

Los actos de competencia desleal relacionados con códigos de conducta

Juan Fernández Baños

*Área de Derecho Mercantil.
Universidad Rey Juan Carlos
Abogado*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Antonio Fernández de Buján y Fernández, don Francisco Javier Arias Varona, don Juan Carlos Castro Rico, don Fernando Díez Estella, don David Olivares Martínez, don Lupicinio Rodríguez y don Luis Zarraluqui Navarro.

EXTRACTO

La proliferación de códigos de conducta que en la actualidad están siendo aprobados por multitud de instituciones empresariales pertenecientes a los más diversos sectores, mucho más allá del sector publicitario, pionero en la implantación de los sistemas de autorregulación, implica que nos planteemos su repercusión en el Mercado. En efecto, esta situación, que supone un complemento de la regulación para aquellos operadores económicos que voluntariamente se adhieren a los sistemas de autorregulación comprometiéndose a cumplir las normas establecidas en los respectivos códigos de conducta, conlleva unos efectos directos sobre la competencia que deben estar previstos y regulados por el ordenamiento jurídico. Si bien nuestra actual Ley de Competencia Desleal prevé ya ciertos supuestos relacionados con códigos de conducta desde la reforma llevada a cabo en el año 2009, basados fundamentalmente en el acto de engaño, la casuística que se plantea ahora podría suponer que quedaran impunes ciertos comportamientos desleales, lo cual entraría en contradicción con la voluntad decidida del legislador europeo y nacional de fomentar estos sistemas de autorregulación. En el presente trabajo se analiza la eficacia de las actuales previsiones de la ley en la materia, proponiendo una nueva interpretación, para la cual se parte de la función diferenciadora de los sistemas de autorregulación, como elementos inmateriales distintivos del empresario que voluntariamente se adhiere al código de conducta, de manera que tanto su indebida utilización como su incumplimiento tendrían cabida dentro de otros supuestos distintos del acto de engaño, como pueden ser la violación de normas o los actos de explotación de la reputación ajena.

Palabras clave: autorregulación; código de conducta; competencia desleal; explotación de la reputación ajena; acto de engaño; práctica comercial engañosa.

Fecha de entrada: 03-05-2017 / Fecha de aceptación: 04-07-2017

Unfair competition acts that impact businesses' codes of conduct

Juan Fernández Baños

ABSTRACT

The proliferation of codes of conduct that nowadays are being approved by a multitude of business institutions in the most various sectors, far beyond the advertising industry, which pioneered the implementation of systems of self-regulation, makes essential to consider their impact on the market. Indeed, this situation, which is complementary to the already existing systems of self-regulation to which some economic operators voluntarily adhere to, has a direct effect on competition that must be foreseen and regulated by law. While our unfair competition law already provides, since the reform carried out in year 2009, certain cases related to codes of conduct, which are mainly based in the deception, the current scenario could make certain unfair behavior be unpunished, which would be contrary to the will of the European and national legislator to foster these systems of self-regulation. This paper examines the effectiveness of the current law on this matter, proposing a new interpretation, on the basis of the differentiating feature of the systems of self-regulation, as distinctive intangible elements of the businessman who voluntarily adheres to the code of conduct, so that both his improper use and his failure to comply would not be considered and an act of deception –i.e. the violation of rules or acts of exploitation of foreign reputation–.

Keywords: self-regulation; code of conduct; unfair competition; outside reputation exploitation; act of deception; misleading commercial practice.

Sumario

- I. Planteamiento
- II. La caracterización de los códigos de conducta y su relevancia en el derecho contra la competencia desleal
 1. Normas que no reiteren preceptos previstos en disposiciones legales
 2. Vinculación
 3. Compromiso firme y verificable
- III. La función diferenciadora de los sistemas de autorregulación y la justificación de su protección por el derecho contra la competencia desleal
- IV. Contenido de los actos desleales relacionados con códigos de conducta
 1. Encuadramiento de las relaciones entre los distintos actos de competencia desleal relacionados con códigos de conducta
 2. Acto de engaño
 3. Violación de normas
 4. Explotación de la reputación ajena

Referencias bibliográficas

Cómo citar este estudio:

Fernández Baños, J. (2018). Los actos de competencia desleal relacionados con códigos de conducta. *Revista Ceflegal*, 210, 51-84.

