



Universidad  
Carlos III de Madrid

 - **Archivo**

Repositorio Institucional



Tato Plaza, Anxo. El Derecho español contra la competencia desleal ante la codificación mercantil: estado actual y perspectivas de futuro. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1127-1139. ISBN 978-84-89315-79-2. <http://hdl.handle.net/10016/21043>

Obra completa disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20763>



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

# EL DERECHO ESPAÑOL CONTRA LA COMPETENCIA DESLEAL ANTE LA CODIFICACIÓN MERCANTIL: ESTADO ACTUAL Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

ANXO TATO PLAZA \*

## Resumen

En el presente trabajo se analizan los rasgos distintivos del Derecho contra la competencia desleal en España tras la reforma introducida por la Ley 29/2009. De esta forma, se comprueba que, en la actualidad, este sector del ordenamiento se caracteriza por ciertos rasgos singulares como la fragmentación subjetiva y objetiva, la naturaleza dual del ilícito desleal y la consiguiente pluralidad de órganos de control. Asimismo, se destaca cómo la proyectada codificación mercantil no corrige el rumbo. Antes bien, profundiza en alguna de aquellas características, como la fragmentación objetiva.

## Contenidos

1. Introducción. – 2. Algunos rasgos generales del Derecho español contra la competencia desleal en la actualidad. – 2.1. Fragmentación objetiva. – 2.2. Fragmentación subjetiva. – 2.3. La naturaleza dual del ilícito desleal. – 2.4. Descentralización territorial y pluralidad de órganos de control. – 3. Publicidad ilícita, competencia desleal y codificación mercantil. – 3.1. Nociones previas. – 3.2. La naturaleza dual del ilícito desleal y sus consecuencias. – 3.3. Fragmentación subjetiva. – 3.4. Fragmentación objetiva.

## 1. INTRODUCCIÓN

Como es bien sabido, el Derecho español contra la competencia desleal fue objeto de una profunda reforma a través de la Ley 29/2009, por la que se modificó el régimen legal de la publicidad y de la competencia desleal para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios<sup>1</sup>. Tras estas reformas, existen ciertos rasgos que singularizan y caracterizan al actual Derecho español contra la competencia desleal. A continuación, analizaremos estos rasgos característicos. Luego, tendremos ocasión de comprobar cómo la proyectada codificación mercantil no sólo no corrige de manera suficiente el

---

\* Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad de Vigo.

<sup>1</sup> Para un análisis en profundidad de la reforma, vid. TATO PLAZA, A. / FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. / HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de competencia desleal*, La Ley, Madrid, 2010, *passim*.

rumbo que recientemente ha tomado este sector en nuestro ordenamiento. Antes bien, parece profundizar en el mismo.

## **2. ALGUNOS RASGOS GENERALES DEL DERECHO ESPAÑOL CONTRA LA COMPETENCIA DESLEAL EN LA ACTUALIDAD**

### **2.1. Fragmentación objetiva**

Tras la reforma introducida por la Ley 29/2009, el actual Derecho español contra la competencia desleal se caracteriza por una doble fragmentación objetiva y subjetiva.

Desde una perspectiva objetiva, la Ley 29/2009 ha optado por mantener la vigencia de la Ley General de Publicidad, perpetuando así la singular estructura dual del Derecho español contra la competencia desleal, apoyado desde hace tiempo en una regulación separada de la publicidad ilícita y de los actos de competencia desleal.

Esta estructura dual se remonta ya al año 1964, año de la aprobación del Estatuto de la Publicidad. En aquel momento, el escaso desarrollo del Derecho español contra la competencia desleal (cuya regulación básica se encontraba todavía en la Ley de Propiedad Industrial de 1902), unido a la creciente pujanza y relevancia de la actividad publicitaria<sup>2</sup>, aconsejaron la promulgación de un texto legal específico para la regulación de la publicidad comercial.

La incorporación de España a la Comunidad Europea, y la consiguiente obligación de incorporar al ordenamiento interno la Directiva comunitaria sobre publicidad engañosa, motivaron a su vez la derogación del Estatuto de la Publicidad y su sustitución por la Ley General de Publicidad.

