



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento de Derecho Privado

Área de conocimiento: Derecho Mercantil

Curso 2016/2017

**ANÁLISIS DE LA CLÁUSULA
GENERAL DE COMPETENCIA
DESLEAL EN EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO ESPAÑOL**

Nombre del/la estudiante: LAURA GARCÍA SÁNCHEZ

Tutor / PILAR MARTÍN ARESTI

Mes JUNIO Año 2017

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento de Derecho Privado

Área de conocimiento: Derecho Mercantil

**ANÁLISIS DE LA CLÁUSULA
GENERAL DE COMPETENCIA
DESLEAL EN EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO ESPAÑOL**

**ANALYSIS OF THE GENERAL
CLAUSE OF UNFAIR COMPETITION
IN THE SPANISH LEGAL SYSTEM**

Nombre del/la estudiante: LAURA GARCÍA SÁNCHEZ
e-mail del/a estudiante: lgs9502@usal.es

Tutor/a: PILAR MARTÍN ARESTI

RESUMEN (15 líneas)

La Ley de Competencia Desleal del año 1991 ha sido modificada por la Ley de Competencia Desleal del año 2009 como consecuencia de la transposición de la Directiva 2005/29/CE.

Fruto de dicha modificación la cláusula general de competencia desleal contenida en el artículo 4 se ha visto modificada, añadiéndose un segundo párrafo aplicable exclusivamente en las relaciones comerciales entre empresas y consumidores cuando el acto causa un perjuicio a los intereses de los consumidores. Durante el desarrollo de este trabajo analizaremos la función de la cláusula general de competencia desleal, los elementos que la integran (buena fe objetiva, la distorsión significativa del comportamiento del consumidor, el consumidor medio...), su relación con el resto de actos tipificados expresamente como desleales, y su aplicación práctica por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

PALABRAS CLAVE (entre 3 y 6): competencia desleal, cláusula general de competencia desleal, Directiva 2005/29/CE, consumidor medio, buena fe objetiva.

ABSTRACT

The 1991 Law on Unfair Competition has been amended by the 2009 Law on Unfair Competition as a consequence of the implementation of Directive 2005/29/CE.

As a result of the aforementioned amendment, the general clause on unfair competition (currently contained in Article 4 of the law) has been extended by adding a second paragraph applied exclusively in business-to-consumer relationships when the act causes damage to the interests of consumers. During the development of this work, we will assess the role of the general clause on unfair competition, the elements comprising it—objective good faith, the significant distortion of the consumer's behavior, the average consumer, etc. —, its relationship with the rest of the acts stipulated expressly as unfair and its practical application by the case-law of the Supreme Court.

KEYWORDS: unfair competition, general clause on unfair competition, Directive 2005/29/CE, average consumer, objective good faith

INDICE

ABREVIATURAS.....	1
1. INTRODUCCIÓN.....	2
2. LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....	4
a. Finalidad de la Ley de Competencia Desleal.....	4
b. Problemas que planteó la transposición de la Directiva 2005/29/CE en la legislación española.....	5
c. Cambios introducidos por la Ley de Competencia Desleal de 30 de diciembre de 2009.....	9
3. ANÁLISIS DE LA CLÁUSULA GENERAL DE COMPETENCIA DESLEAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....	11
a. Nociones generales sobre el art 4 LCD/2009.....	11
i. Planteamiento general.....	11
ii. Modificaciones parlamentarias de la Cláusula General de competencia desleal.....	13
b. Función de la Cláusula General.....	14
c. Contenido y alcance del estándar de deslealtad.....	17
i. Delimitación del estándar de deslealtad.....	17
ii. Buena fe objetiva.....	18
d. Nueva cláusula general para las relaciones con consumidores y usuarios.....	21
i. Ámbito de aplicación.....	21
ii. Presupuestos para su aplicación.....	23
iii. El consumidor medio.....	27
iv. Grupos de consumidores especialmente vulnerables.....	29
v. Exageraciones publicitarias.....	30
e. Relación entre la cláusula general y el resto de conductas tipificadas como desleales.....	31

4. APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA POR EL TRIBUNAL SUPREMO.....	33
a. Salida voluntaria de los trabajadores de una empresa.....	33
b. Captación de clientela.....	34
c. Cláusula general y listado de actos desleales.....	37
5. CONCLUSIONES.....	39
BIBLIOGRAFÍA.....	41

ABREVIATURAS

LCD	Ley de Competencia Desleal
LCD/1991	Ley de Competencia Desleal de 10 de enero de 1991
LCD/2009	Ley de Competencia Desleal de 30 de diciembre de 2009
TS	Tribunal Supremo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
CE	Constitución Española de 1978
RJ	Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi
Id. Cendoj	Buscador del Sistema de Jurisprudencia del Poder Judicial
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
BOE	Boletín Oficial del Estado
CCAA	Comunidades Autónomas
UE	Unión Europea
CC	Código Civil
TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios

1. INTRODUCCIÓN

El presente Trabajo de Fin de Grado “Análisis de la Cláusula General de Competencia Desleal en el Ordenamiento Jurídico Español” es presentado como consecuencia de la finalización de mis estudios de Grado en Derecho en la Universidad de Salamanca, tal y como es exigido por el Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales.

El motivo por el que he elegido este tema es el interés y la importancia que tiene hoy en día la Competencia Desleal, ello es así porque actualmente las empresas tienen una gran influencia sobre la sociedad: generan empleo y aportan beneficios a los ciudadanos. Así pues, las empresas deben actuar de buena fe en el mercado, tanto en sus relaciones con los consumidores como en las relaciones con los competidores.

Sin embargo, los empresarios constantemente tienen que tomar decisiones acerca del funcionamiento de su empresa y ahí es donde entra en juego la Competencia Desleal, y en concreto la Cláusula General de Competencia Desleal, objeto del presente trabajo, y el listado de conductas tipificadas expresamente como desleales en la Ley de Competencia Desleal de 30 de diciembre de 2009. Entran en juego porque las empresas tienen la obligación de competir en el marco de una economía de mercado, no obstante no es válido cualquier tipo de competencia puesto que existe un límite que siempre ha de ser respetado: la buena fe.

Es de vital importancia conocer aquellos comportamientos en los que las empresas no pueden incurrir y que están tipificados expresamente en la Ley de Competencia Desleal pero ¿qué ocurre si la empresa realiza un comportamiento que pudiera ser considerado como desleal pero que no aparece expresamente tipificado como tal en la Ley de Competencia Desleal? Aquí es donde resulta de aplicación la Cláusula General de Competencia desleal contenida en el actual artículo 4 de la LCD/2009 puesto que aquellas conductas que no están expresamente tipificadas en el catálogo podrán ser consideradas como desleales en base a dicho artículo 4.

El presente trabajo se centra en el análisis de la Cláusula General de Competencia Desleal considerada una especie de “cajón de sastre” pero sujeta a una serie de pautas de interpretación para que pueda ser aplicada por Jueces y Tribunales.

El trabajo está estructurado en tres bloques, el primero de ellos está centrado en el estudio general de la Ley de Competencia Desleal en el ordenamiento jurídico español haciendo especialmente referencia a la finalidad de dicha Ley, a los problemas que planteó la transposición de la Directiva 2005/29/CE en la legislación española, y a los cambios introducidos por la Ley de Competencia Desleal de 30 de diciembre de 2009.

Es en el segundo de los bloques donde aparece el estudio y el análisis de la Cláusula General en el ordenamiento jurídico español haciendo alusión a una serie de nociones generales sobre la misma, a las modificaciones parlamentarias que ha experimentado, a su función, y al alcance del estándar de deslealtad. Pero lo que más destaca de este segundo bloque es el estudio de la nueva cláusula general para las relaciones con consumidores y usuarios que ha sido incorporada como consecuencia de la transposición de la Directiva 2005/29/CE.

El tercer bloque se centra en el estudio de la aplicación de la Cláusula general por el Tribunal Supremo, especialmente en tres supuestos concretos: en los listados de clientes, en la forma en la que se produce la captación de clientela y, en la aplicación de la cláusula general y el listado de actos tipificados expresamente como desleales.

Y por último, recojo las conclusiones a las que he llegado tras la realización del presente trabajo así como los recursos bibliográficos y jurisprudenciales en los que me he apoyado para la realización del mismo.

2. LEY DE COMPETENCIA DESLEAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

a. FINALIDAD DE LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL

La Ley de Competencia Desleal de 30 de diciembre de 2009¹ recoge en su artículo 1 cuál es la finalidad que persigue. Así, este precepto comienza diciendo que *“Esta ley tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita en los términos de la Ley General de Publicidad”*. En ningún momento este precepto señala que solamente se proteja a los competidores frente a los actos de competencia desleal, sino que el artículo emplea el término *todos* con lo cual pretende clarificar que la LCD tiene como finalidad no sólo la protección de los competidores directos sino que lo que se busca es la protección a todos los que participan en el mercado (competidores, consumidores, resto de operadores económicos). De manera que lo que se está protegiendo es la competencia en sí misma considerada, no a los empresarios frente a la competencia; esto pone de manifiesto que el bien jurídico tutelado es la competencia, así lo señala tanto la exposición de motivos de la Ley de Competencia Desleal² como la propia jurisprudencia del TS³.

Normalmente, las leyes no suelen recoger expresamente en su propio articulado cuál es su finalidad, con lo cual el hecho de que la propia LCD incorpore en su artículo 1 la finalidad que pretende conseguir es un hecho infrecuente que tiene su razón en el interés por afirmar el modelo institucional al que se acoge la Ley y ello conduce a una serie de consecuencias. La primera de ellas es que al protegerse la competencia de todos los que participan en el mercado, el artículo 3.2 indica que no es necesario que exista una relación de competencia entre el sujeto activo y pasivo del acto de competencia desleal, esto pone de manifiesto que no se está protegiendo a los sujetos que participan en el

¹ Ley 29/2009, BOE 31 de diciembre de 2009.

² *“La Ley 3/1991 introdujo un cambio radical en la concepción tradicional del derecho de la competencia desleal, que dejó de concebirse como un ordenamiento primariamente dirigido a resolver conflictos entre competidores, para convertirse en un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado, a fin de cumplir la función de defensa de los intereses de quienes participan en él y de la propia institución de la competencia.”*

STS 17 de octubre de 2012 (RJ 2014/1107): *“la legislación sobre competencia desleal tiene como fin proteger, no el derecho sobre la marca, sino el correcto funcionamiento del mercado. Esto es, pretende ser un instrumento jurídico de ordenación de las conductas que se practican en él. Destinatario de la protección que otorga no es, por tanto, el titular de la marca, como tal, sino todos los que participan en el mercado y el mercado mismo.”*

³ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A., (Dir), *“Comentarios a la Ley de Competencia Desleal”*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 75.

mercado sino que lo que se protege es la competencia. Y la segunda consecuencia es que el artículo 1 es un precepto directamente aplicable que recoge la prohibición de realizar actos de competencia desleal, no se trata de un precepto orientativo puesto que sirve de base para ejercitar las acciones correspondientes.

La LCD respeta el mandato constitucional del art 38 CE⁴ en el cual se reconoce *la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado*. En un sistema como el mismo la competencia es la base del correcto funcionamiento del sistema y, por tanto, un valor que debe ser protegido, esto quiere decir que existe una obligación de competir pero esa competencia debe hacerse de forma lícita. Esta es la función complementaria del Derecho de defensa de la competencia y el derecho contra la competencia desleal: mientras el primero vela porque exista competencia en el mercado, el segundo se ocupa de que esa competencia sea lícita y no incurra en actos que la Ley califica de desleales⁵.

Al ser *la competencia* el objeto de protección de la LCD provoca que sea el Estado el único con competencia legislativa para regular esta materia, y así aparece recogido en el art 149.1.6^a, 8^a y 13^a CE⁶.

b. PROBLEMAS QUE PLANTEÓ LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2005/29/CE EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

La Directiva 2005/29/CE tiene como objetivo la armonización del Derecho contra la competencia desleal en el marco de la UE. Es por ello que la razón que justifica la promulgación de esta Directiva es que las actuaciones de los empresarios y profesionales puedan realizarse atendiendo a una serie de criterios comunes en todos los territorios de la Unión Europea y así se desprende del artículo 1 de la misma.