I. PLANTEAMIENTO

El fenómeno de la autorregulación es una realidad cada vez más presente en el tráfico mercantil. Alentado desde hace años por los poderes públicos, tanto a nivel comunitario como nacional, a través de multitud de disposiciones legales que fomentan la adopción de códigos de conducta, supone en la actualidad un verdadero complemento normativo cuyos efectos se evidencian ya en el mercado. Esta proliferación de sistemas de autorregulación en la práctica empresarial hace por ello necesaria una regulación de los comportamientos relacionados con códigos de conducta que pueden afectar a la competencia.

En España, con la promulgación de la 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 (en adelante, Ley 29/2009), mediante la que se transpusieron a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (en adelante, Directiva 2005/29/CE) y la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, que codifica las modificaciones de la Directiva 84/450/CE, se introdujeron varios preceptos en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante, LCD), en los que se hace referencia a actuaciones relacionadas con códigos de conducta susceptibles de ser castigadas como actos de competencia desleal.

La finalidad de este trabajo es el análisis de aquellos supuestos en los que la inadecuada utilización de un código de conducta o su incumplimiento por parte del empresario o profesional que se había comprometido a observar sus normas afectan a la libre competencia, presupuesto ineludible para el correcto funcionamiento de nuestra Economía de mercado, y que por tanto deben castigarse como ilícitos concurrenciales. Partiendo, pues, de las previsiones actuales de la LCD, se plantea una interpretación de la misma, relacionando los supuestos específicamente dedicados a comportamientos sobre códigos de conducta, que básicamente son el artículo 5.2 de

la LCD (actos de engaño) y el artículo 21 de la LCD (prácticas comerciales engañosas), con los artículos 12 (explotación de la reputación ajena) y 15 (violación de normas), ofreciendo así un razonamiento que podrá utilizarse para justificar el reproche de deslealtad de determinadas actuaciones relacionadas con códigos de conducta que, en coherencia con el incremento de nuevos códigos de conducta y con la apuesta decidida del legislador por estos sistemas de autorregulación, deberían ser reprimidas como desleales y que, de atenernos a la estricta literalidad actual de la LCD, podrían quedar impunes.

II. LA CARACTERIZACIÓN DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA Y SU RELEVANCIA EN EL DERECHO CONTRA LA COMPETENCIA DESLEAL

Los códigos de conducta, como rasgo característico visible de los sistemas de autorregulación, pueden definirse como aquellos sistemas privados de regulación institucional, sustantiva y procesal, relativos a las prácticas comerciales. Si bien carecen de una definición específica dentro del Derecho positivo, para extraer sus notas características ha de tenerse en cuenta su eminente naturaleza privada.

En primer lugar, ha de destacarse que son libremente asumidos por los empresarios o profesionales, como exponente de la autonomía de la voluntad que rige todo contrato, sin que las normas que integren su objeto deban estar impuestas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas. Se deduce así que a los códigos de conducta les será de aplicación la teoría general de los contratos, y por tanto puede afirmarse que, *ex* artículo 1.091 del Código Civil (en adelante, CC), de ellos se derivarán obligaciones.

Esta concepción es la que mayoritariamente asume la doctrina actual sobre la materia. Así, por ejemplo, Massaguer afirma que «los códigos de conducta poseen naturaleza privada, sin perjuicio de su refrendo público, y las obligaciones que en ellos se establecen derivan de la libre adhesión del empresario o profesional al código o a la asociación o institución que aprueba y administra el código, y no de una previsión legal, reglamentaria o administrativa»¹. De esto se deduce, *a sensu contrario*, que no deben considerarse códigos de conducta, a los efectos que estamos tratando, todos aquellos «aprobados por disposiciones reglamentarias o cuya obligatoriedad resulta de una disposición legal, reglamentaria o de la pertenencia del empresario o profesional a la entidad o corporación que los aprueba para sus miembros cuando esa pertenencia viene legalmente impuesta, como puede ser el caso de los códigos deontológicos de las profesiones colegiadas»².

¹ Massaguer Fuentes (2011, p. 14).