Ahora bien, cuando en el año 1991 se aprueba la Ley de Competencia Desleal, el legislador español decidió no derogar la Ley General de Publicidad, y adopta desde entonces para el Derecho español contra la competencia desleal una estructura dual apoyada en una regulación separada de la publicidad ilícita y de los actos de competencia desleal<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> La creciente pujanza de la actividad publicitaria y la insuficiencia de la normativa existente para regularla son los dos factores que se enuncian en la Exposición de Motivos del Estatuto como desencadenantes de la reforma. Así, en la Exposición de Motivos del Estatuto de la Publicidad se afirma lo siguiente: “La publicidad se ha ido convirtiendo en una realidad social, que ocupa hoy un rango eminente no sólo dentro del marco de cada una de las empresas interesadas, donde moviliza ingentes cantidades de dinero y extraordinarias energías humanas, sino también y, sobre todo, en el marco, más amplio, de la vida nacional, donde, por una parte, constituye una importante fuente de ingresos en los medios generales de información y de difusión de noticias, y, por otra parte, constituye ella misma una actividad difusora de extraordinario relieve. Si las relaciones contractuales, los usos y el esquema lejano del Código Penal han podido hasta ahora ser suficientes para mantener a la publicidad dentro de los límites y de las exigencias que el orden público y las buenas costumbres imponen, hoy en día se hace necesaria una regulación orgánica y una institucionalización de los esquemas y de las estructuras de este sector”.

<sup>3</sup> Ésta fue precisamente una de las razones por las que la promulgación de la Ley de Competencia Desleal suscitó un profundo debate en la doctrina española. Sobre el mismo, vid. FERNÁNDEZ NÓVOA, C.,

Sin embargo, la convivencia entre LGP y LCD no siempre fue pacífica. En efecto, eran varios los supuestos de hecho calificados, al mismo tiempo, como publicidad ilícita y actos de competencia desleal, y sometidos por ende a una doble regulación. Y como la LGP y la LCD establecían cada una un régimen de acciones específico, se planteaban numerosas dudas, tanto en el plano sustantivo, como a la hora de determinar las acciones que debían emprenderse frente a un supuesto de hecho que pudiese ser tipificado a la vez como publicidad ilícita y acto de competencia desleal<sup>4</sup>.

Sin duda alguna, la reforma del Derecho español contra la competencia desleal en el año 2009 constituyó una ocasión inmejorable para superar esta fragmentación objetiva. Para alcanzar este objetivo, el legislador español debería haber derogado los Títulos II y IV de la Ley General de Publicidad, destinados a regular la publicidad ilícita y las acciones en este ámbito, reconduciendo toda esta materia a la Ley de Competencia Desleal.

Pues bien, pese a que varios Anteproyectos parecían seguir este camino, el texto finalmente aprobado de la Ley 29/2009 rechazaba esta posibilidad, y mantenía la vigencia de la Ley General de Publicidad. Además, fue ésta una decisión consciente del legislador español, pues no en vano se justificaba en la Exposición de Motivos de la Ley con las siguientes palabras: “es importante resaltar la opción adoptada de mantener la Ley General de Publicidad, más allá de una norma meramente contractual. La relevancia de la publicidad en el proceso de toma de decisiones de los ciudadanos es cada vez mayor y trasciende del mero ámbito consumerista o concurrencial, por lo que una norma con vocación generalista deviene imprescindible, respetando, en todo caso, los objetivos de armonización de las directivas europeas que esta ley incorpora a nuestro ordenamiento jurídico. Por ello, cobra especial sentido la pervivencia del concepto de publicidad ilícita en el ámbito de la Ley General de Publicidad garantizando las acciones y remedios que posibilitan su represión, especialmente frente a la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los derechos y valores reconocidos en la Constitución, significativamente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer”.

Con estas palabras, el legislador español parece dar a entender que es necesario mantener la categoría de la publicidad ilícita para dar cabida en ella a algunos supuestos de hecho –como la publicidad contraria a los valores y derechos constitucionalmente

---

“Reflexiones preliminares sobre la Ley de Competencia Desleal, *La Ley*, 1991-2, pp. 1179 y ss.; OTERO LASTRES, J. M., “La nueva Ley sobre competencia desleal”, *La Ley*, 1991-4, pp. 1053 y ss.; LEMA DEVESA, C., “La publicidad desleal: modalidades y problemas”, *RGD*, 1991, julio-agosto, pp. 6135 y ss.; VICENT CHULIÁ, F., “Otra opinión sobre la Ley de Competencia Desleal”, *RGD*, 1993 (octubre-noviembre), pp. 9975 y ss.

<sup>4</sup> Para un análisis detenido de las distintas tesis que se formularon para solventar el conflicto entre la Ley General de Publicidad y la Ley de Competencia Desleal, vid. TATO PLAZA, A., *La publicidad comparativa*, Marcial Pons, 1995, pp. 202 y ss. Por lo demás, el debate desembocó en la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2005. En ella, el alto tribunal sostuvo que, ante un supuesto de hecho que pudiese ser calificado al mismo tiempo como un caso de publicidad ilícita y un acto de competencia desleal, correspondía al demandante optar entre el ejercicio de las acciones por publicidad ilícita o el ejercicio de las acciones por competencia desleal, pudiendo también acumular ambas en una misma demanda.

reconocidos- cuya tipificación tutela intereses ajenos al ámbito del Derecho contra la competencia desleal.