Hasta la promulgación de la Directiva, la regulación en materia de competencia desleal en cada país de la UE era completamente diferente y ello daba lugar a una incertidumbre sobre cuáles eran las normas nacionales aplicables a las prácticas

⁴ Bercovitz, Comentarios a la Ley..., op., cit., p. 75.

⁵ Bercovitz: Apuntes de Derecho Mercantil, 13 ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 371, citado en GARCÍA-CRUCES, J.A. (Dir), *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 1093-1094: “conforme al liberalismo decimonónico, el empresario tenía derecho a competir. Se trataba de un derecho. Pero con la legislación antitrust, el planteamiento cambió totalmente. No es que el empresario tenga derecho a competir, sino que tiene obligación de competir. Y si viola esa obligación, realizando pactos o concertando comportamientos para no competir o para restringir la competencias entonces está actuando ilegalmente y su actuación está sujeta a sanciones establecidas en la Ley”.

⁶ Bercovitz, Comentarios a la Ley..., op., cit., p. 77.

comerciales desleales que perjudican a los intereses económicos de los consumidores. Consecuentemente, esto suponía un incremento de los costes para las empresas cuando querían realizar actividades de comercialización transfronterizas, campañas de publicidad y promociones de venta, tal y como señala el apartado 4 del Preámbulo de la Directiva. Todos estos problemas han sido recogidos por la doctrina, por ejemplo por Massaguer⁷.

*La armonización comunitaria solo afecta a aquellas prácticas comerciales realizadas por las empresas en sus relaciones con los consumidores y que perjudican o afectan directamente a los intereses económicos de éstos últimos*⁸. Es decir, la Directiva no resulta aplicable cuando se perjudica a los intereses económicos de otros sujetos ni a los intereses de los consumidores que no sean económicos. Se trata de una directiva marco que tiene como consecuencia que los Estados miembros de la UE solamente sean libres para tipificar los actos de competencia desleal que afecten a las empresas en sus relaciones con los competidores, puesto que aquellos actos que afecten directamente a los consumidores quedan sujetos a la Directiva⁹.

Esta Directiva fue incorporada al ordenamiento jurídico español mediante la actual Ley de Competencia Desleal¹⁰, la Ley de 30 de diciembre de 2009 que modifica a la LCD del año 1991¹¹. La transposición de la Directiva a la legislación española fue una tarea bastante compleja por distintos motivos.

El primero de ellos es que la protección del consumidor y la competencia desleal en la legislación española es complicada puesto que es regulada tanto por el Estado como por las CCAA, así por ejemplo existe una ley estatal para la Defensa de Consumidores y Usuarios¹² y junto a ella existen leyes autonómicas para la protección de los consumidores. Pero además, tanto a nivel estatal como a nivel autonómico existen leyes

⁷ MASSAGUER, J., “*El nuevo Derecho contra la Competencia Desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*”, Civitas, Navarra 2010.

⁸ MASSAGUER, “*El nuevo Derecho contra...*”, op. cit., p. 14.

⁹ GARCÍA-CRUCES, J.A. (Dir), *Tratado de Derecho...*, op. cit. p. 1105: “*Así lo advierte expresamente el Considerando 6 de la Directiva 2005/29/CE, al señalar que este texto no comprende ni atañe a las leyes nacionales sobre prácticas comerciales que perjudican sólo a los intereses económicos de los competidores o que se refieren a transacciones entre comerciantes; para tener plenamente en cuenta el principio de subsidiariedad, los Estados miembros seguirán teniendo la capacidad de regular esas prácticas, de conformidad con el Derecho comunitario, si así lo deciden*”

¹⁰ En lo sucesivo referida como LCD, Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

¹¹ Ley 3/1991, BOE 11 de enero de 1991.

¹² Ley de 19 de julio de 1984, Texto refundido de 16 de noviembre de 2007.

de ordenación del comercio minorista que regulan las actuaciones de los comercios minoristas en sus relaciones con el público en general, incluidos los consumidores.

Y el segundo motivo es que la legislación estatal en materia de competencia desleal comprende la Ley de Competencia Desleal de 10 de enero de 1991 que era la que estaba en vigor cuando se aprobó la Directiva, y la Ley General de Publicidad de 11 de noviembre de 1988.

Por lo tanto, hay legislación tanto a nivel estatal como a nivel autonómico de los mismos supuestos de hecho, sin embargo las CCAA solo tienen competencia en el ámbito administrativo, es decir, solamente pueden interponer sanciones administrativas, las cuales están previstas en la Ley estatal General de Consumidores y Usuarios para la protección de los mismos. La regulación de la competencia desleal es una potestad exclusiva del Estado, y así se recoge en el artículo 149.1.6^a, 8^a y 13^a CE y de las sentencias del TC de 30 de noviembre de 1982, 1 de julio de 1986 y 11 de noviembre de 1999 en virtud de las cuales es competencia exclusiva del Estado la legislación reguladora del Derecho de la competencia, tanto las normas de competencia desleal como las de defensa de la competencia.

Ante este panorama se plantearon diferentes maneras para trasponer la Directiva. La primera de ellas, *defendida por algún autor aislado*¹³, era que la Directiva se traspusiera a la legislación específica en materia de protección de los consumidores, es decir, que modificara la Ley General de Consumidores y Usuarios. Sin embargo, de haberse optado por esta opción la sanción que se impondría a una práctica comercial desleal frente a los consumidores sería una sanción administrativa, no podrían reclamar ante los tribunales una indemnización por daños y perjuicios porque únicamente se está operando en el plano administrativo. Además, solamente hubieran podido ejercitar las acciones los consumidores o las asociaciones de consumidores.

La segunda opción era incorporar la Directiva mediante una ley especial, sin embargo esta solución no era aceptable porque haría que la competencia desleal estuviera regulada en tres leyes: la LCD, la Ley General de Publicidad y la nueva ley especial en la que se incorporase la Directiva.

¹³ Vid. MENÉNDEZ GONZÁLEZ: Comentario art. 19, en Lema Deveda (Dir.), Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores. Régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29/2009, Bosch, Barcelona, 2012, pp. 248 y ss., citado en GARCÍA-CRUCES, J.A. (Dir), *Tratado de Derecho...*, op. cit. p. 1134.

Por lo tanto, la mejor opción fue por la que optó el legislador español y que había sido *propugnada en nuestra doctrina*¹⁴: incorporar la Directiva en la regulación general de Competencia Desleal. Aunque aparentemente parecía una tarea sencilla no lo fue. El primer problema que se planteó es que la LCD del año 1991 y la Directiva eran textos contrapuestos porque la LCD de 1991 incorporaba nociones generales y abstractas mientras que la Directiva contenía una regulación muy detallada. En segundo lugar era necesario combinar la cláusula general prohibitiva que estaba presente en el artículo 5 LCD de 1991 con la cláusula general prohibitiva de competencia desleal que recogía la Directiva, y esto dio lugar al segundo problema porque la cláusula general del artículo 5 LCD es mucho más sencilla y amplia que la que se recogía en la Directiva pues tan solo decía que “*se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe*”. El mayor problema era la incorporación de la parte de la Directiva que regula las prácticas engañosas puesto que las mismas ya estaban prohibidas en la LCD de 1991 en el artículo 7.

Se llega a la conclusión de que los problemas que derivan a de la incorporación de la Directiva a la legislación española se deben a que se debe respetar, en la medida de lo posible, la literalidad del texto de la Directiva puesto que solamente se conseguirá una armonización en los países de la UE en lo relativo a las prácticas de los empresarios en sus relaciones con consumidores si en todos los países rigen las mismas normas. La Directiva es un texto muy detallista frente a los términos generales en los que está formulada la LCD de 1991 puesto que por ejemplo, la Directiva contiene un listado de definiciones que no contiene la LCD del año 1991.

Ante este problema la solución a la que se llegó fue a la de incluir las normas de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en un nuevo capítulo de la LCD, tratando de conseguir una coordinación entre la LCD y la Ley General de Publicidad la cual también quedó modificada sustancialmente.

¹⁴ Vid., ad ex. BERCOVITZ: *Unfair Commercial Practices in European and Spanish Law*, en *Perspektiven des Geistigen Eigentum und Wettbewerbsrechts. Festschrift für G. Schrickler zum 70. Geburtstag*, Beck, München, 2005, p. 646; GÓMEZ SEGADE: *La nueva cláusula general en la LCD*, p. 334; MASSAGUER: *El nuevo derecho...* op., cit., p. 159 y ss.; MASSAGUER, MARCOS Y SUÑOL: *La transposición al Derecho español de la Directiva 2005/29/CE*, p. 148 y ss., todo ello citado en GARCÍA-CRUCES, J.A. (Dir), *Tratado de Derecho...*, op. cit. p. 1105 viene a señalar que esta tercera opción fue la *propugnada en nuestra doctrina*.

c. CAMBIOS INTRODUCIDOS POR LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL DE 30 DE DICIEMBRE DE 2009

En el ordenamiento jurídico español han existido dos leyes que regulan la competencia desleal. La primera de ellas es la Ley de 10 de enero de 1991, la cual supuso un cambio y una novedad en España ya que estableció por primera vez una regulación de la competencia desleal en España con eficacia práctica. Sin embargo, ha sido modificada por la actual Ley de Competencia Desleal, la Ley de 30 de diciembre de 2009, con el fin de incorporar al ordenamiento jurídico español la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores y, que tiene como finalidad proteger no solo a los consumidores sino a todos aquellos que participan en el mercado.

La LCD del año 2009 ha tratado de resolver problemas internos que están presentes en nuestro ordenamiento jurídico: se han incorporado normas que permiten una aplicación coherente tanto de la LCD y de la Ley General de Publicidad¹⁵, como de la LCD y el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (TRLGDCU)¹⁶.

La actual Ley de Competencia Desleal reproduce numerosos preceptos de la LCD del año 1991, pero también incorpora novedades exigidas por la Directiva. En concreto, uno de los preceptos de la LCD del 2009 que no se ha visto modificado como consecuencia de la transposición de la Directiva es el artículo 1, sin embargo dicho artículo sí ha sufrido un cambio que no tiene que ver con la transposición de la Directiva sino que tiene que ver con la coordinación entre la LCD y la Ley General de Publicidad puesto que se le ha añadido una última frase *“incluida la publicidad ilícita en los términos de la Ley General de Publicidad”*¹⁷. *“Con este añadido, el legislador vino a afrontar un problema de coordinación de la normativa interna, unificando el régimen*

¹⁵ Era necesario establecer una coordinación entre la LCD y la Ley General de Publicidad porque cuando se promulgó la Ley de competencia desleal de 1991 no se derogaron los artículos de la Ley de Publicidad que contemplan supuestos de competencia desleal realizados a través de los mensajes publicitarios.

¹⁶ GARCÍA-CRUCES, J.A. (Dir), *Tratado de Derecho...*, op. cit. p. 1124: *“En último lugar, la tutela que dispensa el TRLGDCU se confía, en estas materias, básicamente a la acción administrativa mientras que la protección derivada de la normativa contra la competencia desleal requiere el ejercicio de las pertinentes acciones ante la jurisdicción ordinaria. Por todo ello, cabe concluir la coexistencia de ambos textos legales sin que deba mediar incompatibilidad alguna respecto de sus reglas. Esta compatibilidad ha sido recogida por el legislador, tras su reforma por la Ley 29/2009, el artículo 49.1 1) TRLGDCU tipifica como infracción de consumo ‘el uso de prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios’, de modo que un actuar de este tipo podrá dar lugar a las sanciones previstas en tal texto legal pero, también permitirá el ejercicio de cuantas acciones dispone la legislación de competencia desleal.”*

¹⁷ Bercovitz, Comentarios a la Ley..., op., cit., p. 74.

*de acciones que se pueden ejercitar tanto en los supuestos de competencia desleal como en aquellos otros que se calificarán de publicidad ilícita*¹⁸”. Es cierto que la publicidad ilícita sigue estando delimitada por la Ley General de Publicidad, sin embargo las acciones que se pueden ejercitar frente a la publicidad ilícita son las que aparecen reguladas en los artículos 32 y siguientes de la LCD.