² En este sentido, conviene aclarar que determinados códigos de conducta, como por ejemplo el Código de Buenas Prácticas Mercantiles en la Contratación Alimentaria, promovido por el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, y cuyo contenido se publicó en el BOE de 18 de noviembre de 2015, poseen no obstante una indiscutible

Así pues, partiendo de que no existe una definición clara en Derecho positivo sobre el concepto de código de conducta, en el ámbito comunitario se encuentra una primera aproximación que confirma su eminente naturaleza privada. En efecto, el artículo 2 de la Directiva 2005/29/CE, los define como «acuerdo o conjunto de normas no impuestas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de un Estado miembro, en el que se define el comportamiento de aquellos comerciantes que se comprometen a cumplir el código en relación con una o más prácticas comerciales o sectores económicos concretos». En Derecho español, la definición citada se encuentra en la Ley 29/2009.

En cuanto a la jurisprudencia sobre códigos de conducta en España hasta el momento puede calificarse, en palabras de Soro Russell, como «una casuística desigualmente distribuida y con una relevancia limitada en cuanto al fondo»³. En su estudio sobre las 39 resoluciones recaídas en los últimos 20 años en las que bien de manera directa o tangencialmente se trata el tema de los códigos de conducta, concluye que «su importancia es todavía bastante limitada, tanto desde un punto de vista cuantitativo como cualitativo», atribuyendo este hecho a que solo en muy pocas ocasiones los tribunales han optado por pronunciarse explícitamente sobre la naturaleza o efectos de los códigos de conducta.

En cualquier caso, a los efectos de lo que interesa en el presente trabajo, las notas características de los códigos de conducta, según se expone a continuación, se extraen de lo dispuesto en la propia LCD, y concretamente en su artículo 5.2 que sanciona como acto de engaño el incumplimiento de los compromisos adquiridos en virtud de códigos de conducta.

1. NORMAS QUE NO REITEREN PRECEPTOS PREVISTOS EN DISPOSICIONES LEGALES

La característica principal de todo código de conducta es que las normas que contiene, reguladoras de las conductas que en cada caso vayan a ser objeto del código, procedan de la autonomía de la voluntad de las partes, no cabiendo por tanto que el contenido del código se limite a reiterar, o concretar sin ampliar, literal o sustancialmente normas ya contenidas en preceptos legales o reglamentarios. Así se deduce de su naturaleza privada y de lo dispuesto en la Directiva 2005/29/CE, en su artículo 6.2 b), transpuesto por el artículo 5.2 de la LCD, que los caracteriza por contener «normas no impuestas por disposiciones legales, reglamentarias o administrati-

naturaleza privada, puesto que el papel de la Administración se restringe a promover el acuerdo entre los operadores y asociaciones de ámbito privado del sector determinado, cumpliendo así únicamente una actuación de refrendo, por lo que estos códigos quedan plenamente incluidos en el objeto de nuestro estudio al serle de directa aplicación las previsiones de la LCD.

³ Soro Russell (2010).

vas». No obstante, hemos de precisar que nada impide que un código de conducta recoja entre sus normas reiteraciones o concreciones sobre mandatos legales, siempre y cuando no cambie el sentido o alcance de estos mandatos; lo que se pretende poner ahora de relieve es que para que un código de conducta sea considerado como tal ha de contener unas normas que emanen de la libre voluntad de las partes, y que si esta puede coincidir en parte con determinadas previsiones legales, reglamentarias o administrativas, debe en todo caso ir más allá. En modo alguno puede quedar limitado todo el contenido del código a dichas normas legales o administrativas, puesto que en tal caso se desvirtuaría la esencia misma de la autorregulación, al reducirse a una mera redundancia carente de valor jurídico por la sencilla razón de que la vinculación en tal caso vendría dada por la propia ley o reglamento que se reitera.

Por otra parte, siguiendo la argumentación de Massaguer⁴, desde la óptica del artículo 37 de la LCD, la característica de la no reiteración se evidencia de la misma configuración legal de los códigos de conducta que hace este precepto, al indicar que son asumidos «voluntariamente» por empresarios o profesionales. De esta manera si alguien que estuviera adherido en firme y hubiera hecho público en una práctica comercial su compromiso de observar un código de conducta que viene a reproducir o reiterar la norma del artículo 5.1 de la LCD, cometiera el acto de engaño allí previsto, la acción contra dicho sujeto no derivaría del incumplimiento del código sino de la propia infracción del artículo 5.1 de la LCD. Concluye este autor que «ni una ni otra nota característica, sea de los códigos (que no sean impuestas por disposición legal), sea de las obligaciones derivadas de ellos (que sean asumidas libremente), pueden predicarse de las normas que reprodujeran, en unos términos u otros, o concretaran las previsiones establecidas en preceptos legales o reglamentarios, ni de las obligaciones de cumplirlas», advirtiendo que «la proclamación del empresario o profesional de estar sometido a un código de conducta que se limite a reproducir, en todo o en parte y con un tenor u otro, normas de carácter legal no queda necesariamente libre de todo reproche; de hecho, parece una candidata firme, si tiene la debida incidencia sobre el comportamiento de mercado de los destinatarios a la vista de las circunstancias de hecho que la rodeen, a constituir un acto de engaño en el sentido del artículo 5.1 h) LCD, y no del artículo 21.1 LCD».

