) en los años examinados, que, siendo conscientes de que habrá otras que solo hayan aplicado el RMC, es de 195 sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo y 2990 sentencias de Audiencias Provinciales, entre las que se cuentan 530 sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, 897 de la Audiencia Provincial de Barcelona, 233 de la Audiencia Provincial de Valencia, 156 de la Audiencia Provincial de Alicante y 89 de la Audiencia Provincial de Vizcaya. Igualmente resulta interesante reparar en que la LGP fue mencionada en 14 sentencias del Tribunal Supremo y en 116 de Audiencias Provinciales, entre las que destacan 34 sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid y 13 de la Audiencia Provincial de Barcelona⁶⁶.

Para tener una idea cabal de la aplicación práctica de la LCD, a todas las resoluciones indicadas en el párrafo anterior deberían sumarse las de los órganos de defensa de la competencia que

⁶⁶ Estos datos proceden de la consulta de la base de datos del CENDOJ el 17 de enero de 2021. No deben considerarse necesariamente exactos, puesto que la recopilación de sentencias que allí se incluye y que, aunque muy completa, no es exhaustiva. Tampoco podemos asumir que los criterios de búsqueda que se han empleado se correspondan siempre con los textos de las sentencias. La búsqueda del CENDOJ se ciñe a las sentencias que citan la norma seleccionada. Tampoco es el propósito de estas líneas proporcionar datos exactos, sino solo una idea general de la intensidad con la que se ha aplicado la LCD, que sin duda es indicio general de la utilidad y efectividad de la protección contra la competencia desleal que establece, pero que en todo caso debe valorarse con cautela. Como es natural, el primer criterio de búsqueda manejado es la ley considerada, para después discriminar por jurisdicción, órgano jurisdiccional, tipo de resolución y fecha.

han aplicado, durante los treinta años considerados y según el momento, el art. 7 de la LDC de 1989 o el art. 3 de la LDC vigente, así como las sentencias de los tribunales que, en el orden contencioso-administrativo, resolvieron los recursos contra esas resoluciones. Como es sabido, la configuración del falseamiento de la competencia por actos de competencia desleal, que tiene como presupuesto básico precisamente la comisión de un acto sometido a la prohibición de la LCD; como ilícito de defensa de la competencia sirve ante todo para sujetar las conductas desleales cuyo impacto sobre las condiciones de competencia en el mercado es de una especial gravedad al control de los órganos de defensa de la competencia y al régimen sancionador correspondiente. Así, encontramos un total de 215 resoluciones de la CNMC, CNC o TDC, y 35 sentencias de las salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional⁶⁷.

Este número de pronunciamientos habría sido considerablemente mayor si el sistema de tutela de la LCD no hubiera debido afrontar la “competencia” de otros sistemas de ordenación de esta materia. Me refiero, ante todo, al solapamiento de la LCD de 1991 con la LGP de 1988, que además de duplicar la regulación sustantiva disponía de una acción de publicidad ilícita que un autorizado sector de nuestra literatura jurídica consideró de naturaleza especial, excluyente de la aplicación de la LDC⁶⁸ y la acción de competencia desleal⁶⁹, a pesar de las buenas razones para sostener la aplicación de la LCD a la actividad publicitaria e incluso su primacía en caso de que la solución fuera divergente, así como para apreciar de la existencia de un concurso de acciones entre las de publicidad ilícita y de competencia desleal, y con ello admitir la posibilidad de acudir a la acción de competencia desleal para combatir la publicidad ilícita como acabó por reconocer el Tribunal Supremo (*vide supra* [3]). Y me refiero, por otra parte, a la inclusión de algunos actos de competencia entre los regulados por las disposiciones estatales y autonómicas de defensa de los consumidores y ordenación del comercio, de las que ha resultado, desde la perspectiva ahora considerada, la posibilidad de someter esta clase de actos de competencia desleal a sistemas de control y represión caracterizados por la naturaleza jurídico-pública del ilícito y de sus sanciones y por confiarse su aplicación a Administraciones públicas que actúan y ejercen sus potestades en el marco del procedimiento administrativo sancionador.

La LCD ha tenido igualmente una menor aplicación debido a la meritoria y eficaz actuación de los sistemas de autorregulación en materia de publicidad, a los que la Ley vigente se refiere como códigos de conducta⁷⁰. En efecto, estos códigos, que solo comprometen a sus miembros, definen conductas publicitarias y, en general, comunicaciones comerciales inadmisibles por ser contrarias a principios o reglas de naturaleza deontológica, y no a normas jurídicas. Pero no conviene engañarse: el primero de estos principios y reglas deontológicas es el de legalidad, con el que,

67 Datos procedentes de la consulta de la base de datos Aranzadi Insignis a 3 de febrero de 2021. Simplemente muestra las resoluciones administrativas y sentencias resultado de la consulta del precepto de la Ley aplicado (art. 7 o 3 según el caso). Se asume que esta consulta no arroja un resultado exhaustivo que incluya todas las resoluciones dictadas, pero sí una muestra representativa de la importancia de la norma en la jurisprudencia y doctrina administrativas. El criterio de búsqueda utilizado ha sido el de seleccionar los órganos resolutorios correspondientes (CNMC, CNC y TDC) en combinación con el precepto de la norma seleccionado para el caso de las resoluciones administrativas, y el del precepto citado o aplicado para las sentencias en el orden jurisdiccional (búsquedas en las bases de datos de Doctrina Administrativa y Jurisprudencia, respectivamente).