Siendo el objeto de estudio de este trabajo la cláusula general de competencia desleal conviene hacer referencia a los cambios que ha experimentado la misma en la nueva LCD del año 2009. La cláusula general actualmente se encuentra recogida en el artículo 4 de la LCD, mientras que en la antigua ley estaba en el artículo 5. Las únicas modificaciones que se han producido son respecto a los consumidores y usuarios, en concreto, se ha incluido un segundo inciso en el artículo 4.1 puesto que en las relaciones entre empresarios la cláusula no ha cambiado: se sigue considerando desleal todo comportamiento contrario a las exigencias de la buena fe. Respecto a los empresario no se define el concepto de *buena fe*, sin embargo en las el artículo 4 sí define qué debe entenderse por *buena fe* en lo relativo a las relaciones con consumidores. Así, como consecuencia de la trasposición de la Directiva se incluyen dos requisitos cumulativos para que una actuación sea contraria a la buena fe: 1) que el comportamiento del empresario o profesional resulte contrario a la diligencia profesional, entendiendo ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas¹⁹ del mercado, 2) que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores.

La LCD del 2009 también ha introducido otros cambios, entre ellos, ha dado una nueva redacción al artículo 5 en el que se regulan los actos de engaño puesto que da una definición de los actos de engaño y a continuación el legislador da una lista cerrada de las conductas que se pueden considerar engañosas. Otra novedad introducida en la nueva ley es la *omisión engañosa* regulada en el artículo 7.

¹⁸ MARTINEZ PÉREZ: Estudio de las modificaciones introducidas en el Capítulo Primero de la Ley de Competencia Desleal con la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, en Armijo Chavarri (Coord.), Análisis de la reforma del régimen legal de la competencia desleal y la publicidad llevada a cabo por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, La Ley, Madrid, 2011, p.4, citado en GARCÍA-CRUCES, J.A. (Dir), *Tratado de Derecho...*, op. cit. p. 1152.

¹⁹ Se ha sustituido el término prácticas honradas utilizado por la Directiva, por el término prácticas honestas.

Sin embargo no todas modificaciones son relativas a los empresarios y consumidores sino que en la nueva Ley también se han incluido modificaciones procesales como la unificación de las acciones que derivan de actos de competencia desleal y publicidad ilícita; o por ejemplo la ampliación de la legitimación activa puesto que ahora se le ha otorgado al Instituto Nacional de Consumo y a los Organismos equivalentes de las CCAA y de las CCLL, a las asociaciones de consumidores y usuarios, y a las entidades de otros Estados miembros de la UE. Asimismo, se ha señalado como imprescriptibles las acciones de cesación en defensa de los intereses de los consumidores.

3. ANÁLISIS DE LA CLÁUSULA GENERAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

A) NOCIONES GENERALES SOBRE EL ARTÍCULO 4 LCD/2009

i. PLANTEAMIENTO GENERAL

La doctrina, entre ellos Bercovitz o Tato Plaza²⁰, ha venido señalando que una de las consecuencias de la trasposición de la Directiva 25/29/CE fue la modificación del antiguo artículo 5 LCD de 1991. En virtud de esa modificación, este artículo se convirtió en el actual artículo 4 LCD que incorpora la misma cláusula general²¹ del antiguo artículo 5, y una novedad derivada de la trasposición de la Directiva: una nueva cláusula general que resulta de aplicación en las relaciones con consumidores y usuarios²². Por lo tanto, ahora artículo 4 LCD contiene dos cláusulas generales que resultan aplicables en supuestos distintos.

Esta nueva clausula lleva aparejada un conjunto de definiciones que han sido tomadas del artículo 2 de la Directiva²³, definiciones que se consideran necesarias para poder conseguir una interpretación uniforme en las legislaciones de los estados

²⁰ ANXO TATO PLAZA, PABLO FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, CHRISTIAN HERRERA PETRUS, La Reforma de la Ley de Competencia Desleal, La Ley, Madrid, 2010.

ALBERTO BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Comentarios a la Ley de Competencia Desleal, Aranzadi, Navarra, 2011.

²¹ Cláusula general artículo 4 LCD: *Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.*

²²*En las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores .*

²³ Bercovitz, Comentarios a la Ley..., op., cit., p. 95.

miembros una vez traspuesta la Directiva. Entre esas definiciones se incluye la de *diligencia profesional, distorsionar de manera sustancial el comportamiento económico de los consumidores, decisión sobre una transacción*. Además, el propio artículo 4 hace alusión a un tipo concreto de consumidor: el consumidor medio, que es el que se tiene que tomar como referencia a la hora de valorar si una conducta puede calificarse como desleal.

Como consecuencia de la estructura que presenta el artículo 4 LCD, éste se puede considerar un “*cajón de sastre*”²⁴ en el cual tienen cabida una pluralidad de normas de la Directiva.

Es importante destacar que la cláusula general del art 5 de la Directiva, que es donde está tomada la cláusula general del artículo 4 LCD, utiliza la expresión *prácticas comerciales desleales*. Sin embargo el artículo 4 LCD en el apartado 1 habla de *comportamiento* y en el apartado 3 habla de *prácticas comerciales*, mientras que en el art 2 d) de la Directiva solamente se definen las prácticas comerciales. Como el artículo 4 utiliza ambas expresiones indistintamente esto quiere decir que son expresiones equivalentes y que la definición de *prácticas comerciales* sirve también para definir el concepto de comportamiento²⁵.

Bercovitz²⁶ viene a señalar que es necesario tener en cuenta que tanto el art 1 de la LCD/1991 y de la LCD/2009 no se tratan de preceptos programáticos sino que ambos contienen la “prohibición de los actos de competencia desleal”. Ambas leyes buscan delimitar los actos de competencia desleal pero la prohibición general aparece en un único artículo –el artículo 1- porque sin dicha prohibición no podrían existir acciones ejercitables frente aquellas personas que realizan actos de competencia desleal. Este artículo 1 no ha sido modificado por la LCD 2009, consecuentemente no se ha visto alterado por la transposición de la Directiva. Simplemente, pero no como consecuencia de la transposición de la Directiva, se le ha añadido una última frase “incluida la publicidad ilícita en los términos de la Ley General de Publicidad” con el fin de coordinar la LCD con la Ley General de Publicidad para evitar así los problemas que surgían por el ejercicio de acciones por publicidad ilícita y competencia desleal antes de la entrada en vigor de la LCD/2009.

²⁴ Bercovitz, Comentarios a la Ley..., op., cit., p. 96.

²⁵ Bercovitz, Comentarios a la Ley..., op., cit., p. 96.

²⁶ Bercovitz, Comentarios a la Ley..., op., cit., p. 74.

Ahora dentro de la competencia desleal se incluye la publicidad ilícita, por lo tanto se produce una unificación y uniformidad en las acciones que se pueden ejercitar. Esto quiere decir que la publicidad ilícita sigue estando regulada por la Ley General de Publicidad, sin embargo las acciones que se pueden ejercitar son las recogidas en la Ley de Competencia Desleal del año 2009.

ii. MODIFICACIONES PARLAMENTARIAS DE LA CLÁUSULA GENERAL DE COMPETENCIA DESLEAL

La cláusula general de competencia desleal ha sido objeto de modificaciones parlamentarias a lo largo de los años²⁷.

El texto que quería incluirse en la Ley de Competencia desleal de 1991 consideraba como desleal *“todo comportamiento que ponga en peligro, de manera significativa, la libertad de decisión del consumidor o el funcionamiento concurrencial del mercado, o que, de cualquier otra manera, resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”*.

Sin embargo, el texto anterior rápidamente fue sustituido en Ponencia en el Congreso. El nuevo texto seguía manteniendo el elemento de la buena fe objetiva sin embargo ésta dejaba de ser una cláusula cierre y pasaba a encabezar el precepto, de tal manera que la puesta en peligro de la libertad de decisión del consumidor y el funcionamiento concurrencial del mercado pasaban a ser considerados supuestos particulares contra la buena fe.

Así, el texto primitivo fue sustituido por el siguiente: *“se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe. En particular, se considerarán contrarios a las exigencias de la buena fe aquellos comportamientos que pongan en peligro, de manera significativa, la libertad de decisión del consumidor o el funcionamiento concurrencial del mercado”*.

Pero de nuevo la redacción anterior fue modificada en trámite de Pleno. Esta vez lo que se hizo fue suprimir el párrafo segundo porque se consideraba innecesario, de tal manera que la cláusula general quedaba redactada de la siguiente forma: *“se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.”*

²⁷ JUAN JOSÉ OTAMENDI RODRIGUEZ-BETHENCOURT, J.J., “Capítulo II. Actos de Competencia Desleal”, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Pamplona, 1994, p. 166.

En el Senado a pesar de las dos enmiendas que se propusieron, la cláusula general no sufrió modificación alguna. Una de las enmiendas pretendía sustituirla por la cláusula general contenida en el derogado artículo 87 de la Ley de Marcas, la cual consideraba como desleal “todo acto de competencia que sea contrario a las normas de corrección y buenos usos mercantiles”.

Finalmente, la LCD de 1991 en su artículo 5 recogía la cláusula general redactada del siguiente modo: *Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.*

Tras la reforma de la LCD en el año 2009, la cláusula general de competencia desleal se ha mantenido intacta: se sigue considerando desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe. Esta cláusula ha pasado de estar recogida en el artículo 5, a estar en el artículo 4 actualmente.

La novedad que ha introducido la Ley 29/2009 de Competencia desleal es el segundo párrafo del artículo 4 consistente en una segunda cláusula general que resulta de aplicación exclusiva en las relaciones por un lado entre empresarios y profesionales, y de los consumidores y usuarios de otro lado. La novedad de la Directiva 2005/29 es que es una directiva de máximos o plena y esto se refleja en la LCD/2009 puesto que el ámbito de aplicación de la Directiva impide que los Estados puedan adoptar medidas más restrictivas en sus leyes internas de competencia desleal que las previstas en la Directiva²⁸.

Lo importante es las sucesivas modificaciones que ha ido experimentado la cláusula general son solamente aparentes, porque en todo caso la incorporación del concepto de buena fe objetiva siempre se ha mantenido con el fin de ser un concepto jurídico omnicompreensivo en el que tengan cabida todas las conductas que no estén expresamente tipificadas en la LCD/2009.

B) FUNCIÓN DE LA CLÁUSULA GENERAL

El artículo 4.1 LCD es una norma que en sí misma es suficiente para sancionar los actos desleales que tengan lugar en el mercado. Este precepto no solo pretende inspirar a todo el sistema sino que *“aspira a ser –y así se encuentra redactada- una norma jurídica en sentido técnico, de la que derivan deberes jurídicos para sus destinatarios*

²⁸ MASSAGUER, “*El nuevo Derecho contra...*”, op. cit., p. 14-15.
ANXO TATO PLAZA, “*La reforma de la Ley...*”, op. cit. p. 42.

(...), de forma que su infracción es un acto de competencia desleal y posibilidad el ejercicio de las pertinentes acciones”²⁹, es más, recoge la primera de las prohibiciones del derecho de la competencia desleal.

La justificación y la finalidad de esta cláusula aparece en el Preámbulo de la LCD (apartado 3.2), “la efectiva represión de la siempre cambiante fenomenología de la competencia desleal”, y la consecuencia que se deriva es que se trata de una norma con sustantividad propia e independiente de las conductas que aparecen tipificadas en los artículos 5 y siguientes de la LCD. De manera que cuando un comportamiento sea contrario a las exigencias de la buena fe o la diligencia profesional distorsionando o pudiendo distorsionar el comportamiento económico de los consumidores, podrá hacer que se ejerciten las acciones correspondientes por competencia desleal.

Estas ideas se han puesto de manifiesto también en la jurisprudencia del TS, por ejemplo la STS 14 de noviembre de 2012³⁰ afirma que “el art 5 LCD, en la redacción aplicable al caso (actual artículo 4 LCD), cuando prescribe que ‘se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe’, ‘no formula un principio general objeto de desarrollo y concreción en los artículos siguientes de la misma Ley’ (Sentencias 1169/2006, de 24 de noviembre, y 19/2001, de 11 de febrero), sino que ‘tipifica un acto de competencia desleal en sentido propio, dotado de sustantividad frente a los actos de competencia desleal que la ley ha estimado tipificar en concreto’ (Sentencias 1169/2006, de 24 de noviembre, 311/2007, de 23 de marzo, y 1032/2007, de 8 de octubre). Consiguientemente, su aplicación para justificar la existencia de un acto de competencia desleal no puede hacerse de oficio, en virtud del principio *iuranovit curia*, y sólo podría hacerse si se hubiera invocado en la demanda, pues constituye una *causa petendi* distinta, en cuanto que se basa en una razón de pedir diferente, a la de las conductas denunciadas en la demanda (inducción a la infracción contractual, violación de secretos, actos de denigración, y el empleo de obsequios y primas para inducir a error”

A este respecto, la doctrina del TS es reiterada³¹ señalando que “mediante la cláusula general contenida en el art 5 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, se prohíben todas

²⁹ MARTÍNEZ SANZ, F., “Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal”, Tecnos, Madrid, 2009, artículo 5, pp. 64 y 65.

