

LUIS MARÍA MIRANDA SERRANO
JULIO COSTAS COMESAÑA
(Dirs.)

DERECHO
DE LA COMPETENCIA.
DESAFÍOS Y CUESTIONES
DE ACTUALIDAD

JOSÉ MANUEL SERRANO CAÑAS
ANTONIO CASADO NAVARRO
(Coords.)

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2018

ÍNDICE

	Pág.
ABREVIATURAS	23
PRÓLOGO	33

PARTE PRIMERA

DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL

COMPETENCIA DESLEAL Y PUBLICIDAD, por Luis Antonio Velasco San Pedro	39
I. INTRODUCCIÓN	40
II. ALGO DE HISTORIA (RECIENTE).....	41
III. LA SITUACIÓN ACTUAL.....	42
IV. MODALIDADES DE PUBLICIDAD DESLEAL	44
V. LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA	46
1. Publicidad con información falsa	47
2. Publicidad que puede inducir a error	48
3. Publicidad que omite información esencial	49
VI. LA PUBLICIDAD DENIGRATORIA	49
VII. LA PUBLICIDAD COMPARATIVA.....	51
1. Homogeneidad en lo comparado	52
2. Objetividad de la comparación	52
3. Respeto de las reglas sobre actos de engaño, denigración y explotación de la reputación ajena	53
VIII. LA PUBLICIDAD CONTRARIA A LA DIGNIDAD DE LAS MUJERES.....	54
1. Publicidad vejatoria o discriminatoria <i>per se</i>	54
2. Mujer-objeto.....	56
3. Comportamientos estereotipados.....	57
4. Violencia de género	57
IX. <i>EXCURSUS</i> FINAL: LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y PUBLICIDAD	58
X. BIBLIOGRAFÍA.....	60

	Pág.
COMPETENCIA DESLEAL Y PUBLICIDAD ENCUBIERTA: RECIENTES DESARROLLOS EN LA REGULACIÓN ESPAÑOLA Y DE LA UNIÓN EUROPEA, por Ana María Tobío Rivas	63
I. INTRODUCCIÓN	64
II. REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD ENCUBIERTA	66
1. La Ley 34/1988 General de Publicidad	66
2. La Ley 3/1991 de Competencia Desleal, tras la reforma operada por la Ley 29/2009.....	68
3. La normativa sobre servicios de comunicación audiovisual	71
3.1. Normativa europea: Directiva 2010/13/UE de Servicios de Comunicación Audiovisual	71
3.2. Normativa española: la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.....	72
III. ESPECIAL REFERENCIA AL EMPLAZAMIENTO DE PRODUCTO O <i>PRODUCT PLACEMENT</i>	75
1. Nociones preliminares	75
2. El emplazamiento de producto en la Directiva 2010/13/UE de Servicios de Comunicación Audiovisual.....	78
3. El emplazamiento de producto en la Ley 7/2010 General de la Comunicación Audiovisual	83
4. El emplazamiento de producto en las más recientes Resoluciones y Sentencias nacionales.....	88
IV. CONCLUSIONES.....	90
V. BIBLIOGRAFÍA.....	92
 COMPETENCIA DESLEAL Y PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES, por Alberto Emparanza Sobejano	 95
I. INTRODUCCIÓN	95
II. LA CLÁUSULA GENERAL DE DESLEALTAD COMÚN DEL ART. 4.1 LCD	96
1. La funcionalidad de la cláusula general de deslealtad	96
2. El contenido de la cláusula general del art. 4.1 LCD: la consagración de la buena fe objetiva como parámetro de calificación de la deslealtad	98
3. La concreción del principio de buena fe de la cláusula general: la interpretación funcional	100
III. LA ESPECÍFICA CLÁUSULA GENERAL DE DESLEALTAD DE LOS CONSUMIDORES.....	102
1. El nuevo art. 4.1 LCD tras la reforma de 2009	102
2. La cláusula general de deslealtad específica para consumidores: contenido y alcance	103
3. Su aplicación práctica	105
IV. BIBLIOGRAFÍA.....	106

	Pág.
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, <i>EUROPAMUR ALIMENTACIÓN, S. A.</i>, por Felipe Palau Ramírez	107
I. INTRODUCCIÓN	108
II. INTERESES AFECTADOS POR LA VENTA A PÉRDIDA	110
1. Efectos sobre los fabricantes.....	110
2. Efectos sobre los competidores.....	111
3. Efectos sobre los consumidores.....	112
4. Efectos sobre la competencia como institución.....	113
III. LA PROHIBICIÓN DE LA VENTA A PÉRDIDA Y LA LIBERTAD DE EMPRESA.....	114
IV. LA DISTINTA APROXIMACIÓN LEGISLATIVA DE LAS NORMAS QUE REGULAN LA VENTA A PÉRDIDA	116
V. LA PROHIBICIÓN ABSOLUTA DE LA VENTA A PÉRDIDA Y EL DERECHO EUROPEO	117
VI. EL FINAL DEL CAMINO: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 19 DE OCTUBRE DE 2017, ASUNTO <i>EUROPAMUR ALIMENTACIÓN, S. A.</i>	120
VII. BIBLIOGRAFÍA.....	124
 ECONOMÍA COLABORATIVA Y COMPETENCIA DESLEAL. ¿Deslealtad por violación de normas a través de la prestación de servicios facilitados por plataformas digitales?, por Luis María Miranda Serrano	 127
I. PLANTEAMIENTO Y PROPÓSITO	128
II. APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE ECONOMÍA COLABORATIVA Y A LOS DISTINTOS MODELOS DE NEGOCIO QUE LA INTEGRAN	129
1. Punto de partida: el consumo colaborativo como germen de la economía colaborativa	129
2. La economía colaborativa como categoría amplia que abarca modelos de negocio heterogéneos.....	132
2.1. Noción amplia de economía colaborativa	132
2.2. Modelos de negocio de economía colaborativa: el modelo propio o estricto y el modelo impropio o amplio	135
III. LOS MODELOS DE NEGOCIO DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA ANTE EL DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL.....	139
1. Modelos de negocio de economía colaborativa y ámbito de aplicación de la Ley de Competencia Desleal.....	139
2. Normas de la Ley de Competencia Desleal que pueden resultar infringidas por estos modelos de negocios	142
2.1. Consideraciones preliminares: relevancia de la cláusula especial de violación de normas (art. 15).....	142
2.2. Determinación de la normativa aplicable a cada modelo como presupuesto para dictaminar sobre la comisión o no de actos de violación de normas.....	147

