

PRÁCTICAS COMERCIALES ENGAÑOSAS Y SU REPRESIÓN POR EL DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL

ESPECIAL REFERENCIA AL ÁMBITO PUBLICITARIO

Elicio Díaz Gómez



eBook en www.colex.es





eBook gratuito en COLEX Online

- Acceda a la página web de la editorial **www.colex.es**
- Identifíquese con su usuario y contraseña. En caso de no disponer de una cuenta regístrese.
- Acceda en el menú de usuario a la pestaña «Mis códigos» e introduzca el que aparece a continuación:

RASCAR PARA VISUALIZAR EL CÓDIGO

- Una vez se valide el código, aparecerá una ventana de confirmación y su eBook estará disponible en la pestaña «Mis libros» en el menú de usuario

No se admitirá la devolución si el código promocional ha sido manipulado y/o utilizado.



¡Gracias por confiar en Colex!

La obra que acaba de adquirir incluye de forma gratuita la versión electrónica. Acceda a nuestra página web para aprovechar todas las funcionalidades de las que dispone en nuestro lector.

Funcionalidades eBook



Acceso desde cualquier dispositivo



Idéntica visualización a la edición de papel



Navegación intuitiva



Tamaño del texto adaptable

Puede descargar la APP «Editorial Colex» para acceder a sus libros y a todos los códigos básicos actualizados.



Síguenos en:



**PRÁCTICAS
COMERCIALES ENGAÑOSAS
Y SU REPRESIÓN POR EL
DERECHO DE LA
COMPETENCIA DESLEAL**

ESPECIAL REFERENCIA AL ÁMBITO PUBLICITARIO

Elicio Díaz Gómez

COLEX 2023

Copyright © 2023

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos (www.cedro.org) garantiza el respeto de los citados derechos.

Editorial Colex S.L. vela por la exactitud de los textos legales publicados. No obstante, advierte que la única normativa oficial se encuentra publicada en el BOE o Boletín Oficial correspondiente, siendo esta la única legalmente válida, y declinando cualquier responsabilidad por daños que puedan causarse debido a inexactitudes e incorrecciones en los mismos.

Editorial Colex S.L. habilitará a través de la web www.colex.es un servicio online para acceder a las eventuales correcciones de erratas de cualquier libro perteneciente a nuestra editorial, así como a las actualizaciones de los textos legislativos mientras que la edición adquirida esté a la venta y no exista una posterior.

© Elicio Díaz Gómez

© Editorial Colex, S.L.
Calle Costa Rica, número 5, 3.º B (local comercial)
A Coruña, C.P. 15004
info@colex.es
www.colex.es

I.S.B.N.: 978-84-1194-256-0
Depósito legal: C 2071-2023

ABREVIATURAS

AA. VV.	Autores Varios
AC	Aranzadi Civil
ADI	Actas de Derecho Industrial
AEA	Asociación Española de Anunciantes
art.	artículo
arts.	artículos
aut.	autor
AUTOCONTROL	Asociación para la autorregulación de la Comunicación Comercial
BOE	Boletín oficial del Estado
CC	Código Civil
CCI	Cámara de Comercio Internacional
CCom.	Código de Comercio
CE	Constitución Española
CEE	Comunidad Económica Europea
Cfr.	Confróntese
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
cit.	Citado
COM	Comunicación
coord.	coordinación
CP	Código Penal
Derecom	Revista Internacional de Derecho de la Comunicación y de las Nuevas Tecnologías.
Dir.	Dirigido
DN	Derecho de los Negocios
DPCD	Directiva sobre prácticas comerciales desleales en sus relaciones con los consumidores
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas

ABREVIATURAS

DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
EASA	<i>European Advertising Standards Alliance</i>
EC	Estudios sobre Consumo
ECLI	<i>European Case Law Identifier</i> (Identificador europeo de Jurisprudencia)
Ed.	Editorial
Edic.	Edición
EJB	Enciclopedia Jurídica Básica
Hom.	Homenaje
ICAS	<i>International Council for ad self-regulation</i>
LCD	Ley de Competencia Desleal
LDC	Ley de Defensa de la Competencia
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LGDCU	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
LOCM	Ley de Ordenación del Comercio Minorista
LGP	Ley General de Publicidad
LP	Ley de Patentes
núm.	Número
núms.	Números
ob. cit.	obra citada
p.	página
Pr.	Presidente
pp.	páginas
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RD	Real Decreto
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDCD	Revista de Derecho de la Competencia y Distribución
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDP	Revista de Derecho Privado
RdS	Revista de Derecho de Sociedades
RGD	Revista General del Derecho
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
ROJ	Repositorio Oficial de Jurisprudencia
RRSS	Redes Sociales

ABREVIATURAS

RTC	Revista del Tribunal Constitucional
ss.	siguientes
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
Secc	Sección
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
t.	tomo
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TOL	Base de Datos de Tirant online
TRLGDCU	Texto Refundido por el que se aprueba la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
TS	Tribunal Supremo
vid.	véase
vol.	volumen

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

Introducción	21
--------------------	----

CAPÍTULO I

LA DIRECTIVA 2005/29/CE SOBRE PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES

1. Aspectos generales	31
2. Notas características de la Directiva 2005/29/CE	37
2.1. Introducción	37
2.2. Fragmentación de la normativa frente a la competencia desleal	40
2.3. Armonización parcial	45
2.4. Armonización de máximos	47
3. Prohibición de las prácticas comerciales desleales	47
3.1. La cláusula general de represión de las prácticas comerciales desleales en la Directiva 2005/29	49
3.2. Acciones engañosas	50
3.3. Omisiones engañosas	53
3.4. Prácticas agresivas	56
3.5. La lista negra de prácticas desleales	57
4. Códigos de conducta	62
5. Represión de las prácticas comerciales desleales	62
6. La aplicación de la Directiva 2005/29/CE	64
6.1. Comunicación de la Comisión de 14 de marzo de 2013	65
6.2. Guía para la implementación/aplicación de la Directiva 2005/29 relativa a las prácticas comerciales desleales, de 25 de mayo de 2016	66
6.3. Comunicación de la Comisión Guía sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2005/29 publicada el 29 de diciembre de 2021 ..	69

CAPÍTULO II

**LA INCORPORACIÓN DE LA DIRECTIVA 2005/29/CE EN LA
NORMATIVA ESPAÑOLA CONTRA LA COMPETENCIA DESLEAL**

1. Introducción	85
2. La Ley 29/2009 y la organización de la normativa frente a la competencia desleal	87
3. La armonización incompleta de la normativa contra la competencia desleal tras la Ley 29/2009 y la aplicación de esta	92
4. La cláusula general de represión de la competencia desleal tras la Directiva 2005/29	96
4.1. Introducción	96
4.2. Notas distintivas de la cláusula general	97
4.3. La cláusula general común	99
4.4. La cláusula general específica de deslealtad con los consumidores	101