Bajo nuestro punto de vista, esta decisión del legislador español es contradictoria y desacertada<sup>5</sup>.

En primer término, es una decisión contradictoria con algunas de las medidas adoptadas por el legislador en el marco de la propia Ley 29/2009. En efecto, si al tipificar algunos de los supuestos de publicidad ilícita –como la publicidad contraria a los valores y derechos constitucionalmente reconocidos- se pretenden tutelar intereses ajenos al Derecho contra la competencia desleal, no se alcanza a comprender la razón por la que, al mismo tiempo, la Ley 29/2009 introduce en la LCD un nuevo precepto –el artículo 18- en virtud del cual la publicidad ilícita se considera, a su vez, un acto de competencia desleal.

La decisión del legislador español fue también, a nuestro modo de ver, desacertada, pues con ella se ignoraba la profunda evolución sufrida en las últimas décadas por el Derecho contra la competencia desleal. Este sector del ordenamiento en modo alguno puede ser ya considerado como un instrumento únicamente encaminado a la ordenación de las relaciones entre competidores. Por el contrario, tiene un carácter marcadamente institucional, orientado hacia la tutela de la institución misma de la competencia económica y del correcto funcionamiento del mercado. Al tutelar la institución de la competencia –entendemos- el Derecho contra la competencia desleal no sólo debe asegurar un funcionamiento eficiente del sistema de competencia entre empresas, sino también la adecuación de dicha competencia al esquema de derechos, principios y valores constitucionalmente reconocidos.

En todo caso, y al margen ya de la crítica a los motivos que desencadenaron la decisión del legislador español, lo cierto es que ésta perpetúa en el tiempo la fragmentación objetiva del Derecho español contra la competencia desleal, dotando a éste de uno de sus rasgos más singulares: una estructura dual apoyada en una regulación separada de la publicidad ilícita y de los actos de competencia desleal.

## 2.2. Fragmentación subjetiva

La actual fragmentación del Derecho español contra la competencia desleal no es sólo objetiva, sino también subjetiva. Como es bien sabido, la Directiva comunitaria sobre prácticas comerciales desleales limitó su ámbito de aplicación a aquellas prácticas comerciales desleales de las empresas que afectasen a los intereses económicos de los consumidores.

Pues bien, la Ley 29/2009, al incorporar la Directiva sobre prácticas comerciales desleales, modificó la estructura de la LCD de forma que este texto legal, en su actual redacción, reproduce la misma fragmentación subjetiva. Así, la LCD diferencia entre

---

<sup>5</sup> Para una crítica más amplia, vid. TATO PLAZA, A. / FERNÁNDEZ CARBALLO CALERO, P. / HERRERA PETRUS, C., “*La reforma...*”, op. cit., pp. 48 y ss.

actos de competencia desleal de carácter general (regulados en el capítulo II de la Ley) y prácticas desleales con los consumidores (reguladas en el capítulo III).

De esta forma, se rompe la unidad estructural del Derecho contra la competencia desleal, obligando a deslindar entre aquellas conductas cuya deslealtad no se hace depender de quién sea su sujeto pasivo, y aquellos otros supuestos de hecho en los que el carácter desleal de la conducta sólo puede afirmarse cuando ésta se haya desarrollado en el marco de las relaciones entre empresas o profesionales y consumidores<sup>6</sup>.

### 2.3. La naturaleza dual del ilícito desleal

Por lo demás, la calificación de ciertas conductas como prácticas desleales con los consumidores carece de especiales consecuencias prácticas en el estricto ámbito de la LCD. En efecto, aquella calificación no incide, ni en el régimen de acciones a ejercer frente a la conducta en cuestión, ni en la legitimación activa para emprenderlas. Antes al contrario, el régimen jurídico de las acciones y de la legitimación activa para emprenderlas es común para los actos de competencia desleal de carácter general y para las prácticas desleales con los consumidores<sup>7</sup>.

Sin embargo, la calificación de ciertas conductas como prácticas desleales con los consumidores sí genera importantes y trascendentes consecuencias fuera del estricto ámbito de la LCD. En este sentido, debe destacarse que tras la reforma introducida por la Ley 29/2009 en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, las prácticas comerciales desleales con los consumidores, además de actos de competencia desleal, constituyen infracciones de consumo sometidas, por tanto, al régimen sancionador previsto en aquel texto legal. Así lo dispone el artículo 47.3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, conforme al cual, “las autoridades competentes en materia de consumo sancionarán, asimismo, las conductas tipificadas como infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios de los empresarios de los sectores que cuenten con regulación específica y las prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios”.