68 C. Lema, «La mención de la marca ajena en la publicidad», *La Ley*, 1993-4, págs. 917 y ss., pág. 914.

69 SAP Valencia, Secc. 7ª, de 6 de marzo de 1998 (ECLI: ES:APV:1998:1591).

70 J. Massaguer, «Aproximación a la autorregulación publicitaria», en A. Real (Dir.), *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Marcial Pons, Barcelona - Madrid- Buenos Aires, 2010, págs. 195 y ss.; A. Tato, *La autorregulación publicitaria*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

desde un ángulo sustantivo, se incorpora al sistema de autorregulación el conjunto de disposiciones legales aplicables a la actividad publicitaria en cada caso considerada, declaran inaceptables deontológicamente conductas que la LCD define como actos desleales y, en fin, desenvuelven y precisan las cláusulas abiertas o circunstancias de las que se vale la LCD para reputar desleales esas conductas. Sobre ello, los códigos establecen un sistema privado de resolución de los conflictos relacionados con el incumplimiento de sus normas deontológicas y un régimen sancionador propio. Como he apuntado, los sistemas de autorregulación se han hecho con buena parte de las acciones promovidas en relación con publicidad desleal, y de un modo especial las promovidas por las asociaciones empresariales, las asociaciones de consumidores, los consumidores individuales e incluso por la Administración, que han preferido acudir a ellos por bien justificados motivos de coste, especialización y celeridad. Pero también han capturado las acciones promovidas por empresas en aquellos sectores de la industria en los que el código de conducta correspondiente (FEBE, Farmaindustria, STANPA) obliga a sus miembros a acudir al sistema de resolución de disputas previsto antes de litigar ante los tribunales.

5.2. Aspectos cualitativos

Desde un punto de vista cualitativo, como anticipaba, la aplicación de la Ley se ha distinguido, a mi juicio, por su coherencia general con los postulados fundamentales de la Ley de 1991, a saber: la proclamación de la defensa de la competencia en atención al triple interés de quienes concurren en el mercado, de los consumidores, y el interés público como finalidad de la Ley, por la caracterización del acto de competencia desleal como ilícito extracontractual, objetivo y de peligro, y, por otra parte, por la apertura de sus formulaciones sustantivas que han permitido dar respuesta a nuevas realidades o ser piedra de toque o “prueba del nueve” de la aceptabilidad en derecho de la competencia de las nuevas modalidades de conductas concurrenciales.

De la efectiva coherencia entre los planteamientos de política legislativa y la concreción de los contenidos sustantivos de la Ley da buena cuenta el que esta no haya servido a los operadores establecidos para frenar la entrada e implantación de iniciativas empresariales innovadoras en el mercado y a la inversa, que haya protegido eficazmente a los entrantes frente a los intentos anticoncurrenciales de los operadores establecidos para impedir su incorporación al mercado. Así es de ver, por ejemplo, en la suerte adversa que mayoritariamente han corrido las acciones de competencia desleal dirigidas a impedir la competencia (naturalmente incómoda) de los negocios de la economía colaborativa⁷¹ o, en general, de los nuevos modelos de negocio propiciados por

71 Así ha sucedido, en efecto, en los conocidos asuntos BlaBlaCar (SJM núm. 2 Madrid de 2 de febrero de 2017 [AC 2017\27]), Cabify (SJM núm. 12 Madrid de 13 de junio de 2017 [JUR 2017163178]), Uber (SJM núm. 3 Barcelona de 10 de abril de 2018 [AC 2018\647]), MyTaxi (SAP Barcelona, Secc. 15.ª, de 21 de mayo de 2019 [JUR 2019\182794]). Vid. M.ª D. Serrano, «Alojamientos privados convertidos en turísticos, redes sociales y aplicaciones que ponen en contacto a conductores... ¿Competencia desleal?», *La Ley*, núm. 8444, 2014, págs. 5 y ss.; E. Leñena, «Los nuevos sistemas de utilización compartida de vehículos de transporte (Carpooling y Car Sharing): entre la economía colaborativa y la competencia desleal», *RDM*, núm. 296, 20015, págs. 283 y ss.; L. Miranda, «La economía colaborativa desde la competencia desleal», en J. I. Peinado y otros (Dirs.), *Economía colaborativa*, La Ley, Las Rozas, 2018, págs. 115 y sigs.; J. G. Horach, «La competencia desleal en la economía colaborativa. Especial referencia a las distintas modalidades del servicio de transporte de pasajeros», en A. Madrid y M.ª J. Blanco, *Derecho mercantil y tecnología*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, págs. 1051 y ss.; N. A. Guillen, «La vivienda de uso turístico: entre el turismo colaborativo y la competencia desleal», en G. Cedeira (Dir.), *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, Reus, Madrid, 2018, págs. 19 y ss.; C. Górriz, «Taxi vs. Uber: de la competencia desleal al arrendamiento de vehículo con conductor», *RDM*, núm. 311, 2019, págs. 1 y ss. (formato electrónico); Y. Aguilar y E. M.ª Domínguez Pérez, *Las prácticas agresivas desleales en el mercado y la tutela del consumidor*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, págs. 147 a 180.

el cambio tecnológico⁷², la competencia de los excolaboradores que se valen del conocimiento del mercado y la confianza de los operadores ganados durante la relación de colaboración para aproximarse a su clientela⁷³, o la competencia de los imitadores por el solo hecho de serlo⁷⁴. Y de aquella coherencia dan cuenta también el rechazo de las acciones dirigidas a suprimir fuentes de información valiosa para el mercado, como sucedió ante el recurso a la LCD para poner fin a los test comparativos de productos⁷⁵ o como sucedió con los intentos de imponer, por vía de la LCD, la prohibición de publicidad a los abogados⁷⁶, o directamente a preservar el mercado o reducir el nivel de competencia existente en el mercado, como sucedió con los intentos de impedir la fijación de honorarios en forma de cuota litis a los abogados⁷⁷ o que los protésicos dentales presentaran sus laboratorios como consultas⁷⁸.