CAPÍTULO III

ACTOS DE ENGAÑO EN LA LCD: CARACTERIZACIÓN Y DELIMITACIÓN

1. Consideraciones generales	111
2. Intereses protegidos con la prohibición de los actos de engaño	114
3. Delimitación de los actos de engaño y su diferenciación de otros supuestos de deslealtad	115
4. Concepto de acto de engaño	116
4.1. Aptitud para inducir a error	122
4.1.1. Consideraciones generales	122
4.1.2. Declaraciones falsas	123
4.1.3. Declaraciones exactas	124
4.1.4. La no necesidad de engaño efectivo	125
4.1.5. El criterio del consumidor medio	126
4.1.6. Grupos de consumidores especialmente vulnerables	128
4.2. Aptitud para incidir en el comportamiento económico de los consumidores	130
4.2.1. El presupuesto del engaño consistente en la aptitud para incidir en el comportamiento económico	130
4.2.2. Distorsión significativa del comportamiento económico de los destinatarios	132
5. El engaño por omisión	134
5.1. Consideraciones generales	134
5.2. Caracterización de la omisión	135
5.3. Requisitos del engaño por omisión	136
5.4. Factores que han de tomarse en cuenta al enjuiciar la omisión	138
5.4.1. Aspectos generales	138

SUMARIO

5.4.2. Importancia de la información silenciada	139
5.4.3. Medio de comunicación utilizado	142
5.4.4. Conocimiento de la información omitida por un consumidor medio . .	144
6. Prácticas engañosas diversas: la publicidad encubierta, las prácticas engañosas por confusión y el incumplimiento de códigos de conducta	144
6.1. La publicidad encubierta	144
6.1.1. Caracterización	144
6.1.2. La publicidad encubierta como modalidad específica en la LCD. . .	147
6.1.3. Requisitos	151
6.1.4. Publicidad encubierta y emplazamiento de producto.	152
6.2. Las prácticas engañosas por confusión	155
6.2.1. Aspectos generales	155
6.2.2. Actos de confusión en la LCD.	156
6.2.3. Factores determinantes de las prácticas engañosas por confusión . . .	157
6.2.4. La publicidad comparativa entre las prácticas engañosas por confusión.	158
6.3. El incumplimiento de códigos de conducta	160
6.3.1. Prácticas comerciales desleales consistentes en incumplimiento de códigos de conducta	160
6.3.2. Requisitos para que el incumplimiento de un código de conducta se considere práctica comercial engañosa	161
7. Catálogo de prácticas engañosas expresamente tipificadas	162
7.1. Consideraciones previas	162
7.2. Prácticas engañosas sobre códigos de conducta u otros distintivos de calidad	165
7.2.1. Afirmar, sin ser cierto, que el empresario o profesional está adherido a un código de conducta	165
7.2.2. Que un código de conducta ha recibido el refrendo de un organismo público o cualquier otro tipo de acreditación no siendo cierto	166
7.2.3. Otras prácticas engañosas relativas a distintivos de calidad	166
7.3. Prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas.	169
7.3.1. Ofertas señuelo	169
7.3.2. Prácticas promocionales engañosas.	170
A) Prácticas engañosas relativas a las ventas en liquidación	170
B) Prácticas engañosas relativas a la oferta de premios	170
C) Prácticas engañosas relativas a la oferta de bienes como gratuitos	171
7.4. Prácticas engañosas sobre la naturaleza y propiedades de los bienes o servicios, su disponibilidad y los servicios posventa	172
7.4.1. Naturaleza y propiedades de los bienes o servicios	172
7.4.2. Disponibilidad de los bienes o servicios	174
7.4.3. Servicios posventa	174
7.5. Ventas piramidales	175

SUMARIO

7.6. Otras prácticas engañosas	176
7.6.1. Presentar los derechos que otorga la legislación a los consumidores o usuarios como si fueran una característica distintiva de la oferta del empresario o profesional.	176
7.6.2. Realizar afirmaciones inexactas o falsas en cuanto a la naturaleza y la extensión del peligro que supondría para la seguridad personal del consumidor o de su familia el hecho de que el consumidor o usuario no contrate el bien o servicio.	177
7.6.3. Transmitir información inexacta o falsa sobre las condiciones de mercado o sobre la posibilidad de encontrar el bien o servicio, con la intención de inducir al consumidor o usuario a contratarlo en condiciones menos favorables que las condiciones normales de mercado	178
7.6.4. Incluir en la documentación de comercialización una factura o un documento similar de pago que dé al consumidor o usuario la impresión de que ya ha contratado el bien o servicio comercializado, sin que éste lo haya solicitado.	178
7.6.5. Afirmar de forma fraudulenta o crear la impresión falsa de que un empresario o profesional no actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, o presentarse de forma fraudulenta como un consumidor o usuario	179
7.6.6. La reventa desleal de entradas de espectáculos	179
7.6.7. Nuevas conductas desleales por confusión	180

CAPÍTULO IV

ACCIONES FRENTE A LOS ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL EN LA LCD

1. Preliminar	181
2. Tutela jurisdiccional frente a los supuestos desleales por engaño activo o pasivo.	182
3. Tutela mediante acciones específicas de la ley de competencia desleal.	184
3.1. Acción declarativa	187
3.2. Acción de cesación o prohibición de conducta u omisión desleal (por engaño).	193
3.3. Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal.	198
3.4. Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas	203
3.4.1. Naturaleza	203
3.4.2. Presupuestos.	204
3.5. Acción de resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente	208
3.5.1. Presupuestos	209
3.5.2. La prueba de los daños causados y la excepción <i>ex re ipsa loquitur</i>	210
3.5.3. El contenido de la indemnización	212
3.5.4. La determinación de los daños y perjuicios	217
3.5.5. Relación de causalidad y dolo o culpa	218

SUMARIO

3.6. Acción de enriquecimiento injusto	220
3.7. Tutela complementaria: acción de publicación de la sentencia a costa del condenado..	224
3.8. Regla especial en caso de códigos de conducta	230
3.8.1. Acciones frente a los responsables de tales códigos cuando estos fomenten actos desleales (art. 38 LCD)	232
3.8.2. Acciones frente a los empresarios adheridos públicamente a códigos de conducta que infrinjan las obligaciones libremente asumidas o incurran en actos de competencia desleal (art. 39 LCD)	233
4. Legitimación activa para el ejercicio de las acciones.	234
4.1. Legitimación individual	236
4.1.1. Para ejercitar las acciones de competencia desleal	236
4.1.2. Para las acciones de publicidad ilícita.	242
4.1.3. Para la acción de enriquecimiento injusto	245
4.2. Legitimación colectiva	246
4.2.1. Acción de resarcimiento de daños y perjuicios	249
4.2.2. Legitimación de las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos.	250
4.3. Los colectivos de consumidores.	251
4.4. Legitimación del Ministerio Fiscal.	253
5. Legitimación pasiva	253
5.1. Nociones generales	253
5.2. Legitimación pasiva en general.	254
5.3. Regla especial	257
6. Jurisdicción, competencia judicial y procedimiento	258
6.1. Jurisdicción y competencia judicial objetiva y territorial	258
6.2. Procedimiento	259
7. Prescripción.	260
7.1. Introducción	260
7.2. Régimen general de la prescripción:	261
7.2.1. Ámbito objetivo	261
7.2.2. Plazos de prescripción.	262
7.2.3. Interrupción de la prescripción	266
7.3. Regla especial de prescripción de las acciones en defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios	267