Así pues, aquellas conductas tipificadas como prácticas desleales con los consumidores poseen una doble faz: en su condición de actos de competencia desleal

---

<sup>6</sup> Esta ruptura de la unidad estructural del Derecho contra la competencia desleal también ha sido objeto de severas críticas. Vid., entre otros, FERNÁNDEZ NÓVOA, C., “La Directiva comunitaria sobre prácticas comerciales desleales”, *Autocontrol*, nº 108, 2006, pp. 16-17; TATO PLAZA, A. / FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. / HERRERA PETRUS, C., *La reforma...*, pp. 34 y ss.; TATO PLAZA, A., “La Directiva comunitaria sobre prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consumidores”, *Autocontrol*, nº 125, 2007; MASSAGUER FUENTES, J., *El nuevo Derecho contra la competencia desleal*, Civitas, Madrid, 2006, pp. 45 y ss.

<sup>7</sup> Vid. TATO PLAZA, A. / FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. / HERRERA PETRUS, C., *La reforma...*, pp. 53 y ss.

son ilícitos civiles; pero, al propio tiempo, en su condición de infracciones en materia de consumo son también ilícitos de naturaleza administrativa<sup>8</sup>.

Una situación similar se plantea con determinadas hipótesis de publicidad ilícita. Así, el artículo 18 de la LCD tipifica la publicidad ilícita como acto de competencia desleal. A su vez, el artículo 3 de la LGP incluye, dentro de las modalidades de publicidad ilícita, a aquella publicidad que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos o servicios<sup>9</sup>. Pues bien, muchas de estas normas de carácter especial sobre publicidad de determinados productos o servicios son normas de carácter administrativo, cuya infracción da lugar –en primer término– a ilícitos de esta misma naturaleza. Pero la calificación de estas infracciones como supuestos de publicidad ilícita y –por aplicación del artículo 18 de la LCD– actos de competencia desleal, supone su configuración, al mismo tiempo, como ilícitos civiles.

#### **2.4. Descentralización territorial y pluralidad de órganos de control.**

Por último, la atribución a ciertas conductas de una doble naturaleza como ilícitos civiles y administrativos conlleva la irrupción de una pluralidad de órganos de control en el Derecho contra la competencia desleal.

Así, la LCD regula las acciones contra la competencia desleal, acciones de naturaleza civil cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción ordinaria. Pero, al propio tiempo, la calificación de ciertas conductas como ilícitos administrativos permite su persecución a través de los órganos administrativos competentes en el marco de un procedimiento administrativo sancionador.

La existencia de una pluralidad de órganos de control, como es evidente, abre la puerta a la posible adopción de decisiones contradictorias o parcialmente divergentes en relación con los mismos supuestos de hecho. Un buen ejemplo a este respecto lo encontramos en el supuesto que dio origen a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 1997 y a la sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de marzo de 1999. En ambas sentencias se juzgaban los mismos hechos: durante la repetición de las jugadas más interesantes de unos partidos de fútbol, se habían insertado unos mensajes publicitarios en los que simplemente se hacía referencia a la marca “La Navarra”, popularmente conocida por ser la marca que distingue una bebida alcohólica, aunque también se utilizaba para distinguir otros productos menos conocidos. Una asociación de consumidores entabló las correspondientes acciones civiles frente al anunciante, que concluyeron en la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 1997, en la que el alto tribunal estimaba que la publicidad analizada era ilícita por constituir publicidad

---

<sup>8</sup> En este sentido, cabría hablar de una cierta “administrativización” del Derecho español contra la competencia desleal. Vid. TATO PLAZA, A., “La reforma del Derecho español contra la competencia desleal: rasgos generales”, 30 *ADI*, 2009-2010, pp. 468 y ss.

<sup>9</sup> Se han acuñado diversas expresiones para referirse a la extensa y amplia producción normativa en el ámbito de la publicidad: profusión legislativa, hiperinflación legislativa, sobredosis legislativa, etc. Vid., en este sentido, TATO PLAZA, A., “El Derecho de la publicidad: evolución y estado actual”, *Autocontrol*, nº 89, p. 11.

indirecta de una bebida alcohólica de más de veinte grados en televisión. De forma paralela, el entonces Ministerio de Fomento había impuesto diversas sanciones, por la emisión de esta publicidad, a las cadenas de televisión que la habían difundido. Recurridas estas sanciones, la Audiencia Nacional decidió anularlas mediante sentencia de 30 de marzo de 1999, pues, a su juicio, no cabía hablar, en este caso, de publicidad indirecta de bebidas alcohólicas de más de veinte grados.

En fin, la irrupción de una pluralidad de órganos de control implica también un cierto grado de descentralización en la aplicación del Derecho contra la competencia desleal<sup>10</sup>. No cabe ignorar que, en el marco constitucional actual, las competencias en materia de defensa de los consumidores y usuarios han sido asumidas por las Comunidades Autónomas. De suerte que la persecución en la vía administrativa de aquellas conductas que hayan sido calificadas como infracciones en materia de consumo corresponderá a los órganos autonómicos competentes<sup>11</sup>.