³⁰ STS 14 de Noviembre de 2012, RJ 8028/2012.

³¹ Vid. STS 24 de Julio de 2012 (Id Cendoj: 28079110012012100503), STS 20 de julio de 2012 (Id Cendoj: 28079110012012100508), STS 7 de marzo de 2012 (Id Cendoj: 28079110012012100186), STS

aquellas actuaciones de competencia desleal que, concurriendo los requisitos del art 2 – acto realizado en el mercado con fines de competencia-, no encuentran acomodo en los supuestos que expresamente se tipifican en los artículos 6 a 17 cumpliendo " una función autorreguladora del sistema para asegurar el control de deslealtad de futuras o nuevas conductas de competencia que no hayan tenido cabida en los tipos expresamente tipificados por el legislador, pero no puede ser invocada conjuntamente con las normas que configuran en particular actos de competencia desleal con el fin de integrar o completar elementos exigidos por la respectiva tipificación"³².

Un sector significativo de la doctrina³³, tras un análisis del art 4.1 LCD, han llegado a la conclusión de que el acto de competencia desleal se caracteriza por ser un acto ilícito objetivo, de peligro (o de riesgo) y de naturaleza extracontractual. Esto significa que no es necesario que se produzca un daño real para que un acto sea considerado desleal; en segundo lugar, el hecho de que el precepto recoja como criterio "objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe" hace que no sea necesario valorar la intención que tiene el agente; y por último la deslealtad del acto no deriva del incumplimiento de un contrato sino que deriva de una actuación contraria al deber general de actuar de buena fe o conforme a la diligencia profesional. Esta caracterización del acto de competencia desleal se recoge en numerosas sentencias del TS, entre ellas destaca la STS de 15 de abril de 1998 que señala *"la referencia a la buena fe que se contiene en la norma viene hecha a la buena fe objetiva, prescindiendo de la intencionalidad (dolo o culpa) del sujeto y que se encuentra acogida en el artículo 7.1 del Código Civil como límite en el ejercicio de los derechos subjetivos"*.

La reforma de la LCD del año 2009 no altera la caracterización realizada por la doctrina y la jurisprudencia sobre el acto de competencia desleal tal y como aparecía recogido en la LCD de 1991. Es más, con la incorporación del segundo inciso del artículo 4.1 LCD se recalca dicha caracterización puesto que por un lado, un acto será considerado desleal si es contrario a la diligencia profesional que debe seguir un

21 de febrero de 2012 (Id Cendoj: 28079110012012100118), STS 16 de Noviembre de 2011 (Id Cendoj: 28079110012011100761), entre otras.

³² STS 7 de marzo de 2012, García-Cruces, J.A., "Tratado de Derecho de la Competencia...", op. cit. p. 1172.

³³ Ad.ex., aunque con distinta terminología, vid. BERCOVITZ: art 4, cit., pp. 100 y 101; MASSAGUER: Comentario a la Ley de Competencia desleal, cit., p.149; TATO PLAZA, FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO y HERRERA PETRUS: la reforma de la Ley de Competencia Desleal, cit., pp. 69 y 70; MARTINEZ SANZ: artículo 5, cit., p. 63, entre otros muchos. CitCit. José Antonio García-Cruces, "Tratado de Derecho de la Competencia..." p. 1173.

empresario, es decir, deja de lado el dolo o la culpa del agente y solamente se centra en el elemento objetivo de la diligencia. Y por otro lado, sigue estando presente la idea de que no es necesario que se produzca un daño real para que el acto sea considerado desleal sino que es suficiente con el que el acto distorsione o sea capaz de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor, es decir, no se requiere una distorsión efectiva del comportamiento.

C) CONTENIDO Y ALCANCE DEL ESTÁNDAR DE DESLEALTAD

i. DELIMITACIÓN DEL ESTÁNDAR DE DESLEALTAD

Para Bercovitz, el criterio utilizado para valorar si un acto tiene la consideración de desleal o no ha variado a lo largo del tiempo. Tradicionalmente el criterio que se utilizaba para delimitar la competencia desleal eran las buenas costumbres o los usos honestos o a las normas de corrección en materia industrial o comercial. Por consiguiente, cualquier acto que fuera contrario a las buenas costumbres o a los usos honestos o a las normas de corrección en materia industrial o comercial era considerado desleal. Este criterio aparecía recogido en el artículo 10.2 bis del Convenio de la Unión de París para la protección de la Propiedad Industrial y en el art 6 b) de la Ley General de Publicidad de 1988³⁴.

El problema del criterio tradicional es que tenía un sentido puramente corporativo, hecho que era lógico en esa época en la cual los únicos intereses que protegía la competencia desleal eran los de los empresarios competidores.

Sin embargo este criterio no se puede mantener actualmente ya que la Ley de Competencia Desleal no solo protege los intereses de los empresarios competidores sino que también protege a los consumidores. Por ello, ya la Ley de Competencia Desleal de 10 de enero de 1991 se inspira en el Derecho Suizo³⁵ para tomar como criterio de referencia de la deslealtad la buena fe objetiva y señalar en su artículo 5 que “*se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe*”.

A pesar de que la Ley de Competencia desleal de 1991 optó por cambiar el criterio de lo que se consideraba desleal, este cambio no era necesario porque simplemente

³⁴ Bercovitz, Comentarios a la Ley..., op., cit, p. 97.

³⁵ Bercovitz, Comentarios a la Ley..., op., cit, p. 98.

bastaba con interpretar los criterios tradicionales teniendo en cuenta tanto los intereses de los empresarios como los de los consumidores porque al ser conceptos jurídicos indeterminados era fácil variar su contenido.

La actual Ley de Competencia Desleal del año 2009 utiliza, al igual que la LCD de 1991, el criterio de la buena fe objetiva como criterio a la hora de valorar la deslealtad de un comportamiento.

No obstante, con independencia del criterio que se utilice en la cláusula general, la finalidad siempre es la misma: utilizar como expresión un concepto jurídico indeterminado que se pueda adaptar a los constantes cambios que experimenta la realidad³⁶.

ii. BUENA FE OBJETIVA

La buena fe objetiva hace referencia a la confianza que tienen todos los que participan en el mercado, *en el sentido de que todos confían en que los que intervienen en él lo harán a través de una conducta que se pueda considerar correcta*³⁷.

La STS de 16 de junio de 2000³⁸, 15 de octubre de 2001³⁹, y 21 de octubre de 2005⁴⁰, llegan incluso a afirmar que puede actuarse contra la buena fe objetiva sin necesidad de que exista mala fe subjetiva porque puede violarse la confianza de los que participan en el mercado sin necesidad de la persona que viola esa confianza actúe subjetivamente de mala fe.

La Sala 1ª del TS ya había hecho referencia a la buena fe objetiva en la STS de 8 de Julio de 1981⁴¹ al considerarla como un principio fundamental del derecho en el sentido de que *“es una norma que obliga a la exigencia en el ejercicio de los derechos, de una conducta ética significada por los valores de la honradez, lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y atencimiento a las consecuencias que en todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena”*⁴²

³⁶ Bercovitz, Comentarios a la Ley..., op., cit, p. 99.

³⁷ Bercovitz, Comentarios a la Ley..., op., cit, p. 100.

³⁸ STS de 16 de junio de 2000, RJ 2000/5288

³⁹ STS de 15 de octubre de 2001, RJ 2001/9441

⁴⁰ STS de 21 de octubre de 2005, RJ 2005/8274

⁴¹ STS de 8 de julio de 1981, RJ 1981/3053

⁴² Esta misma doctrina ha sido reiterada en la STS de 6 de abril de 1988 (RJ 1988,3111), STS de 16 de junio de 2000 (RJ 2000, 5288, Caso Farmacéuticos de Puertollano) y en la STS de 19 de abril de 2002 (RJ 2002, 3306).

En términos muy parecidos se pronuncia la sentencia del *Caso Jacadi* (STS de 21 de octubre de 2005⁴³) al señalar que “la buena fe objetiva exige un comportamiento justo y honrado, conforme a los valores de la moral, honestidad y lealtad”, añadiendo que “la competencia no es leal cuando, sin más, contraviene la buena fe del mercado concurrente, o actúa vulnerando los elementales principios de respeto a lo ajeno, o se obtengan logros no por el esfuerzo, sino por la apropiación de los así conseguidos por los demás” (SS. 14 de julio 2003⁴⁴ y 3 de febrero de 2005⁴⁵)

Conviene también destacar la STS de 1 de junio de 2010⁴⁶ (*Caso Técnica 4 Ingeniería y Montajes*) que recoge la doctrina anterior señalando que “el artículo 5º de la LCD de 1991 se infringe cuando se contravienen los usos y costumbres admitidos como correctos por todos los participantes en el mercado, pues la buena fe, legalmente contemplada, no es sino la confianza o justa expectativa que, en relación con la conducta ajena, tiene quien concurre en el mismo, determinada por lo que es usual en el tráfico jurídico”.

Lo más importante es que con independencia de la expresión que aparezca en la cláusula general, el comportamiento desleal no implica que el autor haya actuado con mala fe subjetiva, por eso mismo el criterio que aparece en la ley es el de la buena fe objetiva (no subjetiva).

Sin embargo, el hecho de que el criterio utilizado sea el de la buena fe objetiva no significa que la mala fe, en caso de que produzca, no se tiene que tener en cuenta. La mala fe es relevante en numerosas ocasiones como por ejemplo para el ejercicio de la acción de indemnización de daños y perjuicios prevista en el art 32.1.5ª LCD/2009 puesto que ésta solamente se podrá ejercitar si ha intervenido dolo o culpa del agente. Es decir, la mala fe es relevante pero no es condición *sine qua non* para que un acto sea considerado desleal.

El TS ha recogido a lo largo de su jurisprudencia supuestos que son contrarios a las exigencias de la buena fe en el ámbito empresarial.

Así, ha declarado contrario a la buena fe el hecho de que un trabajador que anteriormente había estado trabajado en una empresa, acudiera a la Oficina Española de

⁴³ STS de 21 de octubre de 2005, RJ 2005/8274

⁴⁴ STS de 14 de julio de 2003, RJ 2006/4634

⁴⁵ STS de 3 de febrero de 2005, RJ 2005/1458

⁴⁶ STS de 1 de junio de 2010, RJ 2010/2662

Patentes y Marcas para registrar como marca el nombre utilizado en el mercado por la sociedad en la que él había estado trabajando (STS 22 de enero 1999⁴⁷, *caso Premenaca*). También se considera contrario a la buena fe objetiva utilizar el listado de clientes en una empresa cuando dicho listado ha sido llevado a la nueva empresa por las personas que habían estado trabajando en la empresa a la que realmente pertenecía el listado (STS de 29 de octubre de 1999⁴⁸, *caso Bandesco*).

También ha considerado como comportamiento desleal por ser contrario a la buena fe el hecho de que los trabajadores de una empresa se dieran de baja sin preaviso y comenzaran a trabajar en la empresa competidora llevándose con ellos a los clientes de la primera empresa (STS 19 de abril de 2002, *caso Asersa*)⁴⁹.