CAPÍTULO V AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA

1. La autorregulación como complemento de la normativa vigente	269
1.1. Nociones generales	269
1.2. Autorregulación y Códigos de Conducta	270

SUMARIO

2. La autorregulación publicitaria	277
2.1. Autorregulación publicitaria: rasgos característicos y modalidades . . .	277
2.2. La autorregulación publicitaria en España: Autocontrol de la publicidad	278
2.2.1. Introducción.	278
2.2.2. AUTOCONTROL: orígenes y engarce en la autorregulación publicitaria europea e internacional	280
2.2.3. Actividad de AUTOCONTROL.	282
2.2.4. Códigos de conducta	283
A) Código de Conducta Publicitaria.	284
B) Códigos de Conducta Publicitaria Sectoriales.	296
C) Código de Conducta sobre el uso de <i>influencers</i> en la publicidad. . .	297
2.2.5. El Jurado de la Publicidad.	304
2.3. Autorregulación/corregulación publicitaria.	306

CONCLUSIONES FINALES

Conclusiones finales	311
--------------------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA

A) Monografías, artículos de revista, obras generales, y otras referencias bibliográficas	323
B) Documentación, comunicaciones e informes de instituciones de la Unión Europea	345

INTRODUCCIÓN

Con el propósito de situar convenientemente el tema objeto de investigación, parece razonable partir, como presupuesto inicial justificativo, de la concepción del Derecho Mercantil de la etapa histórica del momento presente¹. A estos efectos, es oportuno recordar las palabras del Profesor Font Galán², para quien «los actuales *esquemas de racionalización y sistematización* del nuevo Derecho mercantil ya no son, en modo alguno, los *mercatores* ni los *actos de comercio*, sino antes bien la *empresa*, el *mercado* y la *competencia económica*». Y, siguiendo esta misma línea argumental, puntualiza de manera muy acertada que estos esquemas encuentran legitimación en la *Constitución económica*, especialmente en el art. 38 de la Constitución, al consagrar la *libertad de empresa en el marco de la economía de mercado*, reconociendo así, siquiera sea implícitamente la *libertad de competencia*. Así las cosas, el legislador español, partiendo de la libertad de empresa en el seno de una economía de mercado, consagrada en el art. 38 de la Constitución española, lejos de coartar la iniciativa empresarial, permite que cada empresario diseñe y elija su propia estrategia de actuación competitiva en el mercado, para ofrecer sus productos y servicios.

Junto a ello, como subraya con razón FONT GALÁN, nos encontramos con un nuevo Derecho Mercantil, inspirado en los *nuevos «valores normativos superiores»* plasmados en el Ordenamiento Jurídico constitucional, y más concretamente en el de *defensa jurídica de los consumidores y usuarios*, recogido en el art. 51 de la Constitución española, que, en sus propias palabras, representa «un “valor normativo” que finalmente abona un *principio general del Derecho*, con la fuerza y virtualidad que estos principios reciben en el artículo 1.º del Código Civil».

1 Vid. VICENT CHULIÀ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, 14.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2001.

2 FONT GALÁN, J. I., «El tratamiento jurídico de la publicidad en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», *Curso sobre el Nuevo Derecho del Consumidor*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1990, pp. 58 y 59.

Partiendo de estas premisas, como no podía ser de otra manera, hemos de afirmar que la libertad empresarial no es ilimitada o arbitraria. Antes al contrario, el empresario debe respetar un doble orden de limitaciones. A saber: por una parte, las derivadas de la normativa de defensa de la competencia (Ley de Defensa de la Competencia, de 3 de julio de 2007 y normativa complementaria), conforme a las cuales los empresarios no pueden actuar de forma que restrinjan o excluyan la competencia en el mercado, lo cual puede suceder a través de conductas desleales con los competidores, susceptibles de ocasionarles una lesión de sus intereses patrimoniales; y, por otra, las impuestas por el Derecho contra la competencia desleal, conforme a las cuales las actuaciones de los empresarios han de estar presididas y regirse por patrones de lealtad, y corrección, respetando la actuación de los competidores y no perjudicando los intereses de los consumidores y usuarios ni las de los demás competidores (Ley de Competencia Desleal, de 10 de enero de 1991³ con sus correspondientes modificaciones). Lo expuesto no significa que éstas sean las únicas normas que afectan a esta materia. Junto a ellas existen otras normas de nuestro Ordenamiento Jurídico en las que se recogen disposiciones que contribuyen a delimitar los perfiles de las actuaciones desleales y a determinar de manera rigurosa la represión legal de las mismas. Sirvan de ejemplo Ley General de Publicidad de 11 de noviembre de 1988⁴, la Ley de Ordenación del Comercio Minorista de 15 de enero de 1996⁵ o el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, de 16 de noviembre de 2007⁶.

El estudio que se aborda en esta obra se enmarca precisamente en el ámbito de la competencia desleal, focalizando el análisis en las prácticas comerciales engañosas recogidas en la Ley de Competencia Desleal, en la consciencia de que en la sociedad en que nos movemos el cauce más frecuente de materialización de las conductas desleales es el de las comunicaciones publicitarias, el engaño publicitario, toda vez que en el momento

3 <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1991-628>. Vid. GIMENO OLCINA, L., «Algunos problemas en la Ley de Competencia Desleal», *La Ley*, 1993, pp. 951 y ss.

4 <https://www.boe.es/eli/es/l/1988/11/11/34/con>. Vid. TATO PLAZA, A., «Publicidad comercial y libertad de expresión en la jurisprudencia norteamericana», *ADI*, núm. 14, 1991-1992, pp. 177 y ss.; TATO PLAZA, «La publicidad de productos anticonceptivos: el caso pontélo, pónselo», *La Ley*, 17 de agosto de 1993, pp. 1 y ss.; TATO PLAZA, «Publicidad comercial y libertad de expresión en Europa», *La Ley*, núm. 3599, 1994, pp. 988 y ss. Vid. LEMA DEVESA/GÓMEZ MONTERO, *Código de Publicidad*, Marcial Pons, 5.ª edic., 2010. En relación con este tema, aunque referida a otro tipo de publicidad, PÉREZ CARRILLO, E. F., «Libertad de expresión, publicidad ilícita y programas electorales de los partidos políticos: A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de junio de 2010 (sección 28, especializada en Derecho Mercantil)», *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, pp. 159-186.