Por otra parte, jueces y tribunales han hecho, desde mi punto de vista y con carácter general, un buen uso de la aptitud de la LCD para dar respuesta a cuestiones límite y de nuevo cuño. En efecto, la generosidad de la definición de su ámbito objetivo y subjetivo de aplicación, la apertura de la definición de los grupos de casos y, en última instancia, el reconocimiento de carácter normativo a la cláusula general, así como la eficacia de su sistema de acciones, se hallan sin duda detrás de la expansión de la aplicación de la LCD y, en especial, del recurso a ella para dilucidar supuestos límite, incluidos casos que no tienen respuesta o no tienen una respuesta satisfactoria en la legislación más directamente relacionada con la materia considerada. Así ha sucedido, sea en los casos litigiosos resueltos, sea en los estudios de la doctrina de los autores, con la defensa ante conductas cursadas en el marco de operaciones del mercado de valores⁷⁹, con la defensa del honor comercial de las personas jurídicas⁸⁰, con la protección de los formatos de programas de

72 Como ha sucedido en el sector de las reservas de pasajes aéreos (SSTS núm. 630/2012 de 30 de octubre [ECLI: ES:TS:2012:9153], núm. 1667/2014 de 7 de abril [ECLI: ES:TS:2014:1876], núm. 236/2014 de 7 de mayo [ECLI: ES:TS:2014:1955]), o en el sector del juego con la entrada de servicios de juegos de azar on-line (SSTS núm. 257/2020 de 5 de junio [ECLI: ES:TS:2020:1686], y núm. 264/2020 de 8 de junio [ECLI: ES:TS:2020:1660]). J. Flaquer, *Extracción de datos de una página web: incumplimiento contractual, propiedad intelectual y competencia desleal*, Civitas - Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, págs. 67-140.

73 STS núm. 396/2017 de 17 de mayo (ECLI: ES:TS:2017:1910). A. Campins, «Introducción a la infracción de los deberes contractuales básicos», *RDM*, núm. 293, 2014, págs. 129 y ss.

74 Por ejemplo, SSTS núm. 663/2012 de 13 de noviembre (ECLI: ES:TS:2012:7656), núm. 254/2017 de 26 de abril (ECLI: ES:TS:2017:1629).

75 STS núm. 51/2005 de 3 de febrero (RJ 2005\1458), comentada por E. M.^ª Domínguez Pérez, «Análisis comparativo realizado sobre 7 productos», *CCJC*, núm. 69, 2005, págs. 1355 y ss.

76 STS núm. 446/2008 de 29 de mayo (ECLI: ES:TS:2008:3796).

77 STS núm. 446/2008 de 29 de mayo (ECLI: ES:TS:2008:3796).

78 STS núm. 324/2017 de 13 de junio (ECLI: ES:TS:2017:2369).

79 Como sucedió en el caso de la OPA hostil presentada por Gas Natural sobre Endesa (AAJM núm. 1 Barcelona de 13 de febrero de 2006 [AC 2006\360] y de 25 de octubre de 2006 [AC 2007\248]), así como en el caso de los rumores no acallados sobre el lanzamiento de una OPA por EDF sobre Iberdrola (AAJM núm. 2 de Bilbao de 26 de marzo de 2008 y de 20 de mayo de 2008, comentados por F. Zunzunegui, «Lamentable injerencia de un juez de Bilbao en la posición de EDF sobre Iberdrola. Comentario al Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Bilbao, de 25 de marzo de 2008», *RDMF*, marzo, 2008, págs. 1 y ss., y A. Suñol, «Adquisición de empresas en el Mercado de Valores, obstaculización y competencia desleal», *RDMV*, núm. 3, 2008, págs. 385 y ss.; A. Sánchez Graells, «Competencia desleal y mercado de control societario: riesgo de excesiva injerencia judicial», *Diario La Ley*, núm. 6993-2008, págs. 1 y ss.), o en la OPS de Bankia en 2011: R. Marimón, «La ops como acto de competencia desleal. Fundamentación de una acción colectiva», en R. Marimón (Dir.), *La oferta pública de suscripción de acciones desde la perspectiva judicial. Análisis de la OPS de Bankia de 2011*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, cap. 3 (formato electrónico).

80 AAP Madrid, Secc. 28.^ª de 29 de mayo de 2007 (JUR 2007\321899). En general, J. Viera, «La protección de la reputación corporativa en el Derecho de la competencia desleal», en M. A. Agúndez y otros (Dirs.), *La creación de valor de la marca como estrategia de buen gobierno corporativo*, La Ley - Kluwer, Las Rozas, 2016, págs. 231 y ss.

TV⁸¹ y de las transmisiones en *streaming* de eventos ante el empleo de enlaces no consentidos⁸², con la reacción contra la expropiación de las participaciones de control en sociedades⁸³, con la publicación de opiniones y reseñas de particulares en páginas web especializadas en proporcionar información sobre la oferta existente en un determinado sector⁸⁴, con el empleo de medios de telecomunicación para encauzar el envío de propuestas comerciales a consumidores y clientes⁸⁵, con las manifestaciones de los llamados “influencers” en redes sociales⁸⁶, con los intentos de ejercitar potestades de carácter jurídico-público para limitar la estrategia de comercialización de derechos audiovisuales por sus titulares o gestores⁸⁷, con la instalación de dispositivos falseadores de emisiones en vehículos automóviles⁸⁸, o incluso en casos relacionados con acciones de movilización política⁸⁹. Y en esta línea se orientan las propuestas que subrayan la posibilidad y ventajas de enjuiciar como actos de engaño y prácticas agresivas conductas que, por lo general, parecerían encajar naturalmente en el ámbito de los vicios del consentimiento y, por ello, de la anulabilidad de los contratos, justamente para huir de la dificultad de apreciar la presencia de las condiciones a las que en este ámbito se sujeta la apreciación del error, la violencia, la intimidación o el dolo y obtener una tutela que, por vía de cesación, remoción e indemnización, puede aproximarse a la ineficacia o por lo menos ofrecer algún amparo⁹⁰, y no solo las propuestas, sino también la práctica judicial⁹¹.