### **3. PUBLICIDAD ILÍCITA, COMPETENCIA DESLEAL Y CODIFICACIÓN MERCANTIL**

#### **3.1. Nociones previas**

Hasta aquí el análisis de algunos de los rasgos que actualmente caracterizan y singularizan al Derecho español contra la competencia desleal. En consecuencia, éste era el escenario al que se enfrentaba el proyecto de nueva codificación mercantil.

Como es evidente, el futuro Código podría jugar un papel relevante en la corrección de algunos de estos rasgos. Sin embargo, el Anteproyecto –por un lado– incide en la doble naturaleza del ilícito desleal. Por otro lado, el análisis del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil nos lleva a concluir que éste tan sólo matiza y disfraza la fragmentación subjetiva del Derecho contra la competencia desleal; y, por el contrario, profundiza aún más en su fragmentación objetiva.

---

<sup>10</sup> En este sentido, vid. TATO PLAZA, A., “La reforma del Derecho español contra la competencia desleal: rasgos generales”, op. cit., págs.. 469 y ss.

<sup>11</sup> Como ya hemos expuesto en otro lugar, creemos que esta descentralización del Derecho español contra la competencia desleal conduce a una ruptura cierta del principio de unidad de mercado. Este principio de unidad de mercado, precisamente, se había salvaguardado en primera instancia gracias a la incorporación de la Directiva comunitaria sobre prácticas desleales a través de la reforma del Derecho contra la competencia desleal, y no de la reforma de la legislación de consumo, como también se llegó a plantear. Sin embargo, los objetivos inicialmente alcanzados con aquella acertada decisión quedan parcialmente frustrados con la calificación de las prácticas desleales con los consumidores como infracciones administrativas en materia de consumo. Vid. TATO PLAZA, “La reforma del Derecho contra la competencia desleal: rasgos generales”, op. cit., pp. 469-470.

### 3.2. La naturaleza dual del ilícito desleal y sus consecuencias

Como ya hemos comprobado en un epígrafe anterior, el ilícito desleal posee en la actualidad una doble naturaleza. Es un ilícito civil; pero, por aplicación del artículo 47.3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, es también en ciertos supuestos un ilícito de naturaleza administrativa.

El Anteproyecto de Ley de Código Mercantil en nada altera esta doble faz del ilícito desleal. Antes bien, incide en ella. Así, el Anteproyecto mantiene inalterado el actual artículo 47.3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios<sup>12</sup>. Pero, por otro lado, añade también un precepto de nuevo cuño –el proyectado artículo 342-1- que bajo el rótulo “infracción en materia de consumo”, establece lo siguiente: “sin perjuicio de lo dispuesto en el Capítulo I de este Título, los actos de confusión, engaño y comparación así como las prácticas agresivas y las conductas contrarias a la cláusula general realizadas en las relaciones con los consumidores tendrán la consideración de infracción en materia de defensa de los consumidores y usuarios a los efectos previstos en la normativa de defensa de los consumidores y usuarios”.

Obvia decir que, al incidir en la doble naturaleza del ilícito desleal, el Anteproyecto de Ley de nuevo Código Mercantil da continuidad a algunos de los rasgos que singularizan al Derecho español contra la competencia desleal y que se derivan directamente de aquélla. De esta forma, se mantiene inalterada la pluralidad de órganos de control y, como consecuencia de ella, la tendencia a la descentralización territorial en la aplicación de este sector del ordenamiento.

### 3.3. Fragmentación subjetiva

Por otro lado, decíamos también que el proyectado Código Mercantil tan sólo matiza o disfraza la fragmentación subjetiva que en la actualidad caracteriza al Derecho contra la competencia desleal. En efecto, la lectura del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil nos permite comprobar que en él desaparece la división entre actos de competencia desleal y prácticas desleales con los consumidores que actualmente traza la Ley de Competencia Desleal en sus capítulos II y III.

Sin embargo, esta medida tan sólo disfraza o matiza una fragmentación subjetiva aún latente en el Anteproyecto. En este sentido, una lectura atenta de aquella parte del Anteproyecto destinada a la tipificación de los distintos actos de competencia desleal nos permite comprobar que, al tipificar algunos de estos actos, se mantiene una clara división entre tipos de alcance general y tipos que se aplican únicamente en el marco de las relaciones con consumidores.

---

<sup>12</sup> Cfr. la Disposición Final Quinta del Anteproyecto, que pese a modificar algunos preceptos del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, mantiene inalterado el artículo 47.3 de este texto legal.

Así sucede con la cláusula general y la tipificación de las prácticas engañosas y agresivas.

En lo que atañe a la cláusula general, el artículo 321-1 reproduce el actual artículo 4 de la Ley de Competencia Desleal, y con ello la diferenciación entre una cláusula general de represión de la competencia desleal y una cláusula general específica de prohibición de las prácticas desleales con los consumidores<sup>13</sup>.