5 <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1072>

6 <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555>

actual gran parte de los actos de competencia son fundamentalmente actos publicitarios o de publicidad⁷. Y ello porque, como afirmara atinadamente el maestro GARRIGUES⁸, «la publicidad constituye hoy el instrumento predilecto de la competencia mercantil. Los competidores se valen de la prensa, de la radio, de la televisión, de las circulares, de los anuncios en la vía pública, de mil modos y maneras que sean aptos para atraer la atención de los consumidores sobre los productos que fabrica el industrial o vende el comerciante⁹. Podríamos decir que casi todos los procedimientos que la lucha por el cliente ha imaginado se ponen en práctica a través de la publicidad». Esto es lo que, con otros términos, sostiene, también con gran expresividad, FERNÁNDEZ-NÓVOA¹⁰, al señalar que «la publicidad es fundamentalmente un medio apto para mantener viva e incluso agudizar la competencia económica empresarial», hasta el punto de que «la competencia económica de las empresas se realiza hoy en buena medida a través de la publicidad». Y, como remarca este autor, esta actividad competitiva, que encuentra refuerzo y desarrollo mediante el instrumento competitivo de la publicidad, en ocasiones dicha publicidad aviva la competencia económica hasta el punto de convertirse en ilícita o desleal. En efecto, el afán desmedido de los empresarios en la lucha competitiva por lograr la máxima clientela posible puede inducirles a realizar actos contrarios a la competencia leal, como por ejemplo actos denigratorios o a efectuar falsas afirmaciones acerca de productos y servicios de los competidores a través de la publicidad. En este contexto, de acuerdo con la

7 Vid. ILLESCAS ORTIZ en *Derecho mercantil* (coord. G. J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ), Vol. 1, 5.ª ed., Ariel, Barcelona, 1999, p. 625.

8 Vid. GARRIGUES, J., *Curso de Derecho mercantil*, t. I, 7.ª ed., (revisada con la colaboración de A. BERCOVITZ), Aguirre, Madrid, 1976, p. 246; GARRIGUES, J., *Curso de Derecho mercantil*, t. II, 7.ª ed., (revisada con la colaboración de F. SÁNCHEZ CALERO), Aguirre, Madrid, 1979.

9 Reconoce la importancia de la publicidad en la decisión de adquisición de un bien la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1989 (Sala de lo Civil) (RJ 1989\111). En el Fundamento de Derecho Primero de la Sentencia, el Tribunal Supremo manifestó que «a la vista del contenido de los contratos de compraventa de las viviendas edificadas por el demandado y de la memoria descriptiva adjunta a los mismos, así como de la descripción de calidades del inmueble en construcción que, el promotor-constructor, hizo en los repetidos anuncios publicitarios, cuya documentación, unida al resultado de la pericial e inspección ocular, permite al Juzgador concluir de una parte, en la decisiva influencia de la publicidad «sobre la conducta y voluntad de los actores» al contratar...». El mismo carácter determinante de la publicidad en la adquisición lo reconoce, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1999, RJ 1999, 4562.

10 FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., en *Estudios de Derecho de la Publicidad (Homenaje a la Facultad de Derecho ó Autor Dr. C. Fernández Nóvoa, Catedrático de Derecho Mercantil, nos XXV años de cátedra)*, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1989, pp. 62 y 67 y 68. Vid., también, FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., «La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias (introducción al estudio de los principios generales de la publicidad)», *RDM*, 1968, núm. 107, pp. 20 y 27.

doctrina más autorizada, cabe afirmar sin ambages que la actividad publicitaria debe someterse al principio de «competencia lícita o leal» y no pura y simplemente al de «libre competencia»¹¹.

De las múltiples y posibles perspectivas desde las que se puede afrontar el examen de las prácticas comerciales engañosas, entre ellas la publicidad como práctica generadora de actuaciones desleales, hemos optado por elegir la que se apoya en la normativa de la competencia desleal, lo que como se puede comprender, por su estrecha conexión, también obliga a examinar en ciertos aspectos la normativa publicitaria, en cuanto la actividad publicitaria ilícita es también actividad desleal. Al margen queda el análisis de otras normas distintas relativas a la publicidad que, con planteamientos diversos y resultados de protección distintos, pero guiadas por el denominador común de proteger a los destinatarios, optan por atenerse a los efectos negociados de la publicidad¹², invocando la integración publicitaria del contrato. La

11 FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., *ibidem*.

12 Esta vinculación de la publicidad, pudiendo atenerse a ella los consumidores y usuarios ya se reconoció en el art. 8 en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE núm. 176, de 24 de julio) y que también se recogió en diversas leyes especiales, en las que el legislador se inclinaba por considerar oferta al público los mensajes publicitarios o ciertas informaciones proporcionadas por los oferentes de los productos o servicios. Así, sucedió por ejemplo, en la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, en el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre arrendamiento y compra de viviendas, en la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, en la Ley 21/1995, de 6 de julio, de Viajes Combinados, en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, relativa a la adquisición de derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico; o en la normativa que regula las operaciones que se realizan en los mercados financieros. Para un estudio detenido del tema, *vid.*, entre otros, TORRES LANA, J. A., «La integración de la publicidad en la oferta contractual turística», en *Jornadas sobre Turismo y Defensa del Consumidor*, Palma de Mallorca, 1991, pp. 73 y ss.; MORALES MORENO, A.M., «Información publicitaria y protección del consumidor: reflexiones sobre el art. 8 de la LGCU», en Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo, t. VIII, Consejo General del Notariado, Madrid, 1992, pp. 667 y ss. y MORALES MORENO, «Contrato: información publicitaria», *EJB*, Vol. I, Cívitas, 1995, pp. 1644 y ss.; MORALES MORENO, «Declaraciones públicas y vinculación contractual: reflexiones sobre una Propuesta de Directiva», *ADC*, 1999-1, pp. 265 y ss. *Vid.* igualmente FONT GALÁN, J. I., «La integración publicitaria del contrato: un instrumento de Derecho Privado contra la publicidad engañosa», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 1988-4, pp. 7 y ss.; CABALLERO LOZANO, J. M.^a, «Eficacia contractual de la publicidad comercial en la Jurisprudencia», *Actualidad Civil*, núm. 13, marzo de 1996, pp. 293 y ss.; PASQUAU LIAÑO, M., «Comentario al art. 8 LGDCU», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO/SALAS HERNÁNDEZ (coord.), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Cívitas, Madrid, 1992, pp. 139 y ss.; SANTOS MORÓN, M. J., «El folleto o programa informativo y la forma del contrato de viajes combinados», *EC*, 1997, núm. 42, pp. 23 y ss.; PASQUAU LIAÑO, M., «La protección de las «legítimas expectativas» del consumidor y la exigibilidad de las promesas publicitarias: una propuesta de superación del art. 8 de la Ley de Consumidores y Usuarios», *Autocontrol*, núm. 56, septiembre de 2001, pp. 24 y ss.; BLANDINO GARRIDO, M., «El carácter vinculante del folleto publicitario y la resolución del contrato derivada de su incumplimiento (Comentario a la Sentencia del T.S. de 26 de junio de 1999

fundamentación básica, a este respecto, es el art 61 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el *texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, que reconoce la integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato¹³. Se llega así a este resultado, atendiendo a las nor-