Conforme a la jurisprudencia del TS se han podido distinguir tres supuestos que aparentemente pueden considerarse muy similares pero que no todos van a tener la consideración de acto desleal:

- 1º. Sí se considera desleal la captación de clientes o de trabajadores de la empresa mientras estaba trabajando un trabajador y socio para otra empresa competidora (STS 1 de junio 2010⁵⁰, *Caso Térmica 4 Ingeniería y Montajes, SP*)
- 2º. Con carácter general, no se considera desleal el hecho de que un solo trabajador decida abandonar su puesto de trabajo y comience a desarrollar una actividad semejante aunque ello dé lugar a una empresa competidora respecto a la que trabajaba (STS 28 de septiembre 2015⁵¹, *Caso Agbar Mantenimiento*)
- 3º. En cambio, sí se considera desleal el que un solo trabajador decida abandonar su puesto de trabajo llevándose consigo la base de datos de clientes de la empresa en la que trabajaba, y después se ponga en contacto con ellos utilizando tarjetas personales idénticas a las que usaba en la anterior empresa (STS 3 de Julio 2008⁵²)

El TS también ha declarado contrario a las exigencias de la buena fe los casos en los que una vez que se ha extinguido el contrato de franquicia, en el local se siga manteniendo la misma decoración o cuando a pesar de que la nueva marca y rótulo sean

⁴⁷ STS de 22 de enero de 1999, RJ 1999/631

⁴⁸ STS de 29 de octubre de 1999, RJ 8164

⁴⁹ STS de 19 de abril de 2002, RJ 2002/3306

⁵⁰ STS de 1 de junio de 2010, RJ 2010/2662

⁵¹ STS de 28 de septiembre de 2015, RJ 2015/8889

⁵² STS de 3 de julio de 2008, RJ 2008/4367

distintos, el que había sido franquiciado siga utilizando el know-how del franquiciador (STS 2 de junio 2005⁵³, *caso Verino*; y STS 21 de octubre 2005⁵⁴, *caso Jacadi*).

En conclusión, los actos contrarios a la buena fe objetiva han estado y están muy presentes en el mercado lo cual hace que sea necesario fijar una cláusula general de competencia desleal en el que tengan cabida con el fin de reprimirlos.

D) NUEVA CLÁUSULA GENERAL PARA LAS RELACIONES CON CONSUMIDORES Y USUARIOS

i. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El segundo inciso del art 4.1 LCD recoge una segunda cláusula general en el ámbito de las relaciones de empresas con consumidores⁵⁵. La diferencia entre esta nueva cláusula y la anterior es el ámbito de aplicación puesta esta nueva cláusula solamente resulta de aplicación a las relaciones entre consumidores y usuarios, siempre y cuando la práctica comercial tenga como destinatario un consumidor. Al igual que la cláusula general recogida en el inciso primero se trata de una norma con sustantividad propia, es decir, en sí misma es suficiente para ejercitar las acciones de competencia desleal.

Sin embargo, este nuevo precepto no establece qué debe entender por consumidor en lo que respecta a la aplicación de esta cláusula general. Para colmar esta laguna es necesario acudir al artículo 2 a) de la Directiva 2005/29/CE que sí da una definición de consumidor diciendo que se trata de *“cualquier persona física que en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión.”*

Por ende, esta nueva cláusula general tiene su ámbito de aplicación limitado a aquellas prácticas comerciales que son desarrolladas por las personas que se encuentran incluidas en el ámbito subjetivo de la LCD y que tengan como destinatarios a personas físicas que no sean empresarios o profesionales, o bien a personas físicas que sí que tienen tal condición de empresarios o profesionales pero que en el contexto de la

⁵³ STS de 2 junio de 2005, RJ 2005/9717

⁵⁴ STS de 21 de octubre de 2005, RJ 2005/8274

⁵⁵ Bercovitz, Comentarios a la Ley..., op., cit, p. 104: *“Está segunda cláusula general es aplicable necesariamente a las prácticas que realicen las empresas en sus relaciones con los consumidores y usuarios. Y esa aplicación es imperativa, de manera que no puede aplicarse a esas relaciones la cláusula general que se basa solamente en las exigencias de la buena fe, que es, la primera cláusula general que se establece en este artículo 4 LCD/2009.”*

práctica comercial concreta de que se trate estén actuando con fines ajenos a su actividad profesional o empresarial⁵⁶.

Para poder saber si un empresario o profesional está actuando en la práctica comercial concreta ajeno a su actividad profesional o empresarial, se deberán tener en cuenta todas las circunstancias que concurran en ese caso. *Particularmente será relevante la calificación del producto promocionado, en el sentido de que sea calificado como de consumo o de uso empresarial o profesional*⁵⁷, para determinar si la práctica está dirigida a empresarios o profesionales cuyo ámbito de actividad económica sea el mismo.

Esta nueva cláusula suscita una serie de dudas. En primer lugar porque este segundo inciso del art 4.1 hace referencia “al comportamiento de un empresario o profesional”, expresión que implica una contradicción con el art 3.1 LCD⁵⁸ puesto que en virtud de este último artículo la Ley se aplica a “los empresarios, profesionales y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado”. Y en segundo lugar porque este segundo inciso del artículo 4.1 habla de que el destinatario tiene que ser un consumidor pero en ningún momento la LCD da una definición sobre lo que se tiene que entender por consumidor, a diferencia de la Directiva 25/29/CE que sí lo define. El problema surge porque como el texto legal no da una definición de consumidor no se sabe si este nuevo precepto resulta solo de aplicación cuando el destinatario sea una persona física o si también es aplicable cuando el consumidor sea una persona jurídica (BERCOVITZ, 2011)⁵⁹.

En mi opinión, respecto a la primera duda es cierto que el art 4.1 solo hace referencia a los empresarios o profesionales pero ello no implica contradicción alguna con el art 3.1 porque la LCD no solo se aplica a los empresarios o profesionales sino que también se aplica a los consumidores que participan en el mercado. Por ello no veo contradicción alguna entre la cláusula general relativa a los consumidores y el artículo 3.1 LCD que enuncia a quién le resulta de aplicación la LCD.

⁵⁶ TATO PLAZA, A., “*la reforma de la Ley de Competencia...*”, op. cit., p. 80.

⁵⁷ TATO PLAZA, A., “*la reforma de la Ley de Competencia...*”, op. cit., p. 80.

⁵⁸ BERCOVITZ, *Comentarios a la Ley...*, op., cit, p. 106.

⁵⁹ BERCOVITZ, “*Comentarios a la Ley...*”, op. cit., p. 106.

Y respecto a la segunda duda, desde mi punto de vista la Ley de Competencia Desleal no resulta de aplicación a las personas jurídicas dado que la Directiva⁶⁰ señala que “se entiende por consumidor *“cualquier persona física que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio, oficio o profesión”*. Además, en base al principio de primacía del derecho comunitario sobre el ordenamiento interno primaría la Directiva sobre la LCD/2009 y por lo tanto resultaría de aplicación solo a las personas físicas. Y no solo eso, sino que además la Directiva tiene carácter máximo o marco por lo que no deja margen de libertad a los estados a la hora de regular las relaciones entre empresarios y consumidores, con lo cual debe aplicarse la regla que establece la Directiva: el consumidor es una persona física, con lo cual el art 4.1 LCD/2009 solamente resulta de aplicación a las personas físicas directamente afectadas por el comportamiento desleal del empresario.

ii. PRESUPUESTOS PARA SU APLICACIÓN

Para que se pueda aplicar este inciso segundo es necesario que concurren dos presupuestos: que la práctica que se enjuicie sea objetivamente contraria a las exigencias de la buena fe, y que además distorsione o pueda distorsionar el comportamiento económico del consumidor medio.

1º. Práctica contraria a las exigencias de la buena fe

En *relación con el primer presupuesto*⁶¹, un comportamiento del empresario será considerado contrario a las exigencias de la buena fe cuando sea contrario a la diligencia profesional. A priori puede pensarse que la diligencia profesional es un concepto jurídico indeterminado, sin embargo el legislador para evitar que lo sea ha optado por incluir en el mismo precepto su significado estableciendo que la diligencia profesional es el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado.

Este primer presupuesto se puede considerar incompleto pues no se corresponde estrictamente con el art 2 h) de la Directiva 2005/29/CE porque en la norma comunitaria la falta de diligencia no solo está vinculada con la contradicción de las prácticas

⁶⁰ Artículo 2 a) Directiva 2005/29/CE.

⁶¹ GARCÍA-CRUCES, J.A. (Dir), *Tratado de Derecho...*, op. cit. p. 1191.

honradas en el mercado sino, también con el principio general de la buena fe⁶². Muchos autores consideran que lo que la Directiva está haciendo es dar criterios alternativos de tal manera que los Estados pueden escoger entre elegir uno de ellos o usar ambos conjuntamente⁶³

Lo que persiguen tanto la Directiva como la LCD es que el consumidor sea libre para adoptar sus decisiones, que no esté condicionado. Esto significa que a la hora de valorar si una práctica es considerada desleal conforme al inciso segundo del artículo 4.1 LCD, habrá que comprobar si la práctica que se enjuicia altera o puede alterar la toma de decisiones del consumidor o si por el contrario permite que el consumidor sea libre y no le distorsione en las decisiones que éste tome.

Respecto a este primer presupuesto hay que hacer dos precisiones. La primera es que la diligencia profesional no se trata de un criterio subjetivo sino objetivo puesto que resulta ajeno “*a la intención o propósito del comerciante y del conocimiento e incluso de la previsibilidad de las consecuencias de su práctica*”⁶⁴. Y la segunda precisión es que las prácticas honestas del mercado a las que hace referencia el precepto no tienen carácter ético o moral, esto no quiere decir que el inciso segundo del artículo 4.1 LCD esté prohibiendo aquellos comportamientos contrarios a la ética o moral sino que lo que se prohíben son, como ya se ha dicho, aquellos comportamientos que no permitan a los consumidores adoptar sus decisiones libremente.

2º. Distorsión significativa del comportamiento del consumidor

Pero para que una práctica comercial sea considerada desleal respecto a los consumidores es necesario que se satisfaga un segundo presupuesto: que la práctica distorsione o pueda *distorsionar* de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio. Haciendo un análisis de este segundo requisito se observa que el precepto utiliza dos expresiones: que distorsione o pueda distorsionar. Esto pone de manifiesto que el legislador no obliga a que se alcance el resultado de modificar manera

⁶² Así, MASSAGUER: “*El nuevo Derecho contra...*”, cit., pp. 63 y 70, citado en GARCÍA-CRUCES, J.A. (Dir), *Tratado de Derecho...*, op. cit. p. 1192.

⁶³ RUIZ PERIS: *La reforma de la cláusula general de la Ley de Competencia desleal*, cit., p.45, nota 23: “la Directiva establece un sistema alternativo de equivalencia de criterios que permite a los Estados miembros elegir entre aquéllos, de acuerdo con su tradición jurídica, o por el contrario usar los dos criterios conjuntamente”, citado en GARCÍA-CRUCES, J.A. (Dir), *Tratado de Derecho...*, op. cit. p. 1194.

⁶⁴ MASSAGUER: “*El nuevo Derecho contra...*” cit., p.59, citado en GARCÍA-CRUCES, J.A. (Dir), *Tratado de Derecho...*, op. cit. p. 1196.

significativa el comportamiento económico del consumidor sino que basta con la posibilidad de que se pueda modificar. De manera que a la hora de aplicar esta cláusula general no se puede exigir la prueba de que la práctica que está siendo enjuiciada ha distorsionado de manera efectiva el comportamiento de los consumidores sino que basta con verificar que dicha conducta por sí misma es apta para dar lugar a ese efecto.

Al igual que en el primer presupuesto parece que nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado pero si continuamos leyendo el precepto vemos como en el cuarto inciso del artículo 4.1 LCD el legislador establece el significado de lo que se debe entender por *distorsionar de manera significativa* el comportamiento económico del consumidor al señalar que “*consiste en utilizar una práctica comercial para mermar de manera apreciable su capacidad de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, haciendo así que tome una decisión sobre su comportamiento económico que de otro modo no hubiera tomado*”.

Sin embargo, para no dejar margen de interpretación, el legislador también recoge en el inciso tercero del art 4.1 el significado de comportamiento económico del consumidor estableciendo que “a los efectos de esta ley se entiende por comportamiento económico del consumidor o usuario toda decisión por la que éste opta por actuar o por abstenerse de hacerlo en relación con: a) La selección de una oferta u oferente. b) La contratación de un bien o servicio, así como, en su caso, de qué manera y en qué condiciones contratarlo. c) El pago del precio, total o parcial, o cualquier otra forma de pago. d) La conservación del bien o servicio. e) El ejercicio de los derechos contractuales en relación con los bienes y servicios.”