81 SJM núm. 6 de Madrid de 18 de junio de 2007 (ECLI: ES:JMM:2007:73), AJM núm. 12 de Madrid de 12 de noviembre de 2010 (ECLI: ES:JMM:2010:15A).

82 D. Cerdá y C. Lasheras, «Reflexiones en torno a los enlaces de eventos deportivos en “streaming” frente a la posible infracción de derechos de propiedad intelectual, así como actos de competencia desleal», *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 51, 2016, págs. 1 y ss. (formato electrónico)

83 Como sucedió en el caso de la expropiación de la participación que Repsol ostentaba en YPF sobre la base de que, siendo contraria a derecho, la expropiación confería a sus beneficiarios una ventaja de la que se prevalían en el mercado mundial de hidrocarburos (AJM núm. 1 Madrid de 13 de julio de 2013 [AC 2013\1535]).

84 A. Martínez Nadal, «Publicación en páginas web de valoraciones falsas con incidencia en la reputación digital de los empresarios de alojamiento: ¿una práctica desleal?», *RDM*, núm. 297, 2015, págs. 139 y ss.

85 T. Vázquez, «EL spam y la nueva regulación de la Ley de Competencia Desleal», *RDM*, núm. 277, 2010, págs. 1083 y ss.; V. Mambrilla, «Comunicaciones electrónicas y prácticas comerciales desleales», *La Ley Mercantil*, núm. 6, 2014, págs. 92 y ss.; P. Fernández Carballo-Calero, «Las propuestas comerciales a través de medios de comunicación a distancia desde la óptica de la Ley de Competencia Desleal», *ADI*, vol. 38, 2017-2018, págs. 133 y ss.

86 M. Monteagudo y F. J. García Pérez, “Principales cuestiones jurídicas de la publicidad con influencers”, *Autocontrol*, núm. 233, 2017, págs. 10 y ss.; A. Serrano y L. García Martín, «Influencers y prácticas de competencia desleal a través de Instagram», *La Ley Mercantil*, núm. 63, 2019, págs. 1 y ss. (versión electrónica); E. González Pons, «Prácticas comerciales desleales e influencers», en A. Tato, J. Costas, P. Fernández Carballo-Calero y F. Torres (Dir.), *Nuevas tendencias en el Derecho de la competencia y de la propiedad industrial*, vol. II, Comares, Granada, 2019, págs. 51 y ss.; A. Tato, “Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en redes sociales (*Influencers*)”, *RDM*, núm. 311, 2019, págs. 1 y ss. (formato electrónico); A. Asensi, «La licitud de la publicidad a través de influencers o líderes de opinión en redes sociales», *ADI*, vol. 39, 2019, págs. 321 y ss.

87 Como sucedió en la disputa entre RFEF y LFP sobre la programación de encuentros del campeonato nacional de liga en viernes y lunes (AAP Madrid, Secc. 28.ª, de 1 de junio de 2020 [JUR 2020\236004]).

88 Como ha sucedido recientemente en el asunto conocido como “diéselgate” (SJM núm. 1 Madrid de 25 de enero de 2021 ([ECLI: ES:JMM:2021:4), comentada por A. Suñol y F. Marcos, «Control de emisiones contaminantes en los motores de automóviles y competencia desleal», *Almacén de Derecho*, 17 de febrero de 2021, págs. 1 y ss. (formato electrónico).

89 Como sucedió con el sometimiento de la campaña «Consum estratègic» de la ANC a la LCD: *vid.* AAP Barcelona, Secc. 15.ª de 11 de junio de 2020 (ECLI: ES:APB:2020:4228A), que confirma el AJM núm. 11 de 20 de diciembre de 2019 (AUTO-N-243_2019.pdf (foment.com)), comentado por A. Suñol en Almacén de Derecho de 24 de diciembre de 2019 [<https://almacendederecho.org/asociaciones-boicot-y-competencia-desleal/>].

90 I. Farrando, «Ley de Competencia Desleal y comercialización defectuosa de swaps», en A. M.ª Tobío, A. Fernández-Albor y A. Tato (Edits.), *Estudios de Derecho mercantil. Libro homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. José Antonio Gómez Segade*, ob. cit., págs. 397 y ss.; J. R. Salelles, «La incidencia de la deslealtad de los actos de engaño, las omisiones engañosas y las prácticas agresivas sobre la formación de la voluntad negocial», en A. Carrasco (Dir.), *Tratado de la compraventa. Homenaje a R. Bercovitz*, T. I., Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 407 y ss.

91 De nuevo, SJM núm. 1 Madrid de 25 de enero de 2021 (ECLI: ES:JMM:2021:4) que mejora con mucho la mejor de las soluciones ofrecidas por vía contractual (STS núm. 1676/2020 de 11 de marzo [ECLI: ES:TS:2020:735]).

Seguramente no todos los pronunciamientos han sido necesariamente acertados y no todos los casos han sido correctamente resueltos. Incluso es posible que, en algunas ocasiones, se haya prestado más atención a la construcción dogmática del juicio de deslealtad que a la ponderación de las concretas circunstancias e intereses presentes en el caso y que, por ello, la fundamentación de lo fallado no acabe de convencer o, mejor, no sea suficiente para justificar el fallo alcanzado. Esta circunstancia ha llevado a algunos autores a ver cierto enquistamiento o automatismo en la aplicación de la Ley⁹². A mi juicio, sería injusto generalizar esta apreciación y todavía más dar a entender que, en materia de competencia desleal, los casos tienden a decidirse sin prestar atención a los aspectos singulares del supuesto de hecho e intereses en conflicto. Me parece que más bien ha sucedido y sucede lo contrario: la mayor parte de los pronunciamientos judiciales a los que se ha hecho referencia en los dos párrafos anteriores radican en un análisis profundo de las circunstancias del caso, de los intereses afectados, de la esperable incidencia en la situación y proceso de competencia en el mercado, unidos al entorno de seguridad jurídico creado por la Ley.