(RJ 1999, 4562)», *Revista de Derecho Patrimonial*, 4/2000, pp. 215 y ss.; DÍAZ GÓMEZ, M.^a A., «Ámbito objetivo y subjetivo de la integración publicitaria prevista en el art.61 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm. 2, 2008, pp. 65-99; PINO ABAD, M., «La integración publicitaria de los contratos de consumo». *Derecho de los Negocios*, año núm. 23, núm. 260, 2012, pp. pp. 9-22. MIRANDA ANGUIA, A., «El principio de la integración publicitaria del contrato y la letra pequeña de la publicidad», *La Ley Mercantil*, núm. 83 (septiembre), 2021; MIRANDA ANGUIA, A., *Desafíos del regulador mercantil en materia de contratación y competencia empresarial*/coord. por SERRANO CAÑAS, J. M./CASADO NAVARRO, A./GONZÁLEZ JIMÉNEZ, P./MIRANDA SERRANO, L. (dir.)/PAGADOR LÓPEZ, J. (dir.), 2021, pp. 507-522. Por su relación con este tema, véase asimismo GÓMEZ SEGADE, J. A., «Notas sobre el derecho de información del consumidor», *RJC*, 1980, pp. 699 y ss.; CASADO CERVIÑO, A., «El crédito al consumo y la protección de los consumidores», *RDBB*, núm. 11, julio-septiembre, 1983, pp. 481 y ss.; AZORÍN RONCERO, J., «La Ley General de protección de los derechos de usuarios y consumidores. Operaciones bancarias», *RGD*, 1985, núm. 490-491, pp. 2128 y ss.

Haciendo referencia a la protección de los consumidores, GARCÍA AMIGO, M., «La defensa de los consumidores desde el Derecho Privado», *RDP*, 1985, pp. 395 y ss.; GARCÍA AMIGO, M., «Consideraciones a la buena fe contractual», *Actualidad Civil*, núm. 1, 2000, pp. 1 y ss.; BERCOVITZ, R., «La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en A. BERCOVITZ y R. BERCOVITZ, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 180 y ss; BERCOVITZ, R., «La responsabilidad del constructor o promotor de viviendas en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en A. BERCOVITZ y R. BERCOVITZ, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 248 y ss.; GARCÍA CANTERO, G., «Un aspecto de la tutela civil del consumidor: responsabilidad de constructores y promotores de viviendas», *Directiva*, 19901, pp. 61 y ss.; ORTÍ VALLEJO, A., «Derecho a la información (Comentario al art. 13 LGDCU)», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO/SALAS HERNÁNDEZ (coord.), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Cívitas, Madrid, 1992, pp. 397 y ss.; AVILÉS GARCÍA, J., «Las garantías en la venta de bienes y el principio de conformidad del contrato: situación actual y perspectivas», *RCDI*, septiembre-octubre, núm. 661, 2000, pp. 2727 y ss.;

13 Esta disposición expresa literalmente:

«1. La oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación.

2. El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, estas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad».

mas protectoras de los consumidores y usuarios¹⁴, al considerar la publicidad como una oferta de contrato¹⁵ o una oferta contractual *ad incertam personam* y entendiendo que la publicidad forma parte del contrato¹⁶. Esta integración publicitaria¹⁷, por cierto, se asumió tempranamente en la Jurisprudencia, en

-
- 14 Haciendo un repaso evolutivo de la protección de los consumidores a través de la normativa mercantil, especialmente de publicidad y competencia desleal, OTERO LASTRES, J. M., «La protección de los consumidores cuarenta años después», *ADI*, T. 40, 2019-2020, pp. 189-222.
- 15 En opinión de DE ARRILLAGA, J. I., «Valor de las ofertas hechas a personas indeterminadas», *RDM*, 1952, núm. 40, pp. 7 a 71, la oferta al público para calificarse como oferta de contrato «debe ser hecha con intención de obligarse y de concluir el contrato de que se trate si su destinatario lo acepta» (p. 29). Véase, asimismo, CAPILLA RONCERO, F., «Oferta», *EJB*, Vol. III, 1995, pp. 4561 y ss.; MENÉNDEZ PIDAL, J., «Valor de las ofertas y promesas hechas al público», *RGLJ*, núm. 166, 1935, p. 81; DE SCALS PELLICER, J., «Oferta», *NEJ*, t. XVIII, Barcelona, 1986, p. 367; CORRAL GARCÍA, E., «La protección de los consumidores a través de la eficacia contractual de la publicidad», *Actualidad Civil*, núm. 38, octubre de 2000, pp. 1139 a 1416; CORRAL GARCÍA, E., *La oferta de contrato al público*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.
- 16 El Tribunal Supremo en la Sentencia de 27 de enero de 1977 afirma la obligatoriedad del contenido de unos folletos publicitarios en los que expresamente se hacía constar su carácter no contractual. No obstante, su fundamentación no se apoyaba en la consideración de la publicidad como oferta contractual.
- 17 Cfr. GÓMEZ CALERO, J., *Los Derechos de los Consumidores y Usuarios*, Dykinson, Madrid, 1994, p. 78, quien señala que la integración «consiste, en esencia, en la incorporación del contenido obligatorio del mensaje publicitario al contrato que en virtud del mismo se celebre; de tal modo que aquel contenido se erija en norma convencional reguladora del contrato y venga a completar el conjunto de las obligaciones exigibles por el consumidor o usuario contratante». Para una más amplia documentación sobre el tema, *vid.* RICO PÉREZ, F.: «Cuestiones prácticas. Valor de la propaganda en la compraventa de un piso (Comentario de la Sentencia 27 de enero de 1977)», *RGLJ*, t. LXXVI, 1978, pp. 345 y ss.; RICO PÉREZ, «La publicidad y el consumidor de bienes inmuebles en la jurisprudencia civil española», *La Ley*, 1982-1, pp. 745 y ss.; GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid, 1994. En relación con el tema, a fin de obtener una visión más documentada del tema, resultan de interés algunas lecturas. Así, BONILLA y SAN MARTÍN, «Sobre los efectos de la voluntad unilateral (propia o ajena) en materia de obligaciones mercantiles», *RGLJ*, 1901, núm. 98, p. 260; DE LA CUESTA RUTE, J. M.^a, *Régimen jurídico de la publicidad*, Tecnos, Madrid, 1974, p. 146; DE LA CUESTA RUTE, J. M.^a, «Publicidad de tipos y tarifas», *RDBB*, núm. 2, abril-junio, 1981, p. 387 y ss.; DE LA CUESTA RUTE, J. M.^a, «Las responsabilidades de las Administraciones Públicas por las alegaciones publicitarias de contenido financiero», *RDBB*, núm. 18, 1985, pp. 263 y ss.; GÓMEZ SEGADÉ, J.A./LEMA DEVESA, C.: «Problemas jurídicos de las invocaciones publicitarias al ahorro», *RDBB*, núm. 18, abril-junio, 1985, pp. 247 y ss.; DUQUE DOMÍNGUEZ, J.: «La protección de los derechos económicos y sociales en la Ley General para la Defensa de los Consumidores», *EC*, núm. 3, 1984, pp. 51 y ss.; ILLESCAS ORTIZ, R., «Los contratos bancarios: reglas de información, documentación y ejecución», *RDBB*, núm. 34, 1989, pp. 261 y ss.; LÓPEZ SÁNCHEZ, «Publicidad comercial, contratación estandarizada y protección del consumidor», *EC*, núm. 16, 1989, pp. 70 y 71); ILLESCAS ORTIZ, «La Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: ámbito de aplicación y perfección del contrato», *DN*, 1992, núm. 16, p. 5; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La responsabilidad derivada del folleto informativo en la Jurisprudencia alemana», *RDBB*, núm. 53, enero-marzo, 1994, p. 217