	Pág.
IV. APLICACIÓN DE LAS CONSIDERACIONES PRECEDENTES A CASOS CONCRETOS EN EL ÁMBITO DEL TRANSPORTE COLABORATIVO ...	159
1. Propósito	159
2. La plataforma Blablacar y la Ley de Competencia Desleal	159
2.1. La adscripción de esta plataforma a los modelos propios o estrictos de economía colaborativa	159
2.2. Esta plataforma desarrolla una labor de intermediación digital.	160
2.3. Los conductores adscritos a esta plataforma no actúan profesionalmente	162
3. La plataforma Uber-Pop y la Ley de Competencia Desleal.....	164
3.1. La adscripción de esta plataforma a los modelos impropios o amplios de economía colaborativa	164
3.2. Esta plataforma presta los servicios de transporte	164
3.3. Experiencias judiciales de condena a esta plataforma por comisión de actos desleales de violación de normas.....	167
V. CONSIDERACIONES FINALES	171
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	176
<i>POST SCRIPTUM</i>	179
EL LLAMADO «EMPLAZAMIENTO» O «PRESENTACIÓN» DE PRODUCTO: ENTRE LA LEGISLACIÓN AUDIOVISUAL Y LA NORMATIVA CONTRA LA COMPETENCIA DESLEAL, por Javier Pagador López	181
I. PLANTEAMIENTO	182
II. TRATAMIENTO LEGAL	184
1. Antecedentes	184
2. La Ley General de Publicidad de 1988	185
3. Armonización comunitaria de las actividades de radiodifusión televisiva	185
4. La LGCA y la LCD.....	188
4.1. Art. 17. El derecho al emplazamiento de productos.....	194
III. EL TRATAMIENTO LEGAL DEL EMPLAZAMIENTO DE PRODUCTO O <i>PRODUCT PLACEMENT</i> : ALGUNAS CONCLUSIONES	195
1. Con carácter general, el emplazamiento de producto ha de considerarse publicidad encubierta y, por tanto, ilícito	195
2. Licitud del emplazamiento de producto en el ámbito de la comunicación audiovisual.....	200
IV. PANORAMA JURISPRUDENCIAL.....	206
1. La STS (Sala 1. ^a) de 18 de noviembre de 2011	206
2. Resolución del Jurado de Autocontrol de la Publicidad (Sección 6. ^a) de 16 de mayo de 2013.....	207
3. Resolución del Jurado de Autocontrol de la Publicidad (Sección 6. ^a) de 5 de septiembre de 2013	208
4. Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso) de 11 de noviembre de 2010.....	209
5. Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso) de 11 de mayo de 2012	210

	Pág.
6. Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso) de 20 de mayo de 2013	210
7. STS (Sala 3.ª) de 30 de julio de 2013	211
V. BIBLIOGRAFÍA.....	212
 A VUELTAS CON LA COMPLEMENTARIEDAD RELATIVA O LA COEXISTENCIA DE LA LEY DE MARCAS Y LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL, por María Isabel Álvarez Vega	
I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	216
II. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA COMPLEMENTARIEDAD RELATIVA.....	219
III. SOBRE LUGARES COMUNES: CONFUSIÓN Y APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LA REPUTACIÓN AJENA	225
IV. CONCLUSIONES.....	231
V. BIBLIOGRAFÍA.....	231
 EMPLAZAMIENTO DE PRODUCTO Y COMUNICACIÓN COMERCIAL AUDIOVISUAL ENCUBIERTA. Presente y futuro de la regulación sobre emplazamiento de producto en el Derecho de la Unión Europea, por Mercedes Sánchez Ruiz	
I. INTRODUCCIÓN	234
II. RAZONES INTRÍNSECAS QUE DIFICULTAN EL DESLINDE ENTRE EMPLAZAMIENTO DE PRODUCTO Y COMUNICACIÓN COMERCIAL ENCUBIERTA.....	235
III. LOS PRESUPUESTOS PARA LA LICITUD DEL EMPLAZAMIENTO EN LA ACTUAL REGULACIÓN AUDIOVISUAL EUROPEA.....	237
IV. LA PROYECTADA REVISIÓN DEL RÉGIMEN DEL EMPLAZAMIENTO DE PRODUCTOS EN LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DE 25 DE MAYO DE 2016, POR LA QUE SE MODIFICA LA DIRECTIVA 2010/13/UE.....	239
1. La supresión de la regla general prohibitiva	239
2. La regla de la «prominencia indebida» y los demás requisitos cualitativos.....	240
3. La ausencia de cualquier alusión al suministro gratuito de productos o servicios «con miras a su inclusión en un programa»	242
V. CONCLUSIONES.....	243
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	244
 PRÁCTICAS DESLEALES Y NUEVOS MODELOS DE NEGOCIO EN MATERIA DE TRANSPORTE, por Trinidad Vázquez Ruano	
I. ANOTACIONES SOBRE LA DENOMINADA «ECONOMÍA COLABORATIVA».....	246
II. ECONOMÍA COLABORATIVA EN EL TRANSPORTE DE PASAJEROS. PRINCIPALES PLATAFORMAS	248
III. INCONVENIENTES RESPECTO DE LAS PRÁCTICAS DESLEALES Y LAS NORMAS DE TRANSPORTE	250

	Pág.
1. Aproximación a las disposiciones normativas del transporte terrestre de pasajeros.....	251
2. Aplicación de las conductas desleales en el mercado. Casos enjuiciados.....	254
IV. IDEAS FINALES.....	259
V. BIBLIOGRAFÍA.....	260
BLABLACAR: ¿ECONOMÍA COLABORATIVA O COMPETENCIA DESLEAL? UNA CUESTIÓN ABIERTA, por Silvia Boboc.....	263
I. INTRODUCCIÓN.....	264
II. LA ACTUACIÓN DE BLABLACAR COMO UN SUPUESTO DE COMPETENCIA DESLEAL POR VIOLACIÓN DE NORMAS.....	264
1. Naturaleza jurídica de la actividad de BlaBlaCar.....	264
2. Deslealtad concurrencial por violación de normas.....	268
III. LA ACTUACIÓN DE BLABLACAR COMO UN SUPUESTO DE ECONOMÍA COLABORATIVA.....	271
1. La práctica de compartir y la economía colaborativa.....	271
2. Encuadramiento de la actividad de BlaBlaCar en el concepto de economía colaborativa.....	273
V. BIBLIOGRAFÍA.....	276
APUNTE SOBRE LAS DENOMINACIONES DE ORIGEN E INDICACIONES GEOGRÁFICAS PROTEGIDAS PARA PRODUCTOS NO AGROALIMENTARIOS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA COMPETENCIA, por Alessia Buggea.....	279
I. SIGNOS DISTINTIVOS PARA PRODUCTOS AGROALIMENTARIOS.....	280
1. Denominaciones de Origen e Indicaciones Geográficas.....	281
2. Marcas geográficas: individuales, colectivas, de certificación y de garantía.....	283
3. Signos distintivos de productos no agroalimentarios.....	285
II. DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL ÁMBITO DE LAS DENOMINACIONES GEOGRÁFICAS.....	287
1. Protección de los productos no agrícolas frente a las malas prácticas competitivas.....	290
III. PLANTEAMIENTO SOLUCIÓN SOBRE LA POSIBLE AMPLIACIÓN DE LA PROTECCIÓN NORMATIVA A PRODUCTOS NO AGRÍCOLAS.....	292
IV. BIBLIOGRAFÍA.....	293
EL DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL COMO INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN DEL NOMBRE COMERCIAL UNIONISTA: EXPERIENCIAS DE DERECHO COMPARADO, por Antonio Casado Navarro ...	295
I. INTRODUCCIÓN.....	296
II. EL ART. 8 CUP COMO PUNTO DE PARTIDA DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL NOMBRE COMERCIAL UNIONISTA.....	296

