

LA CLÁUSULA GENERAL PROHIBITIVA DE LA COMPETENCIA DESLEAL

“Curso de especialización en Derecho de la Publicidad”

29 de marzo de 2011

Alvaro Porras Fdez-Toledano

I.- Régimen Jurídico.

Artículo 4. Cláusula general.

1. Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.

En las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o 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.

Sigue...

Artículo 4. Cláusula general.

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.

Artículo 4. Cláusula general.

Igualmente, a los efectos de esta Ley se entiende por distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio, 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.

2. Para la valoración de las conductas cuyos destinatarios sean consumidores, se tendrá en cuenta al consumidor medio.
3. 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. Ello se entenderá, sin perjuicio de la práctica publicitaria habitual y legítima de efectuar afirmaciones exageradas o respecto de las que no se pretenda una interpretación literal.

II.- Introducción: función y justificación.

1.- Introducción.

- ▶ Precepto novedoso en el año 1991.
- ▶ Inspirado en la legislación suiza, al igual que nuestra LCD.
 - *est déloyal et illicite tout comportement ou pratique commerciale qui est trompeur ou qui contrevient de toute autre manière aux règles de la bonne foi et qui influe sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients* (artículo 2 de la Ley de 19 de diciembre de 1986).
- ▶ Establece el criterio general de deslealtad de los actos de competencia desleal: disconformidad objetiva de la conducta con las exigencias de la buena fe.

1.- Introducción.

- ▶ Comparte fundamento con el artículo 7 del Cc. Y 57 Ccom.: la esencia de la antijuricidad de la conducta es el abuso de derecho.
- ▶ Norma técnica en sentido estricto: sustantividad propia.
- ▶ Ley 29/2009, de 30 de diciembre, modifica la LCD y fractura el sistema de competencia desleal.
 - B2B
 - B2C

- Artículo 4. Cláusula general.
- Artículo 5. Actos de engaño.
- Artículo 6. Actos de confusión.
- Artículo 7. Omisiones engañosas.
- Artículo 8. Prácticas agresivas.
- Artículo 9. Actos de denigración.
- Artículo 10. Actos de comparación.
- Artículo 11. Actos de imitación.
- Artículo 12. Explotación de la reputación ajena.
- Artículo 13. Violación de secretos.
- Artículo 14. Inducción a la infracción contractual.
- Artículo 15. Violación de normas.
- Artículo 16. Discriminación y dependencia económica.
- Artículo 17. Venta a pérdida.
- Artículo 18. Publicidad ilícita.
- Artículo 19. Prácticas comerciales desleales con los consumidores.
- Artículo 20. Prácticas engañosas por confusión para los consumidores.
- Artículo 21. Prácticas engañosas sobre códigos de conducta u otros distintivos de calidad.
- Artículo 22. Prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas.
- Artículo 23. Prácticas engañosas sobre la naturaleza y propiedades de los bienes o servicios, su disponibilidad y los servicios posventa.
- Artículo 24. Prácticas de venta piramidal.
- Artículo 25. Prácticas engañosas por confusión.
- Artículo 26. Prácticas comerciales encubiertas.
- Artículo 27. Otras prácticas engañosas.
- Artículo 28. Prácticas agresivas por coacción.
- Artículo 29. Prácticas agresivas por acoso.
- Artículo 30. Prácticas agresivas en relación con los menores.
- Artículo 31. Otras prácticas agresivas.

2.- Función y justificación.

- ▶ Articulado recoge las conductas típicas.
- ▶ La cláusula general adapta el sistema a la fenomenología cambiante del mercado y las conductas concurrenciales.
 - Quedan comprendidas las conductas no previstas o que no cumplen los presupuestos de las conductas típicas previstas.
- ▶ Informa a todo el ordenamiento de competencia desleal: recoge su esencia.
- ▶ Piedra angular del sistema de competencia desleal.
“Válvula de autorregulación del sistema de competencia desleal”. José Massaguer

III.- Delimitación de la cláusula general.

1.- Contenido.

- ▶ Las conductas contrarias a la buena fe.
 - Principio de eficiencia en las prestaciones.
- ▶ Establece los límites al derecho a desarrollar una actividad económica concurrencial.
- ▶ Auna la protección y el desarrollo de principios constitucionales como la libertad de empresa (art. 38 CE), protección de los consumidores (art. 51 CE), derecho al trabajo (art. 35 CE), etc.

2.- Alcance y significado de “buena fe”.