las ya célebres Sentencias del TS de 14 de junio de 1976¹⁸ y 27 de enero de 1977¹⁹, a las que ha seguido abundante Jurisprudencia²⁰, reconociéndose asimismo en diversas disposiciones legislativas.

La justificación de la elección de este tema se pone claramente de relieve si pensamos que es ésta una materia de gran relevancia en el tráfico empresarial, que afecta a los intereses de los competidores, de los consumidores

y ss.; MENÉNDEZ MATO, J.C., *La oferta contractual*, Aranzadi, Pamplona, 1998; URÍA, R., *Derecho Mercantil*, 28.ª edic., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001, p. 623.

Vid. también, especialmente desde la perspectiva de Derecho Civil, MORENO QUESADA, B., «La oferta de contrato al público y su eficacia jurídica», *RDM*, 1956, pp. 45 y ss.; MORENO QUESADA, B., *La oferta de contrato*, Madrid, 1963, p. 51; MORENO QUESADA, B., «La oferta de contrato cuarenta años después», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, T. IV, Cívitas, Madrid, 1996, pp. 4979 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español Común y Foral*, T. Tercero: *Derecho de Obligaciones. La obligación y el contrato en general*, 12.ª edic., revisada y puesta al día por G. GARCÍA CANTERO, Ed. Reus, Madrid, 1978, pp. 565 y ss.; RICO PÉREZ, «Cuestiones prácticas. Valor de la propaganda en la compraventa de un piso (Comentario de la Sentencia 27 de enero de 1977)», *RGLJ*, t. LXXVI, 1978, pp. 354 a 356; LASARTE, «Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación (En torno a la sentencia del T.S. de 27 de enero de 1977)», *RDP*, enero de 1980, p. 76; LASARTE, «Protección al consumidor y carácter vinculante del folleto informativo en los 'viajes combinados' (En torno a la Ley 21/1995, de 6 de julio, y la jurisprudencia precedente)», *RCDI*, núm. 643, noviembre-diciembre, 1997, pp. 2197 y ss.; CAVANILLAS MÚGICA, *Responsabilidad civil y protección del consumidor*, Universidad de las Islas Baleares, Palma de Mallorca, 1985, pp. 181 y 182; CAVANILLAS MÚGICA, «Las prestaciones propias de cada producto o servicio (art. 8.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios)», *AC*, 1993-I, pp. 1839 y ss.; VATTIER FUENZALIDA, C., «La interpretación integradora del contrato en el Código civil», *ADC*, 1987, pp. 495 a 524; CARRASCO PERERA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigido por M. Albaladejo, t. XV, vol. 1, Edersa, Madrid, 1989; GÓMEZ DE MIGUEL, J. M., «Normas sobre transparencia, publicidad y protección de la clientela», *Crédito Cooperativo*, núm. 48, enero-febrero, 1991, pp. 7 y ss.; GÓMEZ LAPLAZA, M.ª C., «Artículo 1262», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, t. XVII, vol. 1.º-B, Edersa, 1993, p. 58; REYES LÓPEZ, M. J., *Derecho de Consumo. La protección del consumidor en los contratos de compraventa de viviendas, de arrendamiento, de obras y financiación*, Ed. General de Derecho, Valencia, 1993; MORALES MORENO, «Contrato: información publicitaria», *EJB*, vol. I, Cívitas, 1995, p. 1644; DE LA HAZA DÍAZ, P., *El contrato de viaje combinado. La responsabilidad de las agencias de viajes*, Marcial Pons, Madrid, 1997; DE LA HAZA DÍAZ, P., «La oferta publicitaria de los viajes combinados», *EC*, 1998, núm. 47, pp. 13 y ss.; Díez-PICAZO, L., «¿Una nueva doctrina general del contrato?», *ADC*, vol. XLVI, 1993-94, pp. 1705 y ss.; Díez-PICAZO, L., «La formación del contrato», *ADC*, vol. XLVIII, 1995-1, pp. 5 y ss.; Díez-PICAZO, L., *La compraventa internacional de mercaderías*, Cívitas, Madrid, 1998, pp.163 y 164; Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, vol. I, Introducción, Teoría del Contrato*, 5.ª edic., Cívitas, Madrid, 1996, p. 327.