	Pág.
1. Planteamiento	296
2. La problemática relativa a los presupuestos de la protección del nombre comercial unionista	297
3. El alcance de la protección del nombre comercial unionista	298
III. LA PROTECCIÓN DEL NOMBRE COMERCIAL UNIONISTA A TRAVÉS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN EL DERECHO COMPARADO	300
1. Planteamiento	300
2. Derecho francés	300
3. Derecho italiano.....	303
4. Derecho inglés.....	306
IV. LA PROTECCIÓN DEL NOMBRE COMERCIAL UNIONISTA EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	308
1. Introducción.....	308
2. Requisitos para la protección.....	309
3. Alcance de la protección.....	310
V. CONCLUSIONES.....	312
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	313
INCIDENCIA Y RELACIONES DEL DERECHO DE LEALTAD COMERCIAL EN EL ÁMBITO DEL DERECHO CONTRACTUAL EN EL MERCADO INTERIOR EUROPEO: ESTADO ACTUAL, por Ana María Ruiz Martín	317
I. INTRODUCCIÓN	318
II. LA CONEXIÓN ENTRE EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN GENERAL Y EL DERECHO CONTRACTUAL EN EL MERCADO INTERIOR EUROPEO.....	320
1. Función y sentido de la conexión: su importancia para el buen funcionamiento de la economía de mercado	320
2. Últimos proyectos legislativos en relación al problema en la Unión Europea.....	321
III. PARTICULARIDADES Y OBJETIVO DEL <i>ACQUIS COMMUNAUTAIRE</i> EN MATERIA DEL DERECHO DE LA LEALTAD COMERCIAL.....	324
1. Influencia y consecuencias de la escisión de la trilogía de intereses protegidos (<i>Schuzzwecktrias</i>) en las normas de competencia desleal ...	324
2. El significado de la lealtad comercial: ¿derecho corrector de los fallos de mercado o derecho represor de determinados comportamientos comerciales en el mercado?	326
3. Armonización de máximos, armonización de mínimos y lealtad comercial.....	327
IV. ANÁLISIS DE LAS CAUSAS DE LA «APARENTE» DESCONEXIÓN.....	327
1. Encuentros y desencuentros entre el derecho de lealtad comercial y el derecho contractual: art. 3, apartado 2.º de la DPCD	327
2. Algunas soluciones alternativas a la armonización	330
2.1. Posible aplicación de la teoría de las «restricciones inmanentes» (<i>ancillary restraints</i>) del Derecho <i>antitrust</i>	330

	Pág.
2.2. La aplicación de algunos PGD del DCFR en contratos comerciales B2B.....	331
V. CONCLUSIONES.....	332
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	333
LA VIOLACIÓN DE NORMAS ANTITRUST COMO ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL. (A propósito del art. 15.2 de la Ley de Competencia Desleal), por Pedro Mario González Jiménez	337
I. INTRODUCCIÓN	338
II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ÍLÍCITO DE VIOLACIÓN DE NORMAS DEL ART. 15 DE LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL	341
III. INTERPRETACIÓN DOCTRINAL MAYORITARIA DE LA VIOLACIÓN DE NORMAS CONCURRENCIALES EX ART. 15.2 DE LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL: PRINCIPALES OBSTÁCULOS Y FORMULACIÓN DE UNA INTERPRETACIÓN ALTERNATIVA	345
IV. VIOLACIÓN DE NORMAS ANTITRUST COMO ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL Y CONDUCTAS DE MENOR IMPORTANCIA	349
V. LA VIOLACIÓN DE NORMAS CONCURRENCIALES COMO PRESUPUESTO DEL ÍLÍCITO DE FALSEAMIENTO DE LA LIBRE COMPETENCIA POR ACTOS DESLEALES EX ART. 3 DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA	351
VI. EPÍLOGO.....	354
VII. BIBLIOGRAFÍA.....	356

PARTE SEGUNDA

DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

TRIBULACIONES SOBRE LOS RESPONSABLES DE LAS INFRACCIONES CONTRA LA COMPETENCIA, por Manuel Rebollo Puig.....	361
I. CUESTIONES PREVIAS	362
II. INFRACCIONES PLURISUBJETIVAS DE CONVERGENCIA CON RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL, NO SOLIDARIA	364
III. SUJETOS INFRACTORES Y RESPONSABLES DE LAS INFRACCIONES; PERSONAS Y EMPRESAS. EL GALIMATÍAS LEGAL.....	364
IV. CAMBIOS EN LA ORGANIZACIÓN O TITULARIDAD DE LOS INFRACTORES O RESPONSABLE.....	366
V. AUTORÍA Y RESPONSABILIDAD DE ENTIDADES MATRICES Y FILIALES EN LA LDC.....	368
VI. ENTIDADES MATRICES Y FILIALES EN LA JURISPRUDENCIA. LAS ALTERNATIVAS POSIBLES Y LA INDEFINICIÓN DE LA SOLUCIÓN REALMENTE ACOGIDA.....	368
VII. EXTINCIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS, SUCESIÓN DE EMPRESAS Y SU REPERCUSIÓN SOBRE LA RESPONSABILIDAD.....	371
VIII. RESPONSABILIDAD POR LAS ACTUACIONES DE LOS DIRECTIVOS.....	374
IX. RESPONSABILIDAD POR LAS ACTUACIONES DE LOS EMPLEADOS.....	376
X. RESPONSABILIDAD POR LAS ACTUACIONES DE LOS COLABORADORES EXTERNOS.....	377

	Pág.
XI. RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTIVOS	378
XII. LAS SANCIONES A LOS «FACILITADORES» DE INFRACCIONES CONTRA LA COMPETENCIA.....	380
XIII. RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES. EXCLUSIÓN POR FALTA DE TIPICIDAD Y DE ANTIJURIDICIDAD. LA DESTRUC- CIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE VALIDEZ DE SUS ACTOS	384
XIV. LA ADMINISTRACIÓN COMO «FACILITADORA» DE INFRACCIONES CONTRA LA COMPETENCIA; EN ESPECIAL, MEDIANTE ACTUACIO- NES MATERIALES.....	387
XV. BIBLIOGRAFÍA.....	392
COMERCIO ELECTRÓNICO Y RESTRICCIONES VERTICALES, por Aitor Zurimendi Isla.....	395
I. CAMBIOS EN EL MERCADO DE LA DISTRIBUCIÓN	396
II. ¿INSUFICIENCIA DE LA REGULACIÓN SOBRE RESTRICCIONES VERTICALES?.....	398
1. Régimen y objetivos de la regulación de restricciones verticales	399
2. Cláusulas anti-Amazon en distribución selectiva.....	402
3. Cláusulas anti-Amazon en el resto de contratos de distribución.....	406
III. PROPUESTAS DE REFORMA	408
1. Opción rupturista.....	409
2. Opción reformista.....	410
IV. CONCLUSIONES.....	412
V. BIBLIOGRAFÍA.....	413
CUESTIONES DE ACTUALIDAD EN EL CONTROL DE CONCENTRACIO- NES: LAS ADQUISICIONES MINORITARIAS QUE NO OTORGAN EL CONTROL, por Natividad Goñi Urriza	415
I. INTRODUCCIÓN	416
II. LA ADQUISICIÓN DE PARTICIPACIONES MINORITARIAS QUE NO OTORGAN EL CONTROL.....	418
III. RIESGOS PARA LA COMPETENCIA Y LOS CONSUMIDORES	419
1. Efectos anticompetitivos en adquisiciones horizontales.....	420
1.1. Efectos anticompetitivos no coordinados	420
1.2. Efectos anticompetitivos coordinados.....	421
2. Efectos anticompetitivos en adquisiciones no horizontales	422
2.1. Efectos anticompetitivos no coordinados	422
2.2. Efectos anticompetitivos coordinados.....	424
IV. POSIBLES SOLUCIONES.....	424
1. La aplicación de las disposiciones que prohíben las ententes y los abusos de posición de dominio.....	424
2. Sistema de transparencia selectivo	426
3. Procedimiento propuesto y modificaciones legales necesarias.....	428
3.1. Encaje del sistema de transparencia selectivo en la LDC.....	429