Por último, en cuanto a esta característica de no reiteración de preceptos legales o reglamentarios, debemos hacer referencia a que las expectativas que generan en el destinatario del código de conducta se podrían ver frustradas en caso de que este se limitara a reproducir dichas normas. Cavanillas Múgica⁵, en el supuesto de un código de conducta destinado a consumidores apunta un supuesto en que el código frustraría la expectativa y que a su juicio debería ser tildado de publicidad engañosa: «el caso del código de conducta "didáctico" cuyo único contenido consistiera en explicar, de forma sencilla y clara, los derechos que la ley concede al consumidor».

⁴ Massaguer Fuentes (2011, p. 16).

⁵ Cavanillas Múgica (2010, p. 239).

2. VINCULACIÓN

Para que el empresario o profesional quede vinculado por el código de conducta se requiere que haya asumido el compromiso de observar las normas reguladoras de su conducta que están contenidas en el código. Se trata del consentimiento, como el primero de los requisitos exigidos para la existencia del contrato *ex* artículo 1.261 del CC. La existencia del consentimiento, de la voluntad de vincularse, es «expresión de la libertad creadora de la persona en el Derecho privado»⁶. El consentimiento es el punto de partida ineludible para predicar la obligatoriedad del código de conducta, pues de ello se deriva el carácter contractual del código, de cuya previsión partimos. La vinculación consiste pues, en consentir en obligarse, en decidir que determinadas relaciones o situaciones jurídicas (conductas) queden regidas por las reglas y preceptos plasmados en el código, emanado de la autonomía privada.

La vinculación ha de exteriorizarse, debe haberse indicado mediante la «proclamación», como exteriorización o declaración de la adhesión o sometimiento al código de conducta, y que en todo caso debe hacerse mediante una «práctica comercial». Dicha práctica comercial consistirá, siguiendo el artículo 2 d) de la Directiva 2005/29/CE en una promoción, venta o suministro de productos o servicios⁷. La indicación de la vinculación debe ser en sí misma una práctica comercial, o comunicación comercial, o bien estar integrada dentro de las manifestaciones contenidas en una práctica comercial. Dicha indicación de la circulación, además de poder ser reconocida, se requiere que pueda ser tenida en cuenta efectivamente por el destinatario de manera que pueda influir en su comportamiento.

La manifestación de la voluntad, esto es, la indicación de estar vinculado al código, debe ser precisa, «debe consistir en una manifestación o proclamación de sometimiento o aceptación de cumplimiento de las previsiones del código de conducta, sea hecha en términos expresos o en términos que lleven al destinatario a entender que el empresario o profesional ha asumido las obligaciones específicamente impuestas en el código de conducta de que se trate; no vale, en cambio, una genérica indicación de pertenencia a las asociaciones responsables de un código»⁸.

Por último hemos de señalar que la manifestación de la vinculación debe hacerse en todo caso por el propio empresario o profesional, sin que pueda ser suplida por la de la entidad que elabora el código o la de otro empresario distinto adherido, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.259 del CC que permite contratar a nombre de otro, lo que implicaría no solo la declaración expresa del carácter «heteroeficaz» del acto sino también la designación de la persona para

⁶ De Castro y Bravo (1985, p. 76).

⁷ Artículo 2 d) de la Directiva 2009/29/CE: «Prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consumidores: todo acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores».

⁸ Massaguer Fuentes (2011, p. 22).

la que se contrata, debiendo reunirse en este caso los requisitos de previa existencia de poder de representación y suficiencia del mismo.