En base a lo anterior, se puede apreciar como esta nueva cláusula general aporta dos novedades dentro del ámbito de la competencia desleal de nuestro ordenamiento jurídico. En primer lugar, ya no es suficiente con que una determinada práctica comercial sea contraria a la buena fe objetiva sino que se requiere un plus: que la práctica distorsione o pueda distorsionar el comportamiento económico del consumidor. Y en segundo lugar, la modificación en el comportamiento económico del consumidor ha de ser significativa⁶⁵, esto supone que el legislador lo que está haciendo es introducir

⁶⁵ Tato Plaza, A., “La Reforma de la Ley de Competencia...”, op. cit. Pag. 87: “el legislador español, sin explicar suficientemente la razón, ha decidido en este punto variar la terminología empleada por la Directiva 2005/29, que habla de distorsión <<sustancial>> del comportamiento económico del consumidor.”

la *regla de minimis*⁶⁶ que en caso de que no concurra no podrá aplicarse esta cláusula general.

En suma, para poder aplicar este inciso segundo del artículo 4.1 LCD es necesario seguir tres pasos⁶⁷. El primero de ellos es valorar si la práctica que se va a enjuiciar es contraria a las exigencias de la buena fe, entendida ésta como el respeto a la diligencia profesional. En segundo lugar, hay que cerciorarse de si la práctica que está siendo enjuiciada distorsiona o puede distorsionar el comportamiento económico del consumidor. Y en tercer lugar analizar si esa distorsión tiene carácter significativo o no, interpretándose este tercer requisito de forma amplia entendiendo que la afección significativa no solo se produce cuando la práctica incida o pueda incidir en la decisión del consumidor sino también cuando la práctica “*sea idónea para incidir en la formación de preferencias del consumidor, atrayendo a éste hacia concreta oferta u oferente*”⁶⁸

De tal manera que se excluyen del ámbito de aplicación de esta cláusula general aquellas prácticas comerciales que incidan en el comportamiento económico del consumidor insignificamente o que no incidan, en ese caso la práctica comercial no podrá ser considerada desleal. Es más, si se hace una lectura de los artículos 21 y siguientes de la LCD –artículos que recogen las prácticas que por sí mismas son consideradas desleales frente a los consumidores- se puede comprobar como determinadas prácticas no son consideradas desleales debida a su escasa importancia.

Un ejemplo de lo anterior es la conducta recogida en el artículo 29 LCD⁶⁹: *el envío de mensajes publicitarios no deseados por medio de teléfono, fax o correo electrónico*. Para que esta conducta sea considerada desleal es necesario que sea reiterada, en consecuencia una llamada telefónica puntual o el envío de un único mensaje o correo electrónico hace que no se pueda considerar desleal.

Si bien es cierto que, a la hora de analizar y valorar si una determinada práctica comercial es susceptible de distorsionar o poder distorsionar sustancialmente el comportamiento del consumidor *no se pueden utilizar criterios demasiado exigentes*⁷⁰. Un ejemplo de que dicha exigencia no es elevada lo encontramos en el hecho de que la

⁶⁶ TATO PLAZA, A., “*la reforma de la Ley de Competencia...*”, op. cit., p. 87.

⁶⁷ TATO PLAZA, A., “*la reforma de la Ley de Competencia...*”, op. cit., p. 88.

⁶⁸ TATO PLAZA, A., “*la reforma de la Ley de Competencia...*”, op. cit., p. 88.

⁶⁹ TATO PLAZA, A., “*la reforma de la Ley de Competencia...*”, op. cit., p. 92.

⁷⁰ TATO PLAZA, A., “*la reforma de la Ley de Competencia...*”, op. cit., p. 93.

LCD, en su artículo 21.2, califica como desleal *per se* la exhibición de un sello de confianza o de calidad sin haber obtenido la autorización pertinente.

El que una práctica sea considerada irrelevante no depende solo de su carácter objetivo sino también de sus extremos⁷¹ puesto que aquellas prácticas que recaigan sobre extremos que apenas tienen importancia para el consumidor difícilmente van a poder alterar sustancialmente el comportamiento económico de éste. Conviene destacar aquí la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 13 de diciembre de 1990 (*PallCorp*)⁷² en la que el Tribunal rechazó que se considerara como un acto de engaño el uso del signo ® en una marca de un producto que no estaba registrado en ese momento. El motivo del rechazo era que el error recaía sobre un extremo irrelevante incidiendo de manera insignificante en el comportamiento económico del consumidor.

iii. EL CONSUMIDOR MEDIO

Es importante matizar que tanto la Directiva como la LCD no hablan de cualquier tipo de consumidor para valorar el carácter desleal de una práctica comercial sino que ambos toman como referencia al *consumidor medio*. Esto da lugar a una consecuencia y es que a la hora de enjuiciar la práctica no tenemos que tener en cuenta al sujeto concreto afectado por la misma sino al criterio general del consumidor medio. El concepto de consumidor medio es un criterio creado por la jurisprudencia comunitaria: “el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz”⁷³.

Pero para poder concretar el concepto de consumidor medio primero hay que delimitar el grupo de destinatarios a los que va dirigida la práctica comercial existiendo tres posibilidades⁷⁴: la primera posibilidad es que la práctica esté dirigida a la generalidad de los consumidores; la segunda posibilidad tiene un grupo de destinatarios mucho más reducido, solamente el grupo de consumidores que quieren adquirir el bien o disfrutar del servicio; y la tercera posibilidad es que se trate de consumidores especialmente vulnerables. A esta delimitación hace referencia el propio artículo artículo 4.1 LCD cuando hace mención a la distorsión de manera significativa del comportamiento económico “*del consumidor medio o del miembro medio del grupo*

⁷¹ TATO PLAZA, A., “*la reforma de la Ley de Competencia...*”, op. cit., p. 93.

⁷² 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), págs. 256 y ss. Sentencia TJUE, Asunto C-238/89, Pall Corp.

⁷³ Vid. las Sentencias del TJCE de 16 julio 1998 (TJC 1998, 174), caso *Gut Springenheide* y de 4 abril 2000 as. C-465/98, Caso *Verein gegen Unwosen*.

⁷⁴ TATO PLAZA, A., “*la reforma de la Ley de Competencia...*”, op. cit., p. 95.

destinatario de la práctica si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores”.

Una vez que se ha llevado a cabo la delimitación de los destinatarios consumidores a los que se dirige la práctica comercial, es hora de analizar dentro de ese grupo de destinatarios las características del consumidor medio y la reacción de éste ante la práctica comercial correspondiente. Los criterios para el análisis los establecen tanto al Directiva 25/29 como la LCD⁷⁵.

En primer lugar se alude al prototipo de consumidor medio, así, por un lado el considerando N° 18 de la Directiva señala que en atención al principio de proporcionalidad se toma como referencia “al consumidor medio, que, según la interpretación que ha hecho de este concepto el Tribunal de Justicia, está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos”. Y por otro lado, la Exposición de Motivos de la LCD 29/2009 señala que “el concepto de «consumidor medio» ha sido acuñado por la jurisprudencia⁷⁶ del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no en términos estadísticos, sino como la reacción típica del consumidor normalmente informado, razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos”.

En consecuencia, se tendrá que analizar si la práctica comercial concreta es susceptible de modificar el comportamiento económico de un consumidor que tenga un nivel de formación, información, perspicacia y atención razonables⁷⁷. No valiendo por tanto un análisis de un consumidor con un escaso nivel de formación, influenciable...etc.

En segundo lugar, la Directiva también en su considerando N° 18 señala que “La referencia del consumidor medio no es una referencia estadística. Los tribunales y autoridades nacionales deben aplicar su propio criterio, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para determinar la reacción típica del consumidor medio en un caso concreto”. A ello se hace alusión también en la Exposición de Motivos de la LCD cuando se señala que el término de «consumidor

⁷⁵ TATO PLAZA, A., “*la reforma de la Ley de Competencia...*”, op. cit., p. 95.

⁷⁶ STJCE 16 de julio de 1998, as. C-210/96, Caso Gut Springenheide; STJCE 4 de abril de 2000, as. C-465/98 Caso Verein gegen Unwosen.

⁷⁷ TATO PLAZA, A., “*la reforma de la Ley de Competencia...*”, op. cit., p. 96.

medio» no lo debe definir la ley sino que tienen que ser los tribunales los que en cada caso lo concreten. Esto viene a significar que la vigencia de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea no impide que el propio juez que esté analizando el caso vea limitada su capacidad para analizar al consumidor medio de acuerdo a sus conocimientos⁷⁸.

iv. GRUPOS DE CONSUMIDORES ESPECIALMENTE VULNERABLES

El análisis de si la práctica comercial es susceptible de modificar el comportamiento económico del consumidor medio tiene una excepción, la cual aparece recogida en el artículo 4.3 LCD que señala lo siguiente:

«Las prácticas comerciales que, dirigidas a los consumidores o usuarios en general, únicamente sean susceptibles de distorsionar de forma significativa, en un sentido que el empresario o profesional pueda prever razonablemente, el comportamiento económico de un grupo claramente identificable de consumidores o usuarios especialmente vulnerables a tales prácticas o al bien o servicio al que se refieran, por presentar una discapacidad, por tener afectada su capacidad de comprensión o por su edad o su credulidad, se evaluarán desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo.»

Lo primero que hay que tener en cuenta a la hora de analizar este precepto es que se aplica únicamente cuando se trate de prácticas comerciales dirigidas a los consumidores en general, no cuando vayan dirigidas a consumidores especialmente vulnerables⁷⁹.

Este precepto no aparecía formulado como tal en la Directiva, sino que se deducía de dos artículos: el artículo 5.2 b) y el artículo 5.3. El primero de ellos señalaba que a la hora de valorar la práctica se tenía que atender al “*comportamiento económico del consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica, o del miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores*”; y el artículo 5.3 sí hacía específicamente referencia a los consumidores especialmente vulnerables al señalar que “*Las prácticas comerciales que puedan distorsionar de manera sustancial, en un sentido que el comerciante pueda prever razonablemente, el comportamiento económico únicamente de un grupo claramente*

⁷⁸ TATO PLAZA, A., “*la reforma de la Ley de Competencia...*”, op. cit., p. 96.

⁷⁹ TATO PLAZA, A., “*la reforma de la Ley de Competencia...*”, op. cit., p. 97.

identificable de consumidores especialmente vulnerables a dichas prácticas o al producto al que se refieran (...) deberán evaluarse desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo.”

Se ponía así de manifiesto que el artículo 5.3 no resultaba de aplicación a grupos concretos de consumidores porque para ello ya se había formulado el art 5.2b), sino que como ya se ha dicho anteriormente solamente se aplica a prácticas dirigidas a un público en general que puedan afectar dentro de éste a consumidores especialmente vulnerables. Para que no haya ningún tipo de duda, nuestro legislador español ha optado por recoger esta aclaración en el propio artículo 4.3 LCD.

Sin embargo, para poder aplicar este artículo 4.3 es necesario que concurra un segundo requisito⁸⁰: que el grupo de consumidores especialmente vulnerables sea identificable dentro del público en general al que va dirigida la práctica. Las causas de vulnerabilidad aparecen expresamente recogidas en el propio artículo 4.3 LCD: presentar una discapacidad, tener afectada su capacidad de comprensión, la edad o la credulidad. Por lo tanto, se trata de *catálogo cerrado o numerus clausus de causas*⁸¹.

Y finalmente, debe concurrir un tercer requisito: que el empresario o profesional pudiera prever razonablemente la presencia de los consumidores especialmente vulnerables y los efectos que la práctica iba a tener sobre ellos.

En consecuencia, si se cumplen estos tres requisitos es aplicable el artículo 4.3 y la práctica comercial no se enjuiciará desde el punto de vista del consumidor medio dentro del público en general sino en función de los efectos que ésta tiene en un consumidor medio dentro del grupo de consumidores especialmente vulnerables.

v. EXAGERACIONES PUBLICITARIAS

La última frase del artículo 4.3 LCD señala como lícita la práctica publicitaria que consiste en realizar afirmaciones exageradas o respecto de las que no se pretenda una interpretación literal⁸².

⁸⁰ TATO PLAZA, A., “*la reforma de la Ley de Competencia...*”, op. cit., p. 98.

⁸¹ TATO PLAZA, A., “*la reforma de la Ley de Competencia...*”, op. cit., p. 99.