	Pág.
3.2. El sistema de transparencia selectivo y los mecanismos de remisión de los asuntos	432
V. CONCLUSIONES.....	434
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	435
LAS DISTORSIONES DE COMPETENCIA CAUSADAS POR MEDIDAS NACIONALES SOBRE FISCALIDAD DIRECTA DE LAS EMPRESAS Y LAS DISPOSICIONES DE LA UE SOBRE AYUDAS DE ESTADO, por Juan Arpio Santacruz.....	437
I. INTRODUCCIÓN	438
II. LAS MEDIDAS FISCALES COMO AYUDA DE ESTADO.....	439
III. IMPORTANCIA DE LA DISTINCIÓN ENTRE MEDIDAS SELECTIVAS (O ESPECÍFICAS) Y GENERALES	443
IV. LA SELECTIVIDAD DE LAS MEDIDAS FISCALES	448
V. LA VENTAJA SELECTIVA EN LAS DECISIONES <i>STARBUCKS, FIAT Y APPLE</i>	450
1. Cuestiones previas	450
2. Las resoluciones fiscales como práctica administrativa de las autoridades tributarias nacionales.....	451
3. La determinación de la base imponible y los precios de transferencia	452
4. Análisis de la selectividad.....	457
4.1. Preliminar.....	457
4.2. El sistema de referencia.....	457
4.3. Excepción al sistema de referencia	458
VI. CONCLUSIONES.....	458
VII. BIBLIOGRAFÍA.....	459
LICENCIA DE MARCA Y COMPETENCIA, por José Miguel Corberá Martínez.	461
I. INTRODUCCIÓN	462
II. APROXIMACIÓN A LA TIPOLOGÍA DE ACUERDOS DE LICENCIA DE MARCA	463
III. APLICACIÓN DEL ART. 101 DEL TFUE A LOS CONTRATOS DE LICENCIA DE MARCA Y EXENCIÓN.....	464
1. Prohibición del art. 101.1 del TFUE.....	465
2. Exenciones del art. 101.3 del TFUE	465
2.1. Reglamentos de exención a determinadas categorías de acuerdos verticales de 2010	467
2.2. Reglamento de exención a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnologías de 2014	467
2.3. Comunicación sobre acuerdos de menor importancia (<i>de minimis</i>) de 2014.....	469
IV. CRITERIOS DE APRECIACIÓN DE LA LICITUD DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA	470
1. Áreas de interés	471
1.1. Exclusividad	471

	Pág.
1.2. Medidas de control y cláusulas de aprovisionamiento exclusivo.	472
1.3. Libre circulación de mercancías	473
2. Esquema de cláusulas excluidas, susceptibles de exención y que incurr en el ámbito de aplicación del art. 101.1 del TFUE.....	474
2.1. Cláusulas excluidas de la aplicación.....	474
2.2. Cláusulas susceptibles de exención.....	475
2.3. Cláusulas que incurr en el ámbito de prohibición.....	475
V. CONCLUSIONES.....	476
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	476
 CRÉDITOS SINDICADOS: PRÁCTICAS POTENCIALMENTE ANTICOM- PETITIVAS EN LAS FASES DE ORIGINACIÓN Y SINDICACIÓN EN EL MERCADO PRIMARIO, por Bruno Martín Baumeister.....	 479
I. INTRODUCCIÓN	480
II. PRÁCTICAS POTENCIALMENTE ANTICOMPETITIVAS EN LAS FASES DE ORIGINACIÓN Y SINDICACIÓN EN EL MERCADO PRIMARIO	482
1. Sondeos de mercado entre la solicitud de financiación y la suscrip- ción de la carta de mandato	482
2. La posición del MLA como facilitador de un cártel.....	486
3. Entidades colocadoras en posición de dominio colectiva	488
III. CONCLUSIONES.....	491
IV. BIBLIOGRAFÍA.....	491
 LAS DEMANDAS COLECTIVAS DE LOS CONSUMIDORES POR DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE ILÍCITOS ANTICOMPETITIVOS EN EUROPA Y EN ESPAÑA, por Maritza Iliana Núñez Osorio	 495
I. INTRODUCCIÓN	496
II. LA DIRECTIVA DE DAÑOS	497
III. LA COMUNICACIÓN Y LA RECOMENDACIÓN.....	498
1. La acción colectiva.....	498
1.1. Tipos.....	499
2. Modelos	499
2.1. El modelo de participación voluntaria (<i>opt-in</i>) y la capacidad legal en las acciones de representación	499
2.2. Exclusión voluntaria (<i>opt-out</i>)	501
3. Financiación de las acciones colectivas	502
4. Principio de «quien pierde, paga» o la condena en costas al litigante vencido	502
5. Interacción del recurso colectivo y la aplicación por las autoridades públicas tratándose de la infracción de las normas de competencia...	503
IV. LAS ACCIONES COLECTIVAS EN ESPAÑA	503
1. Legitimación	503
2. Diferencia entre intereses «colectivos» y «difusos»	504
3. El procedimiento de la acción colectiva	505