6. Las cuestiones abiertas

Tras sus sucesivas reformas, la LCD deja abiertas algunas cuestiones, de diferente naturaleza e importancia, cuya consideración es oportuna, incluso obligada, para completar el repaso y juicio de la Ley que ahora se hace. Estas cuestiones pueden agruparse en tres categorías, como son la disgregación de la legislación sobre competencia desleal y de su aplicación; las normas que admiten una mejora técnica, y las soluciones jurisprudenciales que merecen ser debatidas y en su caso replantearse.

6.1. Disgregación de la legislación en materia de competencia desleal

La Ley se ha mantenido como ley general, esto es, como ley aplicable a toda conducta que esté comprendida en su ámbito de aplicación, cualquiera que sea el sector de la economía en que se realice, el ámbito autonómico o supraautonómico en que deba producir sus efectos, los sujetos involucrados en su realización o los intereses comprometidos, que no queda desplazada por la aplicación de ninguna disposición especial. Pero este rasgo y virtud de la LCD conviven con lo que parece ser una invencible pulsión disgregadora en el tratamiento legal de esta materia. En este sentido, podría decirse que la LCD se encuentra encajonada en un doble plano, sustantivo o de juicio de fondo y aplicativo o de observancia.

Al respecto es ilustrativo no solo que la Ley 3/1991 no derogara la LGP, sino también que, más adelante, la Ley 29/2009, al mismo tiempo que (sin derogar la LGP) superaba el tratamiento dual de la publicidad desleal, introducía, como se ha dicho, la categoría de prácticas comerciales desleales con consumidores para ciertos actos de competencia desleal y, sobre todo, hacía de estas prácticas ilícitos en materia de consumo, los sujetaba a las potestades de vigilancia y control de las autoridades competentes en materia de consumo y les extendía el régimen y procedimiento administrativo sancionador (arts. 19, 47.3 y 49.1.1 LCU), sin que por ello perdieran la condición de actos

92 M. Areán y R. García Pérez, «El enquistamiento de la jurisprudencia sobre competencia desleal», en A. M.^o Tobío, A. Fernández-Albor y A. Tato (Edits.), *Estudios de Derecho mercantil. Libro homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. José Antonio Gómez Segade*, M. Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-San Pablo, 2013, págs. 355 y ss.

de competencia desleal sujetos al sistema de observancia que encarna la acción de competencia desleal y su régimen procesal. En este mismo sentido también llama la atención que la propia Ley 29/2009 preservara las normas sobre prácticas relacionadas con los precios y modalidades de promoción de ventas establecidas por la LOCM en el ámbito del comercio minorista o las normas sobre publicidad y ofertas de la legislación estatal o autonómica de protección de consumidores y usuarios y de comercio interior, así como sus correspondientes sistemas jurídico-públicos de aplicación. En particular, llama la atención porque estas normas, a pesar de que conciernen a actos de competencia sujetos a la LCD, responden con frecuencia a principios que no están alineados con los que gobiernan el juicio de deslealtad concurrencial de esos actos, lo que en alguna ocasión ha servido para desestimar los intentos de combatir su infracción como acto de competencia desleal por violación de normas (art. 15 de la LCD)⁹³. Y, sobre todo, porque establecen prohibiciones *per se* para algunas ofertas de precios y otras modalidades de promoción de ventas que plantean serias dudas de compatibilidad con la Directiva 2005/29/CE, que, según ha sido interpretada por el TJUE⁹⁴ y se advirtiera en la literatura jurídica⁹⁵, no consiente que la legislación interna prevea prohibiciones de esta clase distintas de las recogidas en el catálogo de prácticas engañosas o agresivas de su Anexo I, del modo en que demuestra la suerte que ha corrido la categórica prohibición de la venta a pérdida del art. 14 de la LOCM⁹⁶.

Esta tendencia disgregadora no es, sin embargo, cosa del pasado ni queda limitada al ámbito de las ofertas de precios y promoción de ventas. En efecto, andando el tiempo se han añadido nuevos casos de regulación de materia de competencia desleal fuera de la Ley. Así ha sucedido con la prohibición y condicionamiento de algunas modalidades de publicidad en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, como son el llamado emplazamiento de producto, la publicidad subliminal o ciertas prácticas publicitarias que pueden aproximarse con facilidad a la publicidad encubierta, que han quedado de este modo sujetas al sistema de vigilancia y control especial de la CNMC. Y así ha sucedido, por otro lado, con la regulación de prácticas, que constituyen actos de competencia desleal, en la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria, como es el caso de la llamada gestión de marcas o el de la difusión de estudios y análisis comparativos⁹⁷.

93 Como sucediera en relación con la demanda de competencia desleal interpuesta por el Colegio de Farmacéuticos de Madrid contra una colegiada por incumplimiento de los horarios de apertura de las oficinas de farmacia en la Comunidad de Madrid: STS núm. 271/2000 de 13 de marzo (ECLI: ES:TS:2000:1971).

94 Por todas y con cita de otras, STJUE de 9 de noviembre de 2010, C-540/08 «Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG contra "Österreich"-Zeitungsverlag GmbH» (ECLI: EU:C:2010:660), y ATJUE de 7 de marzo de 2013, «Euronics Belgium CVBA c. Kamera Express BV y Kamera Express Belgium BVBA», C-343/12 (ECLI: EU:C:2013:154).

95 F. Palau, «Sobre la compatibilidad de la normativa de ordenación de comercio y protección de los consumidores con la directiva sobre prácticas comerciales desleales o la adaptación pendiente», *RDCD*, núm. 7, 2010, págs. 75 y ss.; P. Portellano, «Reducción de precios (descuentos) en las leyes de comercio: análisis de su compatibilidad con la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales», *La Ley Mercantil*, núm. 34, 2017, págs. 11 y ss.