Por su parte, el artículo 322-2 del Anteproyecto tipifica con carácter general los actos de engaño. Pero este precepto encierra en su seno una clara diferenciación entre actos de engaño en general y actos de engaño en las relaciones con consumidores<sup>14</sup>. A su vez, el artículo 322-4 añade a estos dos tipos un catálogo de “actos de engaño en particular”. Con esta singular denominación parece querer disfrazarse una fragmentación subjetiva del tipo que, sin embargo, se desvela en toda su intensidad al comprobar que las conductas contempladas en el artículo 322-4 sólo merecerán un reproche deslealtad en la medida en que tengan lugar “en las relaciones con consumidores”<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Según el artículo 321.1, “1. Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe. 2. *En las relaciones con los consumidores*, se reputa desleal en particular cualquier conducta que sea contraria a los requisitos de la diligencia profesional y resulte idónea para distorsionar de manera sustancial el comportamiento económico del consumidor medio al que afecta o se dirige o del miembro medio del grupo concreto de consumidores al que se dirige. Cuando sea razonablemente previsible que una conducta pueda distorsionar de manera sustancial únicamente el comportamiento económico de un grupo de consumidores especialmente vulnerables, por padecer una dolencia física o un trastorno mental o por su edad o su credulidad, la deslealtad concurrencial de la conducta considerada deberá evaluarse desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo” (*cursiva propia*).

<sup>14</sup> El tenor literal del artículo 322-2 es el siguiente: “1. Se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza y distorsionar su comportamiento económico. 2. *En particular, se considera desleal toda conducta que, realizada en relación con consumidores*, contenga información falsa y por tal motivo carezca de veracidad o información que, en la forma que sea, incluida su presentación general, les induzca o pueda inducirles a error sobre uno o más de los siguientes elementos: a) La existencia o la naturaleza de un bien o servicio. b) Las características principales de un bien o servicio, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, sus accesorios, la asistencia posventa al cliente y el tratamiento de las reclamaciones, el procedimiento y la fecha de su fabricación o suministro, su entrega, su carácter apropiado, su utilización, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados al bien o servicio. c) El alcance de los compromisos del empresario, los motivos de la práctica y la naturaleza del proceso de venta, así como cualquier afirmación o símbolo que indique que el empresario o el bien o servicio son objeto de un patrocinio o una aprobación directa o indirecta. d) El precio o su modo de fijación, o la existencia de una ventaja específica con respecto al precio e) La necesidad de un servicio o de una pieza, sustitución o reparación. f) La naturaleza, las características y los derechos del empresario o su agente, tales como su identidad y su patrimonio, sus cualificaciones, su situación, su aprobación, su afiliación o sus conexiones y sus derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual, o los premios y distinciones que haya recibido. g) Los derechos del consumidor o los riesgos que pueda correr” (*cursiva propia*).

<sup>15</sup> El inciso inicial del artículo 322-4 dice lo siguiente: “Se considera que constituyen actos de engaño desleales en cualquier circunstancia *los actos siguientes realizados en las relaciones con consumidores* (...)”.

De igual modo, el artículo 322-5 del Anteproyecto tipifica con carácter general las prácticas agresivas<sup>16</sup>. Y el artículo 322-6 completa este tipo general con un catálogo de “prácticas agresivas en particular”. Una vez más, el aparente propósito de superar la fragmentación subjetiva del Derecho contra la competencia desleal se desvanece al comprobar que el catálogo de “prácticas agresivas en particular” que establece el artículo 322-6 se aplica únicamente a aquellas conductas que se desarrollen “en relación con consumidores”<sup>17</sup>.

Podría pensarse que esta fragmentación subjetiva es una consecuencia inevitable de la incorporación al ordenamiento interno de la Directiva 2005/29/CE, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior. Pero no es ésta nuestra opinión. Es cierto que la Directiva 2005/29 ciñe su ámbito de aplicación a las relaciones entre empresas y consumidores. Y es cierto también que la Directiva incluye una definición específica de las prácticas engañosas y una lista negra de conductas que se consideran en si mismas engañosas o agresivas, y que debe ser incorporada sin alteraciones al ordenamiento interno<sup>18</sup>.

Sin embargo, el actual artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal, aunque con evidentes deficiencias técnicas, demuestra que el Derecho comunitario europeo actualmente vigente no impide establecer un tipo único para los actos de engaño, ya se desarrollen estos en el marco de las relaciones entre empresas o en el ámbito de las relaciones entre empresas y consumidores<sup>19</sup>.