18 RJ 1977/1219.

19 RJ 1977/121.

20 Para un análisis más detallado, *vid.* DÍAZ GÓMEZ, M.ª A., «Ámbito objetivo y subjetivo de la integración publicitaria prevista en el art.61 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm. 2, 2008, pp. 65-99.

y usuarios y de la economía en general, que crece si la competencia es lícita y leal. Y es además un tema de actualidad, al haberse aprobado normativa comunitaria, cuya transposición ha supuesto retos nada desdeñables de adaptación al legislador español. En efecto, la Directiva 2005/29 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, *relativa a las Prácticas Comerciales Desleales de las Empresas en sus relaciones con los consumidores en el Mercado Interior*, introdujo novedades importantes en la regulación establecida en la normativa de competencia desleal, que exigen no sólo un esfuerzo armonizador al legislador, sino también una rigurosa y complicada labor de interpretación en consonancia con los principios consagrados en la Directiva. La complejidad además se incrementa debido a que existe una importante dispersión de normas en el Ordenamiento español que quedan involucradas en el tema que nos ocupa. Se trata además de una materia de indudable actualidad y de gran interés, habida cuenta que la regulación existente ha de ser interpretada de acuerdo con la realidad social del momento en que se plantea y lo cierto es que el iter evolutivo de las conductas desleales en este campo nos muestra una praxis muy diversa, muy cambiante, apareciendo cada vez prácticas más novedosas y heterogéneas, que demandan adecuada interpretación, para la cual se exige una formación muy específica. Y a ello cabría añadir que, aunque existen estudios doctrinales sobre la materia, centrados por lo demás en cuestiones específicas, es ésta una materia siempre necesitada de seguir profundizando en los nuevos comportamientos desleales que van surgiendo, como lo demuestra la creciente actividad publicitaria realizada por los *Influencers* en Internet, que en ocasiones es publicidad encubierta. El planteamiento de un estudio sistemático sobre este tema responde a una efectiva necesidad de acometer en profundidad un análisis riguroso de las prácticas engañosas a la luz de la Directiva y de la realidad de los nuevos tiempos.

La composición de este trabajo responde a esta estructura: En el Capítulo I estudiamos la Directiva sobre Prácticas Comerciales Desleales de las Empresas en sus relaciones con los consumidores en el Mercado Interior, que tanta discusión provocó, teniendo en cuenta, entre otras cosas, que dio lugar, por un lado, a la fragmentación de la normativa frente a la competencia desleal; por otro, a que el alcance de la armonización es sólo parcial; y, finalmente, que la armonización realizada con la Directiva es una armonización plena o de máximos. Y todo ello por no hablar de los problemas interpretativos que genera la diferencia entre conductas desleales con los consumidores y usuarios y aquellas conductas desleales entre los empresarios o la formulación de la cláusula general que recogió la Directiva 2005/29/CE. El Capítulo II versa sobre la incorporación de la Directiva 2005/29/CE en la normativa española contra la competencia desleal, centrando la atención en la Ley 29/2009 que reformó dicha normativa. En el Capítulo III se abordan los actos de engaño en la LCD, profundizando en su caracterización y delimitación. En el Capítulo IV se examinan las acciones frente a los actos de competencia desleal en la

LCD. El Capítulo V se destina al estudio de la Autorregulación Publicitaria. Tras reflexionar sobre las distintas cuestiones que se van desgranando a lo largo del trabajo, cerramos el estudio con la realización de unas consideraciones finales sobre los temas tratados.

CAPÍTULO I

LA DIRECTIVA 2005/29/CE SOBRE PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES

1. Aspectos generales

Resulta de extraordinario interés a los efectos de la investigación que se propone, como veremos a continuación, el estudio de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 *relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo* («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»)²¹. Y el análisis, siquiera sea de los aspectos fundamentales de esta Directiva²² tiene una justificación muy clara en la repercusión innegable que, como no podía ser de otra forma, tuvo en la reforma de nuestra Ley de Competencia Desleal que la transpuso²³.

21 Sobre la Directiva, véase, por todos, MASSAGUER, J.: *El nuevo Derecho contra la Competencia Desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*, Thomson, Cívitas, Navarra, 2006.

22 Véase, sobre la Directiva 2005/29, GONZÁLEZ VAQUÉ, «La Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales en materia de protección de los consumidores (entre el objetivo de una armonización total y el enfoque de plena armonización)», *DN*, 181, 2005, pp. 5 y ss.; y GONZÁLEZ VAQUÉ, «Jurisprudencia del TJUE referente a la integración de la Directiva relativa a las prácticas comerciales desleales», *La Ley*, 7934, 1 de octubre de 2014.

23 Vid, entre otros, AA.VV., Monográfico sobre *La reforma de la Competencia Desleal*, *RCD* núm. 7 (2010), pp. 17 a 173. Huelga recordar la trascendencia de la normativa europea en nuestro Ordenamiento, dada la pertenencia de nuestro país a la Unión Europea. *Vid.* al respecto, PÉREZ CARRILLO, E. F.: «Derecho mercantil, un derecho europeo: influencia del derecho de la Unión Europea sobre el moderno ordenamiento mercantil», *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, coord. por José Antonio Gómez Segade, Ángel García Vidal; Manuel Olivencia (pr.), Carlos Fernández-Nóvoa Rodríguez (hom.), 2010, pp. 77-90.

Hay que recordar que en el entorno comunitario nos encontrábamos con legislaciones distintas sobre competencia desleal que podían ser un impedimento para la libre circulación de mercancías²⁴, razón por la cual ya desde los años sesenta se tomó conciencia de la necesidad de armonización del Derecho de la Competencia Desleal. El régimen jurídico dispuesto por el legislador español para reprimir la competencia desleal²⁵, los actos de competencia desleal²⁶, no ha quedado al margen de la normativa comunitaria.

El arranque de toda la reforma²⁷ en esta materia fue el encargo que se encomendó por la Comisión Europea al Instituto *Max Planck* de Múnich para elaborar un Informe sobre el Derecho contra la Competencia Desleal en los diversos Estados miembros de la denominada en aquel momento Comunidad Económica Europea. Al Informe realizado, bajo la dirección del Profesor Eugen ULMER, por la Comisión Europea, le siguieron distintos documentos de trabajo encaminados a una posible armonización del Derecho sobre la Competencia Desleal.

En la línea de trabajo expuesta, en los años setenta, dichos esfuerzos fructificaron en los primeros Anteproyectos de Directiva para la armonización del Derecho contra la Competencia Desleal. Sin embargo, la oposición a una armonización de conjunto con que respondieron los Estados miembros hizo que de un Anteproyecto a otro se redujese su ámbito de aplicación. Ello hizo que en el tercer Anteproyecto publicado por la Comisión Europea en el año 1977 ya no se planificase una armonización de conjunto sobre la Competencia Desleal, quedando reducida la aspiración a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en cuanto a la publicidad engañosa y desleal. El tercer Anteproyecto se concretó en dos Proyectos de Directiva, encontrándose con la oposición de determinados Estados miembros a una Directiva comprensiva tanto de la normativa de la publicidad engañosa como de la publicidad desleal. Esto fue lo que, a fin de cuentas, determinó la reducción de la armonización al régimen jurídico de la publicidad engañosa.

Con esta perspectiva, el 10 de septiembre de 1984²⁸ se aprobó la Directiva del Consejo relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamen-

24 *Vid.* TATO PLAZA/PALAU RAMÍREZ, «Competencia desleal y libre circulación de mercancías en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea», 15 *ADI*, 1993, pp. 256 y ss.