96 STJUE de 19 de octubre de 2017, asunto C-295/16 «Europamur Alimentación, S.A. c. Dirección General de Comercio y Protección del Consumidor de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (ECLI: EU:C:2017:782)», comentada por F. Palau, «El ocaso de la prohibición de la venta a pérdida en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista: la relevancia de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de octubre de 2017, Europamur Alimentación, S.A.», en L. Miranda y J. Costas (Dir.), *Derecho de la competencia, desafíos y cuestiones de actualidad*, M. Pons, Barcelona – Madrid – Buenos Aires, 2018, págs. 107 y ss.; E. González Pons, «La venta a pérdida en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (Interpretación de la Directiva 2005/29/CE de prácticas comerciales desleales por el TJUE)», en J. Olavarría y J. Martí (Coord.), *Derecho mercantil. Estudios in memoriam del profesor Manuel Broseta Pont*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 171 y ss.

97 J. Viciano, «Prácticas comerciales desleales entre empresarios en la Ley de Cadena Alimentaria», en J. Viciano y J. M. Corberá, *Retos en el sector agroalimentario valenciano en el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs.127 y ss., J. Guillem, «La competencia desleal y la cadena alimentaria en la Unión Europea», en S. Martínez Garrido, R. Escudero y A. Jiménez-Blanco (Dir.), *Política Agraria Común*, La Ley, Las Rozas, 2019, págs.101 y ss.

A la lista de normas que establecen ilícitos dotados de sustantividad y sujetos a mecanismos de defensa propios se suma asimismo, desde otra perspectiva, la configuración del falseamiento de la competencia como conducta prohibida por el art. 3 de la LDC, a lo que ya me he referido. Y se puede añadir, por otra parte, la expansión de los derechos de propiedad industrial a supuestos que inicialmente se enjuiciaron como actos de competencia desleal, que es un fenómeno que se ha producido de forma continuada desde el siglo XIX y que últimamente se ha concretado, por ejemplo, en la protección de los dibujos y modelos comunitarios no registrados (art. 19.2 del Reglamento (CE) N.º 6/2002 de 12 de diciembre de 2001 sobre los dibujos y modelos comunitarios)⁹⁸, en la protección de los artículos periodísticos ante su incorporación a *dossiers* de prensa (art. 32.1 III LPI)⁹⁹ o en la protección del fabricante de bases de datos (art. 133 LPI)¹⁰⁰.

6.2. Disposiciones que admiten una mejora técnica

En la LCD no faltan disposiciones cuya ubicación sistemática o redacción es mejorable desde un punto de vista estrictamente técnico o cuya propia vigencia, siempre desde este punto de vista, es innecesaria, más abundantes, hay que reconocer, entre las que fueron introducidas en su texto mediante las modificaciones que se han producido a lo largo del tiempo que entre las de su redacción original.

La propuesta de Anteproyecto de Código Mercantil, cuyo libro tercero estaba dedicado a la regulación de la defensa de la competencia y la competencia desleal, ofrece una lista ponderada de disposiciones que admiten una mejora técnica¹⁰¹. Se trata de modificaciones que afinarían la redacción de la Ley y que de forma resumida podrían incluir la simplificación de la definición del ámbito objetivo de aplicación de las normas de competencia y la expresa indicación de que la promoción de prestaciones propias o de un tercero las prácticas comerciales anteriores, simultáneas y posteriores a una transacción comercial, como prevé el art. 3.1 de la Directiva 2005/29/CE; la precisión y simplificación de la particularización de la cláusula general en el ámbito de las relaciones con consumidores, así como la corrección de ciertos desajustes de la redacción vigente sobre este aspecto con la Directiva 2005/29/CE; la incorporación de las prácticas engañosas y agresivas *per se* en las relaciones con consumidores, actualmente objeto de preceptos independientes, al cuerpo de la regulación de los actos de competencia desleal como lo que son: supuestos concretos de actos de engaño o, en su caso, de prácticas agresivas, a continuación de las definiciones o pequeñas cláusulas generales que delimitan las conductas correspondientes y fijan las condiciones determinantes de su deslealtad y con ello de su reproche; la reordenación sistemática y simplificación del tratamiento de la publicidad ilícita como acto de competencia desleal mediante su ubicación en el art. 15 de la LCD; la recuperación, debidamente ajustada a las exigencias de la Directiva 2005/29/CE, de la definición originaria de los actos de engaño, completada con una definición y caracterización de las omisiones engañosas más acorde a las previsiones de la Directiva por medio

98 C. Fernández-Novoa, «Modelo comunitario no registrado y competencia desleal», *ADI*, vol. 26, 2005-2006, págs. 675 y ss.

99 J. I. Peinado y D. Solana, «*Press clipping*: competencia desleal y propiedad intelectual», *RCD*, núm. 2, 2008, págs. 37 y ss.

100 M. Vogel, en U. Loewenheim, M. Leitsner y A. Ohly, *Schricker/Loewenheim Urheberrecht*, 6.ª ed., C.H. Beck, Múnich, 2020, Vor §§ 87 ff., Rn. (5).