Por otro lado, si bien la Directiva 2005/29 obliga a incorporar la denominada lista negra o *blacklist* de prácticas desleales sin alteraciones (incorporación que –en el marco del Anteproyecto– se produce a través de los artículos 322-4 y 322-6), no existe elemento alguno que impida al legislador nacional ampliar su ámbito de aplicación. En particular, la aplicación de dichos preceptos a aquellas conductas que tengan lugar en las relaciones entre empresas sería plenamente compatible con la Directiva 2006/114/CE, sobre publicidad engañosa y comparativa. En efecto, al armonizar las disposiciones nacionales sobre publicidad engañosa en el marco de las relaciones entre empresarios, esta Directiva permite con claridad a los Estados miembros adoptar disposiciones más estrictas que las previstas en el propio texto comunitario (artículo

---

<sup>16</sup> En efecto, el artículo 322-5 establece un tipo de alcance general cuya aplicación no depende de que la conducta se desarrolle en el ámbito de las relaciones entre empresarios o en el marco de las relaciones con consumidores. Según establece aquel precepto, “se reputa desleal toda conducta que se valga del acoso, la coacción, incluido el uso de la fuerza, o la influencia indebida y, por ello y en atención a su contexto fáctico, pueda distorsionar de manera sustancial el comportamiento económico de sus destinatarios”.

<sup>17</sup> El inciso inicial del artículo 322-6 es el siguiente: “Se considerará que constituyen prácticas agresivas desleales en cualquier circunstancia *las realizadas en relación con consumidores* que a continuación se detallan (...)”.

<sup>18</sup> Vid. TATO PLAZA, A. / FERNÁNDEZ CARBALLO CALERO, P. / HERRERA PETRUS, C., *La reforma...*, op. cit., pág. 148.

<sup>19</sup> En este sentido, el actual artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal incorpora al ordenamiento español, tanto la definición de las “acciones engañosas” que recoge la Directiva 2005/29 sobre prácticas desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores, como el concepto de “publicidad engañosa” que ofrece la Directiva 2006/114 sobre publicidad engañosa y comparativa.

8.1)<sup>20</sup>. Y, bajo nuestro punto de vista, esta habilitación podría ser utilizada por el legislador nacional para extender el ámbito de aplicación de la lista negra de prácticas engañosas y agresivas prevista en la Directiva 2005/29. De esta forma, las conductas incluidas en dicha lista se considerarían desleales no sólo cuando tuviesen lugar en el marco de relaciones con consumidores (tal y como impone la Directiva 2005/29), sino también cuando tuviesen lugar en el marco de relaciones entre empresas (tal y como habilita –en relación al menos con los actos de engaño- la Directiva 2006/114).

### 3.4. Fragmentación objetiva

Tal y como acabamos de comprobar, la proyectada codificación mercantil tan sólo alcanza a matizar o disfrazar tímidamente la fragmentación subjetiva que en la actualidad caracteriza al Derecho español contra la competencia desleal. Y, en lo que atañe a la fragmentación objetiva de este sector del ordenamiento, el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil en absoluto corrige el rumbo; antes al contrario, profundiza en la estructura dual que singulariza al Derecho español contra la competencia desleal.

Así, la proyectada codificación mercantil –por un lado- no incluye dentro de su ámbito la regulación de la publicidad ilícita. Y –por otro lado- mantiene vigente y no deroga el Título II de la Ley General de Publicidad<sup>21</sup>. De esta forma, como avanzábamos, la proyectada codificación mercantil perpetúa la estructura dual del Derecho español contra la competencia desleal, apoyada en una regulación separada de la publicidad ilícita y de la competencia desleal.

Esta aproximación, por un lado, contradice la propia Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil. En esta Exposición de Motivos, de manera inexplicable, se anuncia una regulación en el Anteproyecto de la publicidad ilícita a la que luego no se da cumplimiento en el articulado.

Así, en la Exposición de Motivos del Anteproyecto se puede leer lo siguiente: “El Título II, dedicado a la competencia desleal, establece las normas de conducta que configuran el Derecho de la lealtad en la competencia, incluidas las relativas a la publicidad desleal, que se desalojan de la Ley general de Publicidad”.

Sin embargo, el anunciado “desalojo” no llega a producirse de forma efectiva, y ni el articulado del Anteproyecto regula la publicidad ilícita, ni sus disposiciones derogatorias alcanzan al Título II de la Ley General de Publicidad. De suerte que, de aprobarse el Código en los términos actualmente proyectados, se profundizará –como antes decíamos- en la fragmentación objetiva del Derecho español contra la

---

<sup>20</sup> El artículo 8.1 de la Directiva 2006/114 establece lo siguiente: “La presente Directiva no será óbice para que los Estados miembros mantengan o adopten disposiciones tendentes a asegurar una protección más amplia, en materia de publicidad engañosa, de los comerciantes y los competidores”.