⁸² Frase que ha sido transcrita literalmente del artículo 5.3 de la Directiva 2005/29: “*Ello se entenderá sin perjuicio de la práctica publicitaria habitual y legítima de efectuar afirmaciones exageradas afirmaciones respecto de las cuales no se pretenda una interpretación literal.*”

Para Bercovitz *no se entiende la relación que pueda existir entre esa frase y las prácticas dirigidas a grupos de consumidores especialmente vulnerables*⁸³. Así, está de acuerdo en afirmar que *este precepto es una norma de carácter general aplicable a cualquier tipo de práctica publicitaria y que no tiene como fin proteger al grupo de consumidores especialmente vulnerables*⁸⁴.

Si bien es cierto que las exageraciones publicitarias siempre han sido consideradas lícitas en el ámbito de la competencia desleal, *entendidas éstas como aquellas manifestaciones que no son tomadas en serio por el público en general*⁸⁵.

Un ejemplo de exageración publicitaria son los anuncios de fijadores de pestañas que claramente muestran una imagen retocada que no es objetiva. Estos anuncios no se consideran desleales porque no son capaces de llevar a error al consumidor ya que todo el mundo sabe que se trata de exageraciones publicitarias.

E) RELACIÓN ENTRE LA CLÁUSULA GENERAL Y RESTO DE CONDUCTAS TIPIFICADAS COMO DESLEALES

Para Bercovitz, Massaguer y Tato Plaza la cláusula general es considerada una norma de cierre del sistema. Ello es así puesto que al estar formulada mediante conceptos jurídicos indeterminados, el legislador pone a disposición de los jueces y tribunales un instrumento a través del cual pueden declarar como desleales aquellos comportamientos que no estén expresamente tipificados en el listado de actos desleales que incorpora la LCD.

Consecuentemente, la cláusula general es utilizada como un instrumento que permite que el Derecho contra la competencia desleal sea actualizado continuamente sin necesidad de reformar la LCD. Así, los nuevos comportamientos que van surgiendo en la práctica y que tienen el carácter de desleal pueden ser considerados contrarios a las exigencias de la buena fe aplicando la cláusula general sin necesidad de reformar la LCD para añadir al catálogo de conductas tipificadas como desleales los nuevos comportamientos que surgen.

Al ser una norma de cierre es obligatorio analizar la relación que existe entre ella y el resto de conductas tipificadas como desleales en la LCD.

⁸³ Bercovitz, Comentarios a la Ley..., op. cit., p. 113.

⁸⁴ Bercovitz, Comentarios a la Ley..., op. cit., p. 113.

⁸⁵ Bercovitz, Comentarios a la Ley..., op. cit., p. 113.

La cláusula general tiene dos funciones, por un lado sirve de inspiración a todo el sistema, y por otro lado tiene la función de cubrir los supuestos de comportamiento desleal que no están explicitados en el catálogo (artículos 5 a 18 de la LCD).

Sin embargo, esta cláusula no puede ser utilizada para convertir en ilícitas las prácticas expresamente declaradas lícitas en el catálogo. Sensu contrario, tampoco se puede aplicar la cláusula general a aquellos actos que no reúnan todos los requisitos expresamente exigidos en el catálogo para declarar una conducta desleal, ello es así porque la enumeración del catálogo no es puramente ejemplificativa sino que se trata de un catálogo exhaustivo.

La cláusula general tampoco se puede utilizar de forma acumulativa. Esto quiere decir que si un acto es considerado desleal por estar tipificado expresamente en una de las conductas del catálogo de actos desleales de la LCD, no puede recurrirse a la cláusula general con el fin de alegar un doble juicio de deslealtad respecto a una conducta que aparece tipificada expresamente. El motivo de la prohibición del doble juicio de deslealtad es que como ya se ha dicho, la cláusula general es una norma de cierre del sistema lo cual quiere decir que se aplica para conductas no tipificadas expresamente, e impide que se aplique para conductas tipificadas.

Esta relación existente entre la cláusula general y resto de conductas tipificadas como desleales en la LCD ha sido recogida por la jurisprudencia: la STS de 30 de mayo 2007⁸⁶ (Caso *Vibia*) recoge que el artículo 5 LCD/1991 (actual artículo 4 LCD/2009) resulta de aplicación con independencia del resto de artículos pero siempre que se trate de actos que no tienen cabida en dichos artículos. En este mismo sentido se pronuncia la STS de 22 de febrero 2008⁸⁷ (Caso *El Corte Inglés*) donde señala que “la figura genérica del artículo 5 LCD (actual artículo 4 LCD) exige necesariamente que no concurra una de las figuras típicas de los artículos 6 a 17 de dicha ley (actuales artículos 5 a 18). Por último, destaca la STS de 7 de marzo de 2012⁸⁸ en la que señala que “la cláusula general no puede ser invocada conjuntamente con las normas que configuran en particular actos de competencia desleal con el fin de integrar o completar elementos exigidos por la respectiva tipificación”.

⁸⁶ STS de 30 de mayo de 2007, RJ 2007/3607

⁸⁷ STS de 22 de febrero de 2008, RJ 2008/3049

⁸⁸ STS de 7 de marzo de 2012, RJ 2012/1915

En suma, no se puede dudar de la necesidad de la cláusula general, gracias a ella la competencia desleal no queda obsoleta ya que cualquier nuevo comportamiento que aparezca en el mercado y que no esté tipificado en el catálogo puede ser considerado desleal aplicando la cláusula general del artículo 4.

4. APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA GENERAL POR EL TRIBUNAL SUPREMO

Además de toda la jurisprudencia ya mencionado a lo largo del presente trabajo, quiero hacer hincapié en otras sentencias también consideradas relevantes que recogen la jurisprudencia del TS y que se pueden agrupar en distintas categorías.

a. Salida voluntaria de los trabajadores de una empresa

Se trata de aquellos casos en los que los empleados o socios de una empresa se marchan de ella para comenzar una actividad concurrencial por su cuenta. Este es el caso más frecuente junto con el de la salida de los trabajadores de la empresa para incorporarse a una empresa competidora. Son supuestos en los que no hay inducción por parte de un tercero hacia los trabajadores de una determinada empresa, porque de ser así estaríamos ante un tipo concreto de acto desleal catalogado.

La jurisprudencia del TS ha consolidado su doctrina señalando que “en caso de no existir un pacto de no concurrencia al finalizar el contrato de trabajo, y no estando prohibida la libre elección de la profesión, la empresa no puede impedir que los trabajadores que abandonen la misma se establezcan por su cuenta, o constituyan una sociedad cuyo objeto social sea análogo o idéntico al de la de aquella para la que vinieran desempeñando sus funciones.”

Entre las sentencias que llevan a cabo dichos pronunciamientos destacan la SSTS de 11 de octubre 1999⁸⁹ o la sentencia de 29 de octubre de 1999⁹⁰.

Sin embargo, tal y como señala la SAP Madrid de 15 de abril de 2002⁹¹ “aunque exista un pacto de no concurrencia en el contrato, no se puede considerar competencia desleal el hecho de que el trabajador decida resolver su contrato de trabajo y pasar a trabajar a una empresa de la competencia. La ruptura de un pacto de esta naturaleza por

⁸⁹ STS de 11 de octubre de 1999, RJ 1999/7323

⁹⁰ STS de 29 de octubre de 1999, RJ 1999/8167

⁹¹ SAP Madrid de 15 de abril de 2002, AC 2003/291

el trabajador puede ser susceptible de constituir un incumplimiento contractual del que deba responder el trabajador, no un acto de competencia desleal.”

b. Captación de clientela

En estos casos no se reclama la salida de los trabajadores de la empresa sino el hecho de que dichos trabajadores se lleven consigo la clientela de la empresa en la que trabajaban aprovechándose de la relación cliente-empleado o por la difusión de cartas a esos clientes en las que se le hace saber que han abierto por su cuenta una instalación.

Dentro de este apartado de captación de clientela hay que hacer referencia a dos subgrupos de supuestos que pueden producirse:

1º. Sobre los listados de clientes

La jurisprudencia del TS se ha ido decantando por considerar que los listados de clientes de la empresa no constituyen un secreto industrial.

Destaca así la Sentencia Tribunal Supremo Núm. 901/1999 (Sala de lo Civil), de 29 octubre⁹². En este sentido, el fundamento de derecho segundo señala que: “La lista de clientes de una entidad bancaria, o de cualquier otra entidad empresarial, es accesible a todo el personal directivo. Es indudable, tal como se dice en las Sentencias de instancia, que la clientela es un elemento esencial de la empresa y de toda actividad comercial. Lo que es dudoso es si, además tiene la categoría de secreto empresarial, como así lo sostiene la parte demandante y estima las Sentencias de instancia. Esta Sala no admite esta calificación: el listado o la relación de la clientela no es un secreto empresarial.”

Esto es importante porque implica que no resulta de aplicación el artículo 13 LCD relativo a la violación de secretos.

Así, destaca también la STS de 8 de octubre de 2007⁹³ al señalar que “no se trata, en puridad, de secretos empresariales, pues la información utilizada no es realmente secreta, en términos de utilidad y valor que el sujeto en cuestión (la actora) ha conferido a la información en cuestión, desde el punto y hora que no hay tomado medidas para salvaguardarla o protegerla.”

⁹² STS de 29 de octubre de 1999, RJ 1999/8164

⁹³ STS de 8 de octubre de 2007, RJ 2007/6805

Sin embargo, hay que hacer mención a la Sentencia del Tribunal Supremo N° 348/2002, Sala 1ª de lo Civil, 19 de abril de 2002⁹⁴ que califica como comportamiento desleal resultado de aplicación el artículo 5 LCD/91 “no la salida masiva de los empleados de Asersa (no existía pacto de no concurrencia) y su inmediata entrada en Asintesa, sino que lo que es desleal es llevarse consigo (torticeramente, añadimos ahora) la cartera de clientes o una gran parte de ellos, cuya significación económica no ofrece duda”.

“Se da la conducta contraria a la buena fe y constitutiva de un acto de competencia desleal consistente en el acuerdo entre varias personas vinculadas a una empresa que, prácticamente sin preaviso alguno, se dan de baja en la misma y entran a formar parte de otra empresa con la misma actividad, con cuyos dos accionistas están concertados, llevándose consigo la mayor parte de los clientes de la primera.”

El TS declaró que “por un lado, la marcha en bloque y de la práctica totalidad de la plantilla de colaboradores de la sociedad actora (los más significativos por su titulación superior y también los más preparados técnicamente por su continuada pertinencia dentro de la misma al ramo comercial que constituye su objeto) y su incorporación inmediata y con absoluta solución de continuidad a la empresa demandada, que es constituida dos meses antes aunque para comenzar su actividad precisamente en el mismo mes (enero) en que se produce dicho abandono (Estatutos de la misma); por otro y también al mismo tiempo, el trasvase a favor de la demandada de la cartera de clientes de la actora, a la que se deja prácticamente vacía de contenido comercial, no obstante permanecer todavía en vigor los contratos que vinculaban a los clientes con ella; y finalmente, la evidente relación causal entre ambos hechos, al depender el uno del otro, evidencian la mala fe en todo este proceder, porque la adquisición de la práctica totalidad de tal clientela, de la que desde el primer momento dispuso la Sociedad demandada, no lo fue valiéndose de su propio esfuerzo de captación en la leal concurrencia del mercado, sino que la vino a “hurtar” de su competidora, aprovechándose conscientemente -difícilmente podía ser de otra forma- del abuso de confianza de los empleados de aquella”.

⁹⁴ STS de 19 de abril de 2002, RJ 2002/3306

c. La forma en la que se produce la captación de clientela

Destaca la STS de 8 de octubre de 2007⁹⁵ que estima el recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia y declara como desleal el comportamiento de dos trabajadores de una empresa de ascensores que tras marcharse de la misma constituyen una empresa dedicada a la misma actividad. En la sentencia se recogen los principios de libertad de empresa, derecho al trabajo, libre elección de la profesión y el carácter no secreto de los listados de clientes; sin embargo termina considerando el comportamiento de los trabajadores como desleal por ser contrario al artículo 11 LCD (acto de imitación por aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno en lo relativo a los modelos contractuales) y por ser contrario al artículo 5 LCD/91.