- ▶ Hunde sus raíces en los artículos 7 del Código Civil y 57 del Código de Comercio.
 - Prescinde de cualquier intencionalidad o componente subjetivo.
 - Estándar objetivo de conducta.
- ▶ Basa su virtualidad en parámetros o estándares objetivos que informan al Ordenamiento Jurídico.
- ▶ Concepto que protege aquella competencia basada en la eficiencia de las propias prestaciones y destierra las conductas competitivas que no se basan en ésta .

2.- Alcance y significado de “buena fe”.

- ▶ Pronunciamientos judiciales que lo han definido como: un comportamiento justo y honrado, de acuerdo con los valores de la moral, honestidad y lealtad. Incluso, otros que nutren de contenido tal concepto con valores éticos y de honradez exigidos socialmente y que rijan en el mercado.
 - No con carácter principal.
- ▶ Función interpretativa.

3.- Caracteres.



4.- Norma de tipo sustantivo.

- ▶ Norma general, con sustantividad propia, completa y que censura los ilícitos de deslealtad no incluidos (por no estar contemplados) en los artículos 5 a 31 de la Ley de Competencia Desleal.
- ▶ Para saber qué conductas se pueden incluir, es necesario precisar el contenido abstracto y particular del reproche de deslealtad.
 - Partir del bien jurídico protegido y la justificación de su tutela.
 - Buscar en las exigencias políticas y las normas que rigen el sistema económico de competencia.
 - Rechazar todas aquellas conductas que restrinjan, supriman, falseen o pongan en riesgo la estructura competencial que favorezca al más eficiente.

IV.- Especial mención a los
consumidores.

1.- Introducción.

- ▶ Fraccionamiento del sistema de competencia desleal.
- ▶ Sólo aplicable B2C.
- ▶ En materia de consumidores y usuarios, concepción “a medida” de la buena fe y de la ilicitud de la conducta.

2.- Contenido y alcance.

▶ Contrario a la buena fe:

- Comportamiento (del empresario) contrario a la diligencia profesional
- Diligencia profesional: 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.

2.- Contenido y alcance.

- ▶ Comportamiento económico: acción o abstención, en relación con:
 - selección de una oferta u oferente.
 - contratación de un bien o servicio y, en su caso, de qué manera y en qué condiciones contratarlo.
 - El pago del precio, total o parcial, o cualquier otra forma de pago.
 - La conservación del bien o servicio.
 - El ejercicio de los derechos contractuales en relación con los bienes y servicios.

2.- Contenido y alcance.

- ▶ Distorsionar de manera significativa el comportamiento de un consumidor medio: acción o abstención, en relación con: *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.*
- ▶ Considerar al consumidor medio.
- ▶ Especial cuidado en publicidades dirigidas a colectivos especialmente vulnerables.

IV.- Grupos de casos y ejemplos.

1.- Figuras embrionarias.

▶ Ej. Publicidad molesta:

- Tradicionalmente ha sido un ilícito del artículo 4 LCD.
- Recientemente reguladas en los artículos 8, 28 y ss LCD.

2.- Abuso de autoridad.

- ### ▶ Prácticas no incluídas en los supuestos de acoso previstos en los artículos 8, 28 y ss. LCD.

3.- Actos de aprovechamiento del esfuerzo.

- ▶ Captación de clientela desde el interior de una organización.
- ▶ Productora cinematográfica que ofrece la venta de películas de actualidad en el apartado en el que se contienen los avances de novedades de videos que se alquilan e video-clubs (SAP Barcelona 29/11/1995).
- ▶ Meta-tagging, linking, framing.

4.- Actos de explotación de los sentimientos.

- ▶ Atraen la atención generando miedo o sentimiento infundado de alarma.

5.- Actos de obstaculización.

- ▶ SAP Barcelona de 28 de junio de 2005. D. José Enrique c. Motion Pictures: “Narigota, la aventura del agua”/ “Proyecto Narigora”.
- ▶ Auto de medidas cautelares del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Bilbao, de 25 de marzo de 2008: Iberdrola c. EDF.

5.- Actos de obstaculización.

- ▶ Uso de nombres de índices bursátiles sin pagar el correspondiente canon (Caso Dax).

6.- Otros casos.

- ▶ SAP Valencia de 29 de enero de 2001. “Servicio 003”.
- ▶ STS 15 de abril de 1998. “Aviso, no se permite la entrada con bebidas y productos comestibles.”

Moitas Gracias

Alvaro Porras Fdez-Toledano

C/ Velayos, 4, 2º D - 28035 Madrid (España)

Teléfono: (34) 91 316 48 28 / (34) 91 373 40 36

Fax: (34) 91 373 86 86

E-mail: clema@ejuridicolema.com

alvaro.porras@gmail.com