	Pág.
4. El mecanismo de exclusión <i>opt-out</i> en España.....	506
5. La cosa juzgada en las acciones colectivas.....	507
V. CONCLUSIONES.....	507
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	508
LA POLÍTICA DE COMPETENCIA EN SU PROYECCIÓN SOBRE EL AGRO ESPAÑOL, por Cayetana Santaolalla Montoya	509
I. INTRODUCCIÓN.....	510
II. OBJETO DE INVESTIGACIÓN.....	511
III. LA POLÍTICA DE COMPETENCIA.....	512
IV. LA APLICACIÓN PÚBLICA Y PRIVADA DEL DERECHO DE LA COM- PETENCIA.....	514
V. EL ENFOQUE INTERNACIONAL PRIVATISTA.....	516
VI. CONCLUSIONES.....	518
VII. BIBLIOGRAFÍA.....	518
NO-CHALLENGE CLAUSES EN LICENCIAS DE PATENTES Y DERECHO DE LA COMPETENCIA, por Carmen Rodilla Martí	523
I. NOTAS INTRODUCTORIAS.....	524
II. LA CLÁUSULA DE NO OPOSICIÓN.....	526
1. Fisionomía de la cláusula.....	526
2. Intereses en juego.....	526
2.1. Motivación del licenciante para imponer la cláusula.....	527
2.2. Motivación del licenciario para aceptar la cláusula.....	530
III. IMPLICACIONES DE DERECHO DE LA COMPETENCIA: EL REGLA- MENTO DE TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA.....	531
1. Apuntes generales.....	531
2. Evaluación de la <i>anticompetitividad</i>	532
2.1. Situaciones en las que la competencia se restringe.....	532
2.2. Situaciones en las que la competencia no se restringe.....	534
3. El régimen general de exención del art. 101.3 del TFUE.....	535
3.1. La defensa de la eficiencia.....	535
3.2. La compensación del hospedamiento y la litigación oportunista.....	536
4. Virtualidad o aplicabilidad de la cláusula de no oponibilidad.....	538
IV. CONCLUSIONES.....	539
V. BIBLIOGRAFÍA.....	540
EL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE EN EL SECTOR FERROVIARIO EN ESPAÑA, por Ciara Vicente Mampel	543
I. INTRODUCCIÓN.....	544
II. LAS CARACTERÍSTICAS DEL SECTOR FERROVIARIO.....	545
1. La separación entre la administración de las infraestructuras y las actividades de transporte.....	545

	Pág.
2. La reestructuración del mercado ferroviario español	546
III. LA EXPLOTACIÓN ABUSIVA POR RENFE Y ADIF DE SU POSICIÓN DE DOMINIO	548
1. La determinación del mercado relevante o de referencia	548
2. La discriminación comercial de RENFE en el mercado de tracción ferroviaria	550
3. La negativa injustificada de acceso a la infraestructura ferroviaria por parte de ADIF	552
3.1. La discutible independencia de ADIF en el mercado de acceso a la infraestructura	554
IV. CONCLUSIONES	557
V. BIBLIOGRAFÍA	557
EL FACILITADOR DE INFRACCIONES DE COMPETENCIA, por Carmen Martín Fernández	559
I. LA FIGURA DEL FACILITADOR DE INFRACCIONES	560
1. Origen: caso <i>Treuhand</i>	560
2. Adopción por las autoridades administrativas y judiciales españolas: el caso de los vinos de Jerez	563
2.1. Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia	564
2.2. Recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional	565
2.3. Recurso de casación ante el Tribunal Supremo	566
II. EL ENCAJE DE LA FIGURA DEL FACILITADOR DE INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL....	567
1. El principio de legalidad administrativa sancionadora	567
1.1. La reserva de ley	568
1.2. El principio de tipicidad	568
2. Los sujetos responsables en Derecho administrativo sancionador.....	569
III. CONCLUSIONES	571
IV. BIBLIOGRAFÍA	572

PRÓLOGO

Los días 1 y 2 de junio de 2017 se celebró en la Sala Mudéjar del Rectorado de la Universidad de Córdoba el Congreso Nacional y III Jornada de la RADC El Derecho de la competencia a debate: desafíos y cuestiones de actualidad. Con su realización se persiguió básicamente propiciar una reflexión sosegada y profunda sobre las nuevas tendencias y los principales problemas que actualmente afectan al sector del Derecho económico conocido como Derecho de la competencia, en su doble vertiente de Derecho de la competencia desleal y Derecho de defensa de la competencia o antitrust. La convocatoria tuvo muy buena acogida entre los estudiosos de esta parcela del ordenamiento jurídico, siendo secundada por más de un centenar de profesores e investigadores de distintas universidades españolas.

El éxito de esta iniciativa académica se comprende, en gran medida, si se tiene en cuenta que en su organización colaboraron estrechamente, sumando y aunando esfuerzos, tanto la Red Académica de Derecho de la Competencia (RADC), como el Área de Derecho Mercantil de la Universidad de Córdoba.

La RADC, como se sabe, persigue promover el estudio y la investigación en el ámbito de la defensa de la competencia. En la actualidad está integrada por un relevante número de académicos, todos ellos en posesión del título de doctor y con un cierto grado de especialización en materia antitrust. La Jornada de Córdoba fue la tercera de las organizadas por la RADC. Con anterioridad a ella ya se habían celebrado —también con notable éxito— otras dos: la primera, que fue el punto de arranque de la RADC, tuvo lugar en el IE Business School de Madrid en 2015, y la segunda, que se celebró en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid en 2016. La cuarta Jornada de la RADC está previsto que se celebre en junio de 2018 en la Universidad de Valencia. Deseamos que a ella sigan muchas más, lo que será reflejo evidente del buen estado de salud de esta Red Académica.

El Área de Derecho mercantil de la Universidad de Córdoba, por su parte, viene encontrando desde hace ya algún tiempo en el Derecho de la competencia algunas de sus principales líneas de investigación recipiendarias de financiación por organismos públicos en convocatorias competitivas. En concreto, el Congreso Nacional de Córdoba al que aquí nos referimos contó con la financiación del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad derivada del Proyecto de Investigación «Contratación mercantil y competencia empresarial: nuevas

tendencias reguladoras y propuestas de conexiones normativas», dirigido por los investigadores principales Luis M.^a Miranda Serrano y Javier Pagador López.

Con la obra que ahora prologamos nos proponemos transferir a la comunidad jurídica —y, en general, a la sociedad— los resultados de este Congreso Nacional y III Jornada de la RADC. Como podrá constatar el lector a lo largo de sus páginas, la obra se divide en dos partes distintas, en sintonía con los dos paneles en que se estructuró el evento científico del que trae causa.

La primera parte se destina al análisis de cuestiones de actualidad y problemas planteados por el Derecho de la competencia desleal, que es el sector del Derecho de la competencia destinado a garantizar un cierto nivel de calidad en la competencia. En ella destacan las ponencias de los profesores Drs. Luis Velasco San Pedro, Ana M.^a Tobío Rivas, Alberto Emparanza Sobejano, Felipe Palau Ramírez, Luis M.^a Miranda Serrano y Javier Pagador López, relativas a la publicidad ilícita y su persecución por la Ley de Competencia Desleal, la publicidad encubierta, la protección de los consumidores a través del Derecho de la competencia desleal, la economía colaborativa ante el Derecho de la deslealtad concurrencial y el tratamiento legal del emplazamiento o presentación de producto. A estas contribuciones se suman otras tantas aportaciones sobre materias de relevancia tales como las relaciones entre la Ley de Competencia Desleal y la Ley de Marcas, el emplazamiento de producto y la comunicación comercial encubierta, el transporte colaborativo ante el Derecho de la competencia desleal, la protección del nombre comercial unionista a través de la Ley de competencia desleal, las relaciones entre el Derecho contractual y el Derecho de la deslealtad concurrencial y la violación de normas antitrust como acto de competencia desleal.