25 Sobre la competencia desleal, véanse, entre otros; MENÉNDEZ MENÉNDEZ A., *La competencia desleal*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1988, GARCÍA PÉREZ, R., *Ley de competencia desleal*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor 2008.

26 Acerca del acto de competencia desleal, véase, COSTAS COMESAÑA, J., «El concepto de acto de competencia desleal», *ADI*, 19, 1998, pp. 361 y ss.

27 Sobre la reforma, TATO PLAZA, Capítulo I: «Introducción», en TATO PLAZA/FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO/HERRERA PETRUS, *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, Capítulo III, La Ley, Wolters Kluwer, Madrid, 2010, pp. 29 y ss., a quien seguimos en este punto.

28 DOCE L/250, de 10 de septiembre, pp. 55 y ss. Acerca de la Directiva y otras cuestiones, véase LEMA DEVESA, C., «Nuevas perspectivas del Derecho Europeo de la Publicidad»,

tarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa. La Directiva anunciaba en sus Considerandos que la justificación de la misma y la armonización acometida se circunscribía a tres aspectos; a saber: atender a las exigencias de la libre circulación de mercancías y servicios; evitar la distorsión de las condiciones de competencia y proteger a los consumidores. Aun así, pese a lo limitado del ámbito objetivo de aplicación, en cuanto recogía la protección frente a los actos de competencia desleal consistentes en publicidad engañosa²⁹, en la Exposición de Motivos de la Directiva ya se anticipaba que habría una armonización futura del régimen jurídico de la publicidad comparativa. En cualquier caso esta Directiva, como se ha dicho con razón, aunque directamente referida a la publicidad engañosa beneficiaba a todos los participantes en el mercado. Así, se ha hecho hincapié en que «aún cuando la Directiva se dicta para la protección de los consumidores, se reconoce en ella que la regulación de las prácticas comerciales desleales no sólo tiene que proteger a los consumidores, sino también a todos los participantes en el mercado (competidores, clientes o consumidores), sino también al propio funcionamiento del sistema competitivo»³⁰. Así las cosas, se tenía la esperanza de que la Unión Europea prosiguiese la tarea de armonización respecto a la competencia desleal. Sin embargo, la evolución posterior de la tarea armonizadora confirma que no se consiguieron los resultados que se imaginaban³¹.

ADI, 6, 1979-80, pp. 76 y ss.; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., «La armonización del régimen jurídico aplicable a la publicidad engañosa en la CEE (Introducción al estudio de la Directiva CEE/84/50, de 10 de septiembre de 1984)», *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 15, núm. 2, 1988, pp. 447 a 484. Sobre las relaciones entre el Derecho de la competencia desleal y la publicidad, y sus conexiones en la evolución del Derecho europeo y español sobre estas materias, ofrece una visión muy clarificadora VELASCO SAN PEDRO, L. A., «Competencia desleal y publicidad», *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm. 21, 2017, pp. 1 a 21; VELASCO SAN PEDRO, «Competencia desleal y publicidad», en SERRANO CAÑAS, J. M. (Coord.), Dir. por CASADO NAVARRO, A./MIRANDA SERRANO, L. M./COSTAS COMESAÑA, J., *Derecho de la competencia, desafíos y cuestiones de actualidad*, 2018. Vid. también BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «La competencia desleal y la libre competencia», *El derecho europeo de la competencia y su aplicación en España: «Liber amicorum» en homenaje a Santiago Martínez Lage*, coord. por Mercedes Pedraz Calvo, David Ordóñez Solís; Santiago Martínez Lage (hom.), 2014, pp. 603-612.

29 Vid. TATO PLAZA, «La publicidad engañosa en la jurisprudencia (Breves reflexiones al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo en el caso Citroen)», *RGD*, núm. 608, 1995, pp. 5488 y ss.

30 BERCOVITZ, «Nociones introductorias» en BERCOVITZ (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 53. Y como señala GARCÍA-CRUCES, «Finalidad y ámbito de aplicación de la Ley de Competencia Desleal. La cláusula general de deslealtad competitiva», en GARCÍA CRUCES, J. A. (Dir.), *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*, Tirant lo Blanch, Valencia 2014, pp. 1091 a 1206, esta Directiva «acogía un modelo un modelo de lucha contra la competencia desleal, aunque centrado en materia de publicidad engañosa, que resultaba ser completamente acertado y conforme con los estándares generalmente admitidos en la represión de la deslealtad competitiva».

31 GARCÍA CRUCES, J. A. (Dir.), *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*, Tirant lo Blanch, Valencia 2014, pp. 1102 y ss. Véase también sobre publicidad engañosa, LEMA

PRÁCTICAS COMERCIALES ENGAÑOSAS Y SU REPRESIÓN POR EL DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Esta obra constituye una investigación en profundidad sobre la represión de las prácticas comerciales engañosas, especialmente publicitarias, en la Ley 3/1991, de Competencia Desleal (LCD) tras la incorporación de la Directiva 2005/29 mediante la Ley 29/2009 y ulteriores modificaciones, siendo conscientes de que el cauce más frecuente de materialización de las conductas desleales engañosas está representado por los mensajes publicitarios.

El interés de esta temática es innegable, por su relevancia en el tráfico empresarial, afectando a los intereses de todos los participantes en el mercado, y su indudable actualidad, pues ciertamente la evolución de las conductas desleales engañosas muestra una praxis muy diversa y cambiante, surgiendo cada vez prácticas más novedosas y heterogéneas.

A fin de obtener un conocimiento en profundidad de esta problemática, en esta obra se analizan pormenorizadamente dicha Directiva y su incorporación al Derecho español; la caracterización y delimitación de los actos de engaño; las acciones frente a los actos de competencia desleal; y, finalmente, en atención al reconocimiento que los textos legales han venido efectuando de la protección extrajurisdiccional, se presta especial atención a la autorregulación publicitaria, dando cuenta de la trascendencia evidente de la labor desarrollada por AUTOCONTROL, así como de la relevancia de los códigos de conducta aprobados. Y todo este estudio se realiza desde una perspectiva crítica con ánimo constructivo.

ELICIO DÍAZ GÓMEZ

Elicio Díaz Gómez es abogado en ejercicio, con una dilatada experiencia profesional, desempeñando esta actividad desde el año 2004 hasta el momento presente. Compagina su profesión de abogado con la actividad docente, siendo Profesor Asociado de Derecho Mercantil de la Universidad de León con una amplia trayectoria. Es colaborador del Grupo de Investigación Consolidado DERECHO MERCANTIL-E de la Universidad de León y miembro del Grupo de Innovación Docente GID JURÍDICO-MERCANTIL de dicha Universidad. Tras realizar estudios de Doctorado defendió su Tesis Doctoral, fruto de la cual es la obra que ahora se presenta.

PVP: 32,00 €

ISBN: 978-84-1194-256-0



9 788411 942560