En este sentido, el TS señala que la captación de clientela ajena en principio no es desleal puesto que la clientela no es patrimonio exclusivo, salvo que dicha captación se lleve a cabo mediante actos contrarios a la buena fe. Así, el TS establece que “tal captación –los demandados lograron suscribir 70 contratos con otros tantos clientes de la demandante en quince días- se produce utilizando las listas de clientes, los conocimientos y relaciones de la propia empresa, por más que no constituyan verdaderos “secretos” (...) y mediante una inducción, o al menos, una incitación a la ruptura de las relaciones contractuales previamente establecidas, (...), aún cuando no se considere un caso de inducción a la infracción contractual exactamente subsumible en el art 14 LCD”. La sentencia termina diciendo que “es claro que, en el supuesto de autos, no se ha producido una concurrencia eficiente por méritos, sino mediante actuaciones que, incorrectas o irregulares desde el punto de vista de la buena fe en sentido objetivo, alteran la estructura competitiva o el normal funcionamiento del mercado”

Es decir, es lícito la captación de la clientela salvo que como en este caso, se lleve a cabo por conductas contrarias a la buena fe.

Pronunciamiento similar lo encontramos en la Sentencia Tribunal Supremo Núm. 901/1999 (Sala de lo Civil), de 29 octubre ya mencionada. Tras señalar en la misma que el listado o la relación de la clientela no es un secreto empresarial, continua diciendo que “sin embargo, el hecho del empleado o empleados de una empresa, que inducidos por otra, de la competencia, aprovechan el listado de la clientela de la primera para hacer ofrecimiento de los servicios de la segunda, esta Sala considera que son

⁹⁵ STS de 8 de Octubre de 2007, RJ 2007/6805

objetivamente contrarios a las exigencias de la buena fe, tal como contempla el art.5 de la Ley. Es decir, los hechos que se han alegado en la demanda y han sido relacionados con los indiscutidos en la Sentencia de instancia, no son de violación de secretos sino actos de mala fe; son actos de competencia desleal, no por lo previsto en los arts. 13.1 y 14.2 de la Ley, sino por ser objetivamente contrarios a la buena fe, como prevé el art 5 de esta Ley de Competencia Desleal, que no es sino la derivación del principio general de la buena fe que proclama el art. 7.1 CC y que es la base de la normativa jurídica y de la convivencia social.”

También tiene interés la STS de 21 de octubre de 2005⁹⁶ en la que resulta de aplicación el art 5 LCD/91 por la conducta de un ex franquiciado que se apropia del *knowhow* del franquiciador y sigue usando la apariencia externa del local del franquiciador. En este caso la conducta era contraria al artículo 5 porque antes de que terminase el contrato del franquiciado, éste ya había abierto tiendas usando el *knowhow* del franquiciador. Así, el TS estableció que “se incurrió en una ruptura del hecho contractual y comercial, actuando fuera de la órbita de franquicia existente y en contradicción con las exigencias de la buena fe”

d. Cláusula general y listado de actos desleales

Aquí destaca la sentencia del Tribunal Supremo 792/2011 (Sala 1) de 16 de noviembre.⁹⁷ La demanda se formula por parte de los representantes de las entidades L'Oréal, S.A. y L'Oreal División Productos Gran Público, S.A., contra Cotyastor, S.A. (antes Cosméticos Astor, S.A.).

El objeto del proceso versa sobre Competencia Desleal (Ley 13/91, de 3 de enero, en su versión original) y hace referencia a actos de creación y comercialización de unos productos del sector de la cosmética por una determinada empresa a la que se imputa el ilícito concurrencial de imitación con aprovechamiento de esfuerzo ajeno respecto de los productos de otra empresa sancionados en el art. 11.2 LCD, y, subsidiariamente, conducta desleal contraria a la buena fe objetiva prevista en el art. 5.º de la misma Ley.

Destaca el fundamento jurídico tercero: la jurisprudencia del TS sobre el contenido y la aplicación del art. 5 de la Ley 3/91, de 10 de enero.

⁹⁶ STS de 21 de octubre de 2005, RJ 2005/8274

⁹⁷ STS de 16 noviembre de 2011, RJ 2011/7740

Las entidades demandantes pretenden tipificar la conducta llevada a cabo por Cotyastor, S.A contraria al art. 5 y 11 LCD.

La sentencia que se impugna en casación rechaza la aplicación del art.5 LCD por agotarse el juicio de antijuridicidad en el ámbito del art. 11 LCD. Al efecto señala la sentencia: "La conducta [antedicha] no se encuadra dentro de las tres excepciones al principio de libre imitación y debe considerarse lícita y amparada por el mismo, siempre y cuando no vaya acompañada de ninguna otra conducta que por sí sea desleal a efectos concurrenciales, que no es el presente caso"; "[...] si la conducta está expresamente permitida por la Ley no puede considerarse contraria a las exigencias de la buena fe, sin perjuicio de que constituya una práctica incómoda para la actora"; y no está justificado acudir a la cláusula general "cuando el modelo de conducta ha alcanzado ya una realidad positiva, al haberla incorporado el legislador a una norma jurídica reguladora del comportamiento activo o omisivo de que se trate."

En la sentencia se recoge la doctrina relativa a la interpretación y aplicación de la cláusula general del art. 5 LCD:

- *esta norma no puede ser utilizada para combatir conductas que están tipificadas en particular en otras disposiciones* (SS. 11 de julio de 2006, 15 de diciembre de 2008, 11 de febrero de 2011),
- *o para calificar conductas que superen el control de legalidad a la luz de preceptos de la propia Ley que fueron específicamente redactados para reprimir aquellas que pertenecen a su misma clase* (S. 23 de julio de 2010).

Por ello, el precepto de que se trata, como norma completa, que hace referencia a conductas autónomas, con sustantividad propia, (SS. 24 de noviembre de 2006, 23 de marzo de 2007, 11 de febrero de 2011), no puede operar con carácter integrativo o complementario de los otros tipos, supliendo la falta de requisitos exigidos (SS. 4 de septiembre de 2006; 23 de noviembre de 2007; 28 y 29 de mayo de 2008; 25 de febrero y 30 de junio de 2009; 22 de noviembre de 2010), porque ello supondría sancionar actos que son plenamente lícitos según la norma que a ellos está destinada (S. 30 de junio de 2009).

De lo anterior resulta que el examen de la deslealtad exige considerar con carácter prioritario la conducta nuclear para ver si la misma ya ha sido contemplada específicamente por el legislador, pues en tal caso, y a la falta de otro elemento añadido

de antijuricidad (desleal), la exclusión del ámbito del tipo conlleva la de ilícito concurrencial. Y así lo viene reiterando esta Sala (SS. 8 de octubre de 2009, 22 de noviembre de 2010, 11 de febrero de 2011, entre otras) cuando declara que el art. 5.º LCD "no comprende conductas que debieron ser confrontadas con alguno de los tipos específicos de la propia Ley de modo que complemente los mismos en un sentido de antijuricidad degradada por el expediente de calificar desleal la acción u omisión que no lo pudo ser con arreglo a aquellos tipos por falta de alguno de sus requisitos".

La sentencia fue desestimada en casación por no haber motivos suficientes para considerar desleal el acto de imitación.

5. CONCLUSIONES

PRIMERA.- El deber de competir es inherente a la libertad de empresa en el marco de las economías de mercado, de ahí la importancia de regular en una Ley específica aquellos comportamientos llevados a cabo por los empresarios que puedan tener la consideración de desleales, porque competir es obligatorio pero no cabe cualquier tipo de competencia.

SEGUNDA.- El bien jurídico tutelado en la Ley de Competencia desleal es la competencia en sí misma considerada, no los empresarios frente a la competencia. Y esta competencia se rige por una serie de principios que siempre han de ser respetados en las actividades comerciales llevadas a cabo por los empresarios: la buena fe, la diligencia profesional y los intereses de los consumidores.

TERCERA.- La ley de Competencia Desleal recoge una serie de conductas tipificadas expresamente como desleales y una cláusula general considerada una norma de cierre del sistema que permite que jueces y tribunales puedan declarar como desleales aquellos comportamientos que no están tipificados expresamente en la LCD/2009. Sin embargo esta cláusula no puede ser utilizada para convertir en ilícita las prácticas expresamente declaradas lícitas en el catálogo, ni tampoco puede ser aplicada para considerar ilícitos aquellos actos que no reúnan los requisitos expresamente exigidos para que el comportamiento sea desleal.

CUARTA.- El criterio utilizado para valorar si un comportamiento es desleal o no es la buena fe objetiva que hace referencia a la confianza que tienen todos los que

participan en el mercado, en el sentido de que todos confían en que los que intervienen en él lo harán a través de una conducta que se pueda considerar correcta.

QUINTA.- Como consecuencia de la transposición de la Directiva 2005/29/CE se ha producido una modificación en el artículo 4 LCD/2009 que recoge la cláusula general, añadiéndose un segundo párrafo consistente en una cláusula general aplicable exclusivamente en las relaciones de las empresas con consumidores y usuarios cuando concurren dos presupuestos: que la práctica que se enjuicie sea objetivamente contraria a las exigencias de la buena fe, y que además distorsione o pueda distorsionar el comportamiento económico del consumidor medio.

SEXTA.- El consumidor al que hace referencia el segundo párrafo del artículo 4 LCD/2009 es el consumidor medio, lo cual tiene como consecuencia que a la hora de enjuiciar una práctica no hay que tener en cuenta al sujeto concreto afectado por la misma sino al criterio general del consumidor medio, entendiéndose por tal “el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz”

SÉPTIMA.- La jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha aplicado la cláusula general en los supuestos de “salida voluntaria de los trabajadores de una empresa” llegando a la conclusión de que en caso de que no exista un pacto de no concurrencia al finalizar el contrato de trabajo, y al no estar prohibida la libre elección de la profesión, una empresa no puede impedir a sus trabajadores que abandonen la misma se establezcan por su cuenta.

OCTAVA.- El Tribunal Supremo también se ha pronunciado sobre la captación de clientela por parte de trabajadores de una nueva empresa que trabajaban en una empresa anterior. En este sentido ha aplicado la cláusula general de competencia desleal al comportamiento consistente en la marcha en bloque y de la práctica totalidad de la plantilla de trabajadores de una empresa, previo acuerdo de los mismos, entrando a formar parte de otra empresa con la misma actividad y llevándose consigo a la mayor parte de los clientes de la primera.

NOVENA.- La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado que la captación de clientela no es desleal, salvo que dicha captación se lleve a cabo mediante actos contrarios a la buena fe.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A., “Nociones introductorias”, en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. (Dir), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, págs. 39-63.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A., “Artículo 1. Finalidad”, en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. (Dir), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, págs. 73-77.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A., “Cláusula General”, en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. (Dir), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, págs. 93-113.

GARCÍA-CRUCES, J.A., “La formación del derecho represor de la competencia desleal” en GARCÍA-CRUCES, J.A. (Dir), *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 1091-1206.

MARTÍNEZ SANZ, F., “Artículo 5: Cláusula General”, *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Tecnos, Madrid, 2009, págs. 61-77.

MASSAGUER, J., *El Nuevo Derecho contra la Competencia Desleal “La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas comerciales desleales”*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006.

OTAMENDI RODRIGUEZ-BETHENCOURT, J.J., “Capítulo II. Actos de Competencia Desleal”, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Pamplona, 1994, pág. 166.

TATO PLAZA, A. (et. al), “Introducción”, *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal*, La Ley, Madrid, 2010, págs. 27-57.

TATO PLAZA, A. (et. al), “La Nueva Cláusula General de Represión de la Competencia Desleal”, *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal*, La Ley, Madrid, 2010, págs. 61-97.

Jurisprudencia

SAP

SAP Madrid de 15 de abril de 2002

SSTS

STS de 8 de julio de 1981

STS de 15 de abril de 1998

STS de 22 de enero de 1999

STS de 11 de octubre de 1999

STS de 29 de octubre de 1999

STS de 16 de junio de 2000

STS de 19 de abril de 2002

STS de 2 de junio de 2005

STS de 21 de octubre de 2005

STS de 30 de mayo de 2007

STS de 8 de octubre de 2007

STS de 22 de febrero de 2008

STS de 3 de julio de 2008

STS de 1 de junio de 2010

STS de 14 de noviembre de 2012

STS de 7 de marzo de 2012

STS de 3 de septiembre de 2015

STS de 28 de septiembre de 2015

SSTJCE

STJCE 16 de julio de 1998

STJCE 4 de abril de 2000