La segunda parte de la obra aborda los desafíos y cuestiones de actualidad del Derecho de defensa de la competencia o antitrust, orientado a defender la existencia de una cierta dosis de competencia en los mercados. Dentro de ella mención especial merecen las ponencias de los Profs. Drs. Manuel Rebollo Puig, Aitor Zurimendi Isla, Natividad Goñi Urriza y Juan Arpio Santacruz, relativas a los sujetos responsables de las infracciones antitrust, el comercio electrónico y las restricciones verticales, las adquisiciones minoritarias que no confieren control ante las normas de control de concentraciones empresariales y las distorsiones de la competencia causadas por medidas nacionales sobre fiscalidad directa de las empresas. Junto a ellas, también revisten interés otros trabajos que prestan atención a asuntos tales como la licencia de marca a la luz del Derecho antitrust, las demandas colectivas de los consumidores por daños derivados de ilícitos antitrust, los criterios sindicados, las no-challenge clauses en licencias de patentes, la política de competencia en su proyección sobre el agro español, el abuso de posición de dominio en el sector ferroviario en España y, por último, el facilitador de las infracciones de competencia.

Podemos afirmar con cierto orgullo que fueron muchos los académicos e investigadores que participaron activamente —como ponentes y comunicantes— en el Congreso Nacional y la III Jornada de la RADC de los que esta obra procede. Además, la mayoría de ellos han decidido también participar en esta publicación. Cierto es que con alguna ausencia más que justificada, que naturalmente lamentamos (como la de los Prof.^{as} Dra. M.^a Victoria Petit Lavall y la de los Profs. Drs. Francisco Hernández Rodríguez y Pedro Portellano Díez). A todos ellos que-

remos desde aquí expresar nuestro sincero agradecimiento. Sin sus aportaciones y su esfuerzo esta obra no sería hoy una realidad.

Por otra parte, queremos destacar nuestra satisfacción por el buen clima que acompañó a la celebración del Congreso. Naturalmente, no nos referimos al clima meteorológico, pues para algunos congresistas (sobre todo los provenientes del norte) hizo más calor que el deseable (aunque los cordobeses insistían en que hacía buena temperatura y que lo malo estaba aún por llegar). Nos referimos al clima de cordialidad y afecto que en todo momento presidió el evento, sin merma de su importante altura científica. En una sociedad como la actual en la que abundan cada vez más las relaciones online, este hecho ha de reputarse un logro importante que no queremos dejar de apuntar.

Junto a lo anterior, hemos de dejar también constancia de nuestro reconocimiento a las entidades públicas y privadas que de un modo u otro han contribuido, en su condición de patrocinadores, a que el lector tenga hoy en sus manos este volumen. En especial, nuestro agradecimiento ha de ir dirigido a la Fundación de la Caja Rural del Sur, cuyo interés y generosidad han sobresalido en todo momento; pero también a la Universidad de Córdoba, a la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales de esta Universidad, al Excelentísimo Ayuntamiento de Córdoba, a la empresa «Don Folio» y al Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, por ser entidad financiadora del Proyecto de Investigación más arriba mencionado.

Además, en nuestra condición de directores de la obra, queremos hacer aquí constar nuestra gratitud a las personas que se han encargado de ejecutar las labores —no siempre fáciles— de coordinación. Nos referimos al Prof. Dr. José Manuel Serrano Cañas, Doctor en Derecho por las Universidades de Córdoba y Bolonia y acreditado a Profesor Contratado Doctor, y al Investigador Antonio Casado Navarro, Becario FPU del Ministerio adscrito al Área de Derecho Mercantil de la Universidad de Córdoba. A ambos nuestro reconocimiento por su colaboración siempre diligente, leal y eficiente.

Queremos terminar en la confianza de que este libro responda a la inquietud e interés de quienes se decidan a adentrarse en sus contenidos. Si así ocurre, todos saldremos ganando. Los lectores, por supuesto. Pero también los autores. Como cantó magistralmente Antonio Machado, «en cuestiones de cultura y de saber, solo se pierde lo que se guarda; solo se gana lo que se da». Y no hay mejor forma de dar —y no guardar— lo que se sabe que a través de un libro como este que hoy ve la luz en la editorial Marcial Pons.

Luis María MIRANDA SERRANO y Julio COSTAS COMESAÑA
Catedráticos de Derecho Mercantil de las Universidades de Córdoba
y Vigo y directores de la obra
Córdoba y Vigo, 23 de enero de 2018
Festividad de San Raimundo de Peñafort

PARTE PRIMERA
DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL

COMPETENCIA DESLEAL Y PUBLICIDAD *

UNFAIR COMPETITION AND ADVERTISING

Luis Antonio VELASCO SAN PEDRO **

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valladolid
Vicepresidente del Jurado de la Publicidad (*Autocontrol*)
luisve@der.uva.es

RESUMEN: El presente trabajo hace una aproximación general a las relaciones entre el Derecho de la competencia desleal y la publicidad, revelando sus conexiones en la evolución del Derecho europeo y español en la materia. Asimismo se revisan las principales modalidades de publicidad desleal, partiendo de los grupos de casos que resultan de la práctica de los tribunales y del Jurado de la Publicidad de Autocontrol.

Palabras clave: *competencia desleal, publicidad ilícita, publicidad engañosa, publicidad denigratoria, publicidad comparativa, publicidad contraria a la dignidad de la mujer.*

ABSTRACT: This paper focuses on the relationships between Unfair Competition Law and advertising, pointing out their connections within the evolution of the European and Spanish Law in the matter. Moreover, it looks through the principal types of unfair advertising, on the basis of the groups of cases that stem from the Courts' practice and the Spanish Advertising Jury Autocontrol.

Keywords: *unfair competition, illicit advertising, misleading advertising, denigrating advertising, comparative advertising, advertising that denigrates women.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ALGO DE HISTORIA (RECIENTE).—III. LA SITUACIÓN ACTUAL.—IV. MODALIDADES DE PUBLICIDAD DESLEAL.—V. LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA: 1. Publicidad con información falsa. 2. Publicidad que puede inducir a error. 3. Publicidad que omite información esencial.—VI. LA PUBLICIDAD DENIGRATORIA.—VII. LA PUBLICIDAD COMPARATIVA: 1. Homogeneidad en lo comparado. 2. Objetividad de la comparación. 3. Respeto de las reglas sobre actos de engaño, denigración y explotación de la reputación ajena.—VIII. LA PUBLICIDAD CONTRARIA A LA DIGNIDAD DE LAS MUJERES: 1. Publicidad vejatoria o discriminatoria

* El texto se corresponde esencialmente con la conferencia del autor en el Congreso «El Derecho de la competencia a Debate», organizado por la Universidad de Córdoba y la *Red Académica de Derecho de la Competencia*, en Córdoba el 1 de junio de 2017, al que se han añadido notas explicativas y ampliatorias, así como con referencias bibliográficas.

Este trabajo se realiza, por otro lado, en el marco del proyecto del Ministerio de Economía y Competitividad, DER2014-58744-R «Competencia y Distribución: nuevos retos en la sociedad globalizada y en contextos de crisis económica».