101 J. Massaguer, «La regulación del Derecho de la competencia en el Anteproyecto de Código Mercantil», *RDM*, núm. 283, 2014, págs. 13 y ss.; L. A. Marco, «Las prácticas comerciales desleales en la propuesta de Código Mercantil», en M. J. Morillas y otros (Dir.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al profesor Rafael Illescas*, Universidad Carlos III, Madrid, 2015, págs. 1087 y ss.

de la consideración expresa de que la información omitida debe ser sustancial y la consideración, con la debida separación, de todas las categorías de esta clase de engaño en ella consideradas; la simplificación de la definición general de prácticas agresivas, evitando reiteraciones, circunloquios y definiciones de términos cuyo sentido y alcance se encuentra establecido en la Directiva, y el ajuste del tenor de las circunstancias que deben tenerse en cuenta para determinar si una conducta constituye una práctica agresiva al texto de la Directiva; la sustitución de la referencia que ahora incluye el art. 14.2 de la LCD a *"la intención de eliminar a un competidor del mercado"* por *"la obstaculización indebida del normal desenvolvimiento de la actividad de otro operador"* entre los criterios determinantes de que las conductas de inducción a la terminación regular de un contrato y el aprovechamiento de su infracción se reputen desleales; la corrección de la redacción del art. 15 de la LCD mediante la sustitución del término "leyes" por la expresión "normas jurídicas", a fin de despejar las dudas de que constituye competencia desleal el prevalimiento de una infracción de toda clase de disposiciones normativas de carácter imperativo, y no solo de leyes en sentido formal como en algún momento se entendió, y la definición de normas jurídicas que tienen por objeto regular la actividad concurrencial; la eliminación del art. 15.3 de la LCD, que extendía y extiende la presunción de deslealtad relativa a la violación de las normas reguladoras de actividad concurrencial a la contratación de extranjeros sin autorización para trabajar obtenida según lo previsto en la legislación sobre extranjería, por su irrelevancia y su obvia incoherencia político-legislativa y sistemática; la eliminación del artículo 16.3 de la LCD, relativo a la ruptura de una relación comercial sin preaviso mínimo de seis meses o la obtención de mejoras en los términos de un contrato de suministro bajo amenaza de romper las relaciones comerciales, porque, una vez sentada la exigencia de una relación de dependencia económica como presupuesto de la deslealtad de estas prácticas, esta previsión no añade nada a la determinación del abuso de la situación de dependencia económica como acto de competencia desleal y, aún más, define un acto de competencia desleal que, como enseña la ausencia de aplicación práctica, carece de trascendencia; la recuperación de la redacción original del artículo 18 de la LCD de 1991, con la omisión de toda referencia a la publicación de la sentencia, que en la práctica se acoge en la mayor parte de los casos como modalidad de remoción¹⁰² donde en cambio se silencia; la simplificación y reordenación sistemática de la determinación sobre la legitimación activa; el acotamiento de la legitimación pasiva al que coopere en la realización del acto de competencia desleal o práctica restrictiva de la competencia si esta conducta está específicamente encaminada a posibilitar su realización; la concreción legal de doctrina jurisprudencial sobre el inicio del cómputo del plazo de prescripción en relación con los actos duraderos o periódicamente reiterados.

6.3. Soluciones que deben someterse a un juicio crítico

A mi modo de ver, los desarrollos jurisprudenciales y doctrinales no han resultado en soluciones libres de dudas en algunas cuestiones considerablemente importantes, en relación con las cuales por ello es, a mi juicio, conveniente abrir un debate y efectuar una revisión crítica. No me refiero a normas cuya redacción resulte confusa o desacertada hasta el extremo de dificultar su aplicación (de ellas se ha tratado en el apartado anterior), sino a la interpretación que se ha asentado al menos de forma prevalente sobre algunas fórmulas legales cuyo texto no es necesariamente

102 STS núm. 171/2014 de 9 de abril (JUR 2014\148226).

defectuoso. Por unas u otras razones, este es el caso, a mi modo de ver, de las soluciones que por ahora han dado jueces y tribunales a la forma de determinar el riesgo de confusión entre signos distintivos (art. 6 LCD) y al sentido último que tiene el aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno requerido para que la imitación de una prestación ajena sea desleal (art. 11.2 I LCD).

No es este el lugar para efectuar esa revisión crítica. Baste por ello con indicar en esta ocasión, en relación con el primero de los casos planteados, que la forma de entender el examen exigido para apreciar la existencia de riesgo de confusión entre signos distintivos y especialmente entre presentaciones comerciales propicia una aproximación a signos y presentaciones plenamente establecidas en el mercado que, aunque en un examen de conjunto no genere una probabilidad razonable de establecer una vinculación indebida entre producto o servicio y oferente, parece suficiente para distorsionar el proceso de toma de decisiones por parte de los consumidores y para conceder oportunidades de negocio inmerecidas a quienes se valen de solo parte de los signos de otros porque de este modo se captura la atención del público sobre una oferta a partir de la falsa impresión de que es la de otro y, sobre esta base y a pesar de que la contemplación del signo en su conjunto deshace la incorrecta conexión que inicialmente se estableciera, le lleva a interesarse por la oferta alternativa, para cuya evitación, puesto que como queda dicho se funda en un equívoco sobre su procedencia empresarial, sería necesario, y desde mi punto de vista acertado, adelantar el juicio de confusión al momento en que se captura la atención del consumidor sobre la oferta presentada bajo el signo conflictivo y determinar entonces si el factor determinante de esa captura es el signo, en cuyo caso habría confusión desleal, u otro¹⁰³.

Y baste con indicar, en relación con la determinación del aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, que si bien se ha acertado en la selección de la apropiación inmediata de las prestaciones ajenas como caso paradigmático de ese aprovechamiento determinante de la deslealtad de la imitación, a mi juicio, no se ha prestado la atención debida a uno de los componentes de esa doctrina y, en particular, a la circunstancia de que no basta a estos efectos el empleo de medios que permitan replicar la prestación ajena, sino que además no solo es necesario que el pionero no haya tenido una oportunidad razonable de obtener una recompensa mediante la explotación de su prestación, que es extremo correctamente advertido en la jurisprudencia, sino también que la réplica se explote en competencia con el pionero¹⁰⁴, que en cambio es extremo sobre el que, por lo general, guardan silencio los pronunciamientos judiciales. Y sobre ello, si bien es cierto que de forma acertada se ha reconocido que la apropiación inmediata de prestaciones ajenas solo es un caso, y no el único caso, de aprovechamiento indebido determinante de la deslealtad de la imitación, no lo es menos que parece discutible la caracterización jurisprudencial de ese efecto y, en particular, que deba entenderse producido si la imitación propicia un ahorro en los costes de producción o comercialización, porque sencillamente se pone el foco en un ámbito en el que en realidad no se produce la imitación, sino la explotación de la imitación, y en el que, por tanto, no se producirá por regla general ningún ahorro de costes, debiendo en cambio ponerse la vista, del modo en que enseña precisamente la doctrina de la apropiación inmediata, en el ámbito de la creación de la imitación y, por ello, atenderse al ahorro de costes en la recreación de la prestación

103 J. Massaguer, «Por un replanteamiento de la protección jurídica de las presentaciones comerciales», *La Ley Mercantil*, núm. 60, 2019, págs. 1 y ss. (formato electrónico).