<sup>21</sup> El número 5 del párrafo tercero de la Disposición Derogatoria Única del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil dispone únicamente la derogación del Título III de la Ley General de Publicidad, que regula la contratación publicitaria. Por lo tanto, el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil no deroga ni el Título II de la Ley General de Publicidad (que regula la publicidad ilícita) ni ninguno de los preceptos que en él se incluyen.

competencia desleal y en la estructura dual de este sector del ordenamiento en nuestro país.

Además, y bajo nuestro punto de vista, este planteamiento aboca al proyectado código –en el ámbito que nos ocupa– a una cierta incoherencia. En efecto, no resulta fácil justificar que un Anteproyecto que identifica el Derecho Mercantil con el Derecho privado del mercado<sup>22</sup>, y que incluye expresamente los “actos de competencia en el mercado”<sup>23</sup> dentro de su ámbito de aplicación, excluya del ámbito de la codificación una actividad típica de competencia en el mercado como la publicidad comercial<sup>24</sup>. Sobre todo, cuando es el mismo Anteproyecto el que luego tipifica como acto de competencia desleal la publicidad ilícita<sup>25</sup> o incluye dentro del ámbito de la codificación la denominada contratación publicitaria<sup>26</sup>. E incluso en relación con esta última, resulta curioso comprobar cómo el proyectado código absorbe la regulación de contratos que pueden tener por objeto actividades publicitarias completamente ajenas al mercado (como la publicidad institucional o política)<sup>27</sup>, y sin embargo expulsa del ámbito de la

---

<sup>22</sup> Ésta es la definición que se recoge en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, según la cual “la delimitación de la materia mercantil se hace sobre la sólida base de los postulados que establece nuestra constitución económica, partiendo del que la enmarca en la economía de mercado y de la correlación entre la unidad de éste y la atribución al Estado de competencia exclusiva en materia de legislación mercantil, entendido como la regulación de Derecho privado propia del mercado”. Como no podía ser de otra forma, esta definición de la materia mercantil ejerce luego una profunda influencia, tanto en la definición del objeto del proyectado Código, como en la delimitación de su ámbito de aplicación. Así, en lo que se refiere al objeto del proyectado Código, el artículo 001-1 del Anteproyecto establece lo siguiente: “En el marco constitucional de la economía de mercado, el presente Código contiene las normas mercantiles que regulan el mercado de bienes y servicios en todo el territorio español, el estatuto de las personas incluidas en su ámbito y las actividades desarrolladas en el mercado”.

<sup>23</sup> Según establece el apartado c) del párrafo primero del artículo 001-3 del Anteproyecto, “son mercantiles y quedan sujetos a las normas del presente Código: (...) los actos de competencia en el mercado”.

<sup>24</sup> En este sentido, no cabe ignorar que, en nuestro ordenamiento, el artículo 2 de la Ley General de Publicidad define la publicidad concibiéndola como un acto típico de competencia en el mercado vinculado a la promoción en el mismo de bienes o servicios. En efecto, según el artículo 2 de la Ley General de Publicidad, se entiende por publicidad “toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”.

<sup>25</sup> Según el artículo 322-13 del Anteproyecto, constituye un acto de competencia desleal “la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial”. Añade el mismo precepto que “se entiende por tales las normas que prohíben o limitan el desarrollo de actividades o estrategias competitivas concretas relativas a la captación, configuración y mantenimiento de la relación con los proveedores o con los clientes o consumidores, *incluidas las normas sobre publicidad ilícita*” (cursiva propia).

<sup>26</sup> El Capítulo III del Título III del Libro Quinto del proyectado Código (artículos 533-1 y siguientes) se dedica a la regulación de los denominados contratos publicitarios.

<sup>27</sup> El artículo 7 de la Ley General de Publicidad establece lo siguiente: “los contratos publicitarios se regirán por las normas contenidas en el presente Título, y en su defecto, por las reglas generales del Derecho Común. Lo dispuesto en el mismo será de aplicación a todos los contratos publicitarios, *aun cuando versen sobre actividades publicitarias no comprendidas en el artículo 2*” (cursiva propia). Quiere esto decir que la regulación de los contratos publicitarios recogida en la Ley General de Publicidad (y que el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil incorpora) se aplica tanto a los contratos que tienen por objeto la preparación, creación, ejecución o difusión de publicidad comercial como a aquellos contratos

codificación la regulación de la publicidad ilícita, cuyo ámbito de aplicación se ciñe exclusivamente a la publicidad comercial<sup>28</sup>.

---

que puedan tener por objeto la preparación, creación, ejecución o difusión de mensajes publicitarios de otra naturaleza, como por ejemplo publicidad política o institucional.

<sup>28</sup> Véase la definición de publicidad recogida en el artículo 2 de la Ley General de Publicidad. Como ya hemos visto, este precepto define la publicidad concibiéndola como un acto típico de competencia en el mercado vinculado a la promoción en el mismo de bienes o servicios.