** Las opiniones vertidas en el presente trabajo son personales del autor, y no expresan necesariamente las del órgano del que forma parte.

per se. 2. Mujer-objeto. 3. Comportamientos estereotipados 4. Violencia de género.—IX. EXCURSUS FINAL: LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y PUBLICIDAD.—X. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La publicidad y el Derecho de la competencia desleal son mundos convergentes. La *publicidad comercial*, en cuanto dirigida a promocionar bienes o servicios, es uno de los medios que utilizan los empresarios y demás profesionales para competir entre sí en el mercado¹. El *Derecho de la competencia desleal*, prohibiendo los actos de competencia desleal, trata por su parte de asegurar el *fair play* o juego limpio en la competencia.

Bien utilizada, la publicidad es un poderoso *instrumento procompetitivo* que, entre otras cosas, contribuye a incrementar la transparencia en los mercados, reduciendo las asimetrías de información, que tanto lastran su funcionamiento eficiente; facilita la incorporación de nuevos operadores (y productos y servicios) en los mercados de referencia, contrarrestando el poder de mercado de los operadores incumbentes; coadyuva a una mejor protección de los consumidores, al facilitar la comparabilidad de productos y servicios e incrementar los estándares de información; fomenta la competencia basada en los méritos empresariales, al permitir —junto con las marcas y demás signos distintivos— la fidelización de los clientes, etcétera.

Pero asimismo la publicidad, las piezas publicitarias, en ciertos casos pueden ser contrarias a las reglas de juego limpio en el mercado y, en definitiva, desembocar en una *publicidad desleal*, como sucede con la publicidad engañosa, la denigratoria, o la comparativa (sin respetar las reglas establecidas para esta modalidad), por citar algunos de los supuestos más relevantes en los que la actividad publicitaria puede constituir un *acto de competencia desleal*.

En realidad esta *publicidad desleal* se engloba dentro de la categoría más amplia de *publicidad ilícita*, de manera semejante a como la competencia desleal, como ya advertía el profesor Garrigues, se enmarca dentro de la *competencia ilícita*, que era el término genérico que utilizaba nuestra primera Ley de propiedad industrial de 1902 para referirse a la competencia desleal². En este sentido, el art. 3 de la LGP, ya desde su redacción originaria de 1988, viene estableciendo determinados supuestos de publicidad ilícita (y, por tanto, prohibida), más allá de lo que *strictu sensu* cabe considerar como publicidad

¹ Queda fuera de nuestra atención la llamada *publicidad institucional* que realizan las instituciones públicas para informar a los ciudadanos sobre otras cuestiones (cuyo régimen viene establecido en la Ley de 29 de diciembre de 2005 de publicidad y comunicación institucional), o la realizada con finalidades ideológicas, religiosas, filantrópicas, culturales, etc. Esta publicidad se excluye del ámbito de aplicación de la legislación sobre publicidad comercial, como pone de relieve el art. 2 de la Ley general de publicidad (LGP), y en general los tribunales han venido rechazando la aplicación a estos tipos de publicidad de las reglas de aquella. *Ad. ex.* la SAP de Madrid de 8 de junio de 2010, que desestima una demanda contra el PSOE por publicidad engañosa de su programa electoral, por considerar que está fuera de la LGP. Una excepción fue la SAN de 22 de febrero de 1993, que consideró ilícita la campaña «póntelo, pónselo», recomendando el uso de preservativos para prevenir el SIDA, aplicando los arts. 8.2 y 8.6 de la LGP.

² GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, I, 7.ª ed., revisada por A. BERCOVITZ, Madrid, Imprenta Aguirre, 1976, p. 237.

desleal, como serían la contraria a la dignidad y valores constitucionales, en particular, la contraria a la dignidad de las mujeres; la subliminal, la contraria a normas sectoriales, etcétera³.

En todo caso, en lo que atañe a la publicidad, en nuestro Derecho todas las modalidades de publicidad ilícita (del art. 3 de la LGP), como veremos enseguida, se han acabado reconduciendo a la competencia desleal, lo que resulta adecuado teniendo en cuenta, por un lado, las fronteras difusas que hay entre algunas modalidades de publicidad —como sucede, por poner un ejemplo significativo, entre la publicidad subliminal, el llamado *product placement* y la publicidad encubierta— y, por otro, que los recursos que habilita el Derecho de la competencia desleal para luchar contra los actos de competencia desleal (acciones civiles ante los tribunales de justicia), son adecuados también para combatir los efectos de la publicidad ilícita que conceptualmente no es desleal.

II. ALGO DE HISTORIA (RECIENTE)

Prescindiendo de antecedentes más antiguos⁴, la regulación moderna de la publicidad comercial comienza en España con la publicación de la LGP de 1 de noviembre de 1988 que, en parte, es el resultado de la trasposición al Derecho español de la entonces *Directiva sobre publicidad engañosa* de 11 de septiembre de 1984 (España se había incorporado a las entonces CCEE el 1 de enero de 1986). En aquel momento se optó por una regulación independiente de la materia, al margen de la regulación de la competencia desleal, que tuvo un nuevo, escueto y efímero régimen en la primera y coetánea Ley de Marcas (LM) de 10 de noviembre de 1988⁵.

Concretamente, la *publicidad desleal* propiamente dicha, se reguló como una modalidad de la *publicidad ilícita*, contemplándose como tal de manera concreta la *publicidad engañosa* (arts. 4 y 5 de la LGP) y, con fórmula claramente redundante pues la engañosa también lo era, la *desleal*, que se subdividía a su vez en cuatro modalidades: *denigratoria*, *confusionista*, la que hiciera un *uso injustificado de signos distintivos ajenos* y *comparativa*⁶ (art. 6 de la LGP). Por otra parte, en dicha Ley, y para todas las modalidades de publicidad ilícita, se habilitaron acciones privadas a ejercitar ante los tribunales ordinarios, de cesación y rectificación.

La ulterior publicación de la LCD de 10 de enero de 1991, no acabó con esta regulación independiente —se mantuvo tal cual la regulación de la

³ Porque aquí el *bien jurídico* protegido, más que la competencia —objetivo último del Derecho de la competencia desleal como señala el art. 1 de la Ley de competencia desleal (LCD)—, es la dignidad humana, los derechos o libertades reconocidos en la Constitución, o la salud pública, etcétera.

⁴ La primera norma sobre la materia en España fue el *Estatuto de la Publicidad* aprobado por Ley de 1 de junio de 1964.

⁵ Que en este punto sustituyó a la Ley de Propiedad Industrial de 16 de mayo de 1902, e introdujo por vez primera en nuestro Derecho una cláusula realmente general de deslealtad (art. 87 de la LM de 1988).

⁶ La legislación española en esta norma y la posterior LCD, como luego se dirá, se adelantó a contemplar la publicidad comparativa, ofreciendo un marco para la admisibilidad de la misma, cosa que solo haría la *Directiva de publicidad engañosa y publicidad comparativa* a partir de la reforma de 1997.