104 P. Portellano, *La imitación*, ob. cit., págs. 140 a 142.

original (y no en los de su desarrollo, que son los que lícitamente permite eludir la libertad de imitación en ausencia de derecho de propiedad intelectual o industrial, ni en los de su explotación, que son inevitables).

También entre las cuestiones abiertas se cuentan aquellas cuya formulación es igualmente correcta y oportuna, pero que, a diferencia de las anteriores, permanecen sin un desarrollo jurisprudencial consolidado y que se advierte necesario. Este es el caso, en mi opinión, de la determinación de qué normas tienen la consideración de reguladoras de la actividad concurrencial, que es cuestión clave para el correcto enjuiciamiento y aún más para la más eficaz represión de los actos de competencia desleal por violación de normas, ya que solo respecto de ellos se presume tanto la obtención de la ventaja competitiva significativa como el prevalimiento de esa ventaja (art. 15.2 LCD). En este sentido y de forma consecuente con el significado que en este ámbito posee el término concurrencial y su evidente conexión con la faceta estrictamente competitiva del ámbito de aplicación de la Ley, parece que a estos efectos deben considerarse normas que regulan actividad concurrencial las que prohíben, limitan o condicionan el desarrollo de actividades o estrategias para la captación, configuración o mantenimiento de relaciones con proveedores, clientes o consumidores, sin perjuicio de que las normas sobre publicidad ilícita en sentido estricto (esto es, las que no constituyen modalidades de publicidad desleal) ya merezcan un reproche de deslealtad funcional, sustantiva y operativamente equivalente al que resultaría de su consideración como grupo de casos de violación de normas que tienen por objeto regular actividad concurrencial (art. 18 LCD)¹⁰⁵.

7. Recapitulación

Con la distancia que proporcionan sus ya treinta años de aplicación práctica, la LCD se ha asentado realmente como la ley general, moderna y efectiva a la que aspiró su preámbulo. La Ley nació, en efecto, como una ley general, y sigue siéndolo, tanto en un sentido territorial, del modo en que, por lo demás, corresponde a una ley que regula una materia de competencia exclusiva estatal¹⁰⁶, como en un sentido material, del modo que corresponde a una ley aplicable a cualquier actividad realizada en el mercado con fines concurrenciales. Como ley moderna, la LCD tuvo un marcado cariz institucional, que conserva, haciendo justicia a la entronización constitucional del mercado como espacio para la formación de las relaciones económicas y de la competencia económica como principio clave para la organización y funcionamiento del mercado y de la actuación de sus operadores, ciertamente matizado por las exigencias de la configuración de la nación como Estado social y por los objetivos programáticos expresados en el preámbulo y en el art. 1.1 de la Constitución. En este mismo sentido, la LCD incorporó en su estructura y contenido sustantivo la experiencia de otros ordenamientos, estableciendo una regulación ajustada a la realidad de las estrategias y conflictos concurrenciales de su tiempo y de nuestro tiempo, sin perjuicio de que,

¹⁰⁵ Así es de ver en la forma de enjuiciar y resolver, por ejemplo, el caso de publicidad sexista, cuya prohibición se encuentra en el art. 3 a) LGP, como acto de competencia desleal del art. 18 de la LCD en la SJM núm. 4 de Barcelona de 5 de enero de 2017 (ECLI: ES:JMB:2017:11).

¹⁰⁶ SSTC núm. 71/1982 de 30 de noviembre (BOE 1982, Supl. al núm. 312, págs. 13 y ss.), núm. 88/1986 de 1 de julio (BOE 1986, Supl. al núm. 174, págs. 10 y ss.); núm. 148/1992 de 17 de noviembre (BOE 1993, Supl. al núm. 37, págs. 92 y ss.). Vid. J. Massaguer, «La competencia desleal», en AA.VV., *Autonomia i Dret*, Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya i Consell de L'Advocacia Catalana, Barcelona, 2002, págs. 41 y ss.

andando el tiempo, debiera adaptarse a la Directiva relativa a las prácticas desleales. En fin, la efectividad de la LCD se aseguró y continúa asegurada por medio de una completa y robusta acción de competencia desleal, así como de algunas especialidades procesales, ahora diseminadas en la LOPJ, LCE y LCD, especialmente sobre competencia judicial, preparación de la acción y de carga de la prueba.

Estas características de la Ley, unidas a su orientación político-legislativa, coherencia sistemática, configuración material y altura técnica, a mi modo de ver, la hacen merecedora, en su conjunto y a pesar de las no siempre atinadas adherencias que ha incorporado a su texto las reformas de que ha sido objeto, una valoración altamente positiva. Naturalmente, no faltan aspectos en los que cabe la mejora. Ciertamente, su incorporación haría de la LCD una ley mejor desde un punto de vista sistemático y técnico, pero no una ley mejor desde un ángulo de política legislativa, de ordenación sustantiva de la materia o de eficacia para la defensa de la competencia, de modo que no justifican una reforma legislativa, no requieren un cambio en las orientaciones de la jurisprudencia ni pueden servir de base para una crítica seria de la LCD.