LGP—, pero a la hora de configurar los distintos tipos de actos de competencia desleal, se contemplaron asimismo los actos de *confusión*, de *engaño*, de *denigración* y de *comparación*, para cuya definición se utilizaron fórmulas no enteramente coincidentes con las de aquella. En cuanto a las acciones, y en relación con los actos de competencia desleal, se amplió el elenco de las que ya estaban en la LGP, de cesación y rectificación, añadiendo otras nuevas, entre las que destacan, por su contenido económico, las de daños y enriquecimiento injusto.

Esta dualidad de regulaciones, que en parte contemplaban los mismos supuestos —la publicidad engañosa, confusionista, denigratoria, comparativa (fuera de las condiciones permitidas), eran obviamente asimismo actos de competencia desleal—, originó en la práctica judicial importantes problemas de coordinación, no siempre resueltos por la doctrina y la jurisprudencia con los mismos criterios. En primer lugar, y en relación con las definiciones —como se ha dicho, no enteramente coincidentes que hacían de las mismas conductas ambas leyes—, se planteaba la duda de si dar prevalencia a las contenidas en la LGP como *lex specialis*, o a las de la LCD como *lex posterior*. En cuanto a las acciones ejercitables, y partiendo de que eran distintas en ambas leyes, y era también diferente la legitimación activa y pasiva, determinar si el actor podía optar por unas u otras, y si era posible acumularlas en un mismo procedimiento judicial⁷.

III. LA SITUACIÓN ACTUAL

La situación actual de nuestro ordenamiento viene precedida por la publicación de la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo, *sobre prácticas desleales con consumidores*. Esta Directiva que, por vez primera, introducía en la UE un Derecho armonizado en materia de competencia desleal, si bien limitado a conductas desleales con consumidores, hacía necesaria la reforma de la legislación española para su debida trasposición⁸.

Inicialmente los trabajos preparatorios se desarrollaron en la órbita del Ministerio de Sanidad y Consumo y del Instituto de Consumo —pues la reforma en la UE había sido promovida por los órganos competentes en materia de defensa de los consumidores—, quien realizó una propuesta (partiendo de un texto preparado por el profesor A. Bercovitz) para incorporarla a la Ley de consumidores. Desde el Ministerio de Justicia, en el correspondiente grupo de trabajo interministerial que posteriormente se formó⁹, se objetó esta propuesta por razones sistemáticas, al entender que profundizaría la ya existente escisión en el tratamiento de la competencia desleal entre LGP y LCD¹⁰, que se consideraba perturbadora, introduciendo una nueva división entre actos de

⁷ Sobre este problema, con ulteriores referencias doctrinales y jurisprudenciales, *vid.* MASSAGUER, J., *Comentario a la Ley de competencia desleal*, Madrid, Civitas, 1999, p. 156; *id.*, *El nuevo Derecho de la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2006, p. 156.

⁸ Sobre la Directiva *vid.* MASSAGUER, J., *El nuevo Derecho...*, *op. cit.*, *passim*.

⁹ El autor participó como comisionado del Ministerio de Justicia en dicho grupo.

¹⁰ Y algunas normas más, como la Ley de ordenación del comercio minorista, La Ley de defensa de la competencia...

competencia desleal, según que los principales perjudicados fueran consumidores o empresarios o profesionales¹¹.

Tras los correspondientes debates, se aceptó el planteamiento del Ministerio de Justicia que, yendo más allá de no incrementar la división de la materia, defendió la oportunidad de aprovechar la ocasión para refundir y sistematizar la competencia desleal en un único texto legal, con las mismas definiciones, acciones, etcétera.

Los textos finalmente aprobados unificaban toda la materia de la competencia desleal en la LCD reformada, aunque manteniendo algunas alternativas de diferenciación respecto a actos de competencia desleal con consumidores (o usuarios), tanto en la cláusula general (lo que luego sería el nuevo art. 4 de la LCD)¹², como en la formulación de supuestos específicos para consumidores (los futuros arts. 19 a 31 de la LCD), siguiendo en todo caso, como era obligado, las fórmulas de la Directiva¹³. Asimismo los supuestos de publicidad ilícita distintos de los que en sentido estricto cabe calificar como actos de competencia desleal, se reconducían a la LCD, considerándolos a estos efectos actos de competencia desleal, contra los que se podría reaccionar con las mismas acciones que contra los actos de competencia desleal en general, si bien manteniendo especialidades en cuanto a la legitimación activa (ampliada en supuestos de publicidad contraria a la dignidad de la mujer). En coherencia con ello, se proponía derogar la LGP, salvo en lo relativo a los contratos publicitarios.

Estas propuestas fueron asumidas por el proyecto de ley que aprobó el Gobierno, a excepción de la definición de las modalidades de publicidad ilícita distintas de la publicidad desleal, que acabaron manteniéndose en una LGP reformada, sin perjuicio de remitirse la LGP a la LCD en cuanto al ejercicio de las acciones (lo que sería el art. 18 de la LGP), y de aquella a la LGP al considerarlas actos de competencia desleal (nuevo art. 6 de la LCD)¹⁴.

¹¹ Coincidió en esta misma orientación unitaria MASSAGUER, J., *El nuevo Derecho...*, op. cit., pp. 155 y ss., al referirse tras la Directiva de prácticas comerciales desleales a su futura trasposición al Derecho español.

¹² La diferenciación en la cláusula general es más aparente que real, pues al final se consideró equivalente a *contrario objetivamente a la buena fe* —fórmula inicial de la LCD que se mantiene en el texto reformado—, en las relaciones con consumidores, el *comportamiento contrario a la diligencia profesional*, entendida esta «como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado». Téngase en cuenta que cuando la entonces LCD, siguiendo de cerca los planteamientos de A. MENÉNDEZ (*La competencia desleal*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 104 y ss.), quiso aparentemente huir de una visión profesional buscando el parámetro de la *buena fe*, y no el de *los usos honestos o correctos de los empresarios* (como sí hacía el art. 87 de la primera LM: «Se considera desleal todo acto de competencia que sea contrario a las normas de corrección y buenos usos mercantiles»), ya se advirtió con perspicacia por algún autor [OTERO LASTRES, *ADI*, 14 (1991-1992), pp. 33 y ss.], que ambas fórmulas eran equivalentes ya que la *buena fe* solo podía entenderse aquí en sentido objetivo como los *buenos usos que emplean los empresarios*. En definitiva, que se estaba imponiendo un estándar de conducta que no puede ser otro que el del *empresario honesto* (o el *ordenado empresario* de la legislación societaria).

¹³ Esta opción seguida por el legislador español finalmente, y a la que yo me opuse sin éxito en el correspondiente grupo de trabajo interministerial, puede provocar alguna perturbación en la aplicación de la norma como advierten acertadamente TATO PLAZO, A.; FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., y HERRERA PETRUS, Ch., *La reforma de la Ley de competencia desleal*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 50 y ss.

¹⁴ Ello se debió al parecer, según ha trascendido, a la oposición de la entonces vicepresidenta del Gobierno a que una materia de alto significado como es el de la publicidad contraria a