3. COMPROMISO FIRME Y VERIFICABLE

Esa vinculación, como consentimiento en obligarse, debe hacerse presente mediante la declaración. Así, por más que se defienda desde una posición voluntarista, en que prime la voluntad sobre la declaración, ha de admitirse que la voluntad solo se conoce a través de su expresión, y además el papel prioritario de la voluntad queda limitado por la doble circunstancia de la dificultad probatoria de que la declaración corresponde a la verdadera voluntad y la más importante de que «el sujeto queda vinculado no en fuerza a la voluntad sino en fuerza al propio ordenamiento»⁹. La declaración de la voluntad a través de la cual se manifiesta el consentimiento, como expresión de la vinculación, debe contener las características de firmeza y verificabilidad.

La firmeza del compromiso asumido en virtud del código de conducta se contrapone a aquel en el que tan solo se expresara un propósito, objetivo, deseo o mera aspiración de ajustar la conducta a las propias normas del código, y constituye el presupuesto para que el mismo sea realmente fuente de obligaciones exigibles entre el que elabora el código y todo aquel que se adhiere a él. El compromiso de ajustar las prácticas comerciales (conductas) a las normas de un código de conducta debe conllevar pues, ineludiblemente, una obligación exigible en el ámbito subjetivo propio de quien ha manifestado su vinculación al código, bien sea la propia entidad que lo ha redactado o los que estén adheridos al mismo.

Por otra parte, en cuanto a la verificabilidad, el compromiso de adhesión proclamado, además de ser firme debe poder ser controlado, esto es, debe poder comprobarse la vinculación al código. Así lo exige la Directiva 2005/29/CE en su artículo 6.2 b).i al referirse a los requisitos para que el incumplimiento de las normas contenidas en un código de conducta pueda ser tenido en cuenta como acción engañosa.

III. LA FUNCIÓN DIFERENCIADORA DE LOS SISTEMAS DE AUTORREGULACIÓN Y LA JUSTIFICACIÓN DE SU PROTECCIÓN POR EL DERECHO CONTRA LA COMPETENCIA DESLEAL

La caracterización de los códigos de conducta, según lo expuesto anteriormente, permite entrar en el análisis sobre la función jurídico-económica que desempeñan. Así pues, partiendo de uno de sus elementos esenciales, como es la incorporación o asunción de normas que no reiteren preceptos previstos en disposiciones legales, puede afirmarse que una de las finalidades principales

⁹ De Castro y Bravo (1985, p. 80) y Jordano Fraga (1988, p. 35).

de estos sistemas es la diferenciación en el mercado de los sujetos (empresarios o profesionales, según la propia dicción de la LCD) adheridos a los mismos, de forma que los bienes o servicios que ofrecen contengan, de cara al destinatario, un plus, como elemento diferenciador, que les permite que sean distinguidos de los demás productos o servicios ofrecidos por otros competidores que no están adheridos al sistema de autorregulación en cuestión.

De esta manera, de lo expuesto hasta ahora puede concluirse que la finalidad primordial de todo sistema de autorregulación, en el sentido y contexto que se está analizando en este trabajo, es la diferenciación de los miembros adheridos por los bienes o servicios ofrecidos, bien sea por observar normas que aseguran una mayor protección al destinatario, que va más allá de lo impuesto en disposiciones normativas generales, o por ofrecer unas garantías adicionales a las que convencionalmente ofrecen productos o servicios similares de otros competidores, o, en definitiva, por ofrecer unos productos o servicios cuya diferenciación de los demás viene dada por una peculiaridad que generalmente se refiere a la calidad de los mismos (en sentido amplio), buscando así una excelencia en los productos o cualificación en los servicios, que se obtienen a partir de las normas que los miembros del sistema de autorregulación se comprometen a observar en sus procesos productivos. De esta reflexión acerca de la finalidad de los sistemas de autorregulación, resulta que estos mantienen un paralelismo muy acentuado, llegando en ocasiones incluso a coincidir en la función que le es propia, con aquellos elementos tradicionales de indicación de la calidad o del origen, caracterizados como bienes inmateriales, entendiéndose por tales aquellos que, amparados en disposiciones legales o reglamentarias, tienen por finalidad la distinción de los bienes o servicios a los que se refieren, por su origen geográfico (denominaciones de origen e indicaciones geográficas protegidas), por su calidad (marcas de garantía), o por su origen empresarial (marcas colectivas), asumiendo todos ellos una función indicadora de la diferenciación del producto o servicio respecto de los que se ofrecen sin estar amparados por tales instrumentos.

Como indicaba el profesor Garrigues¹⁰, «competencia, en general, significa coincidencia o concurrencia (esta es la palabra francesa e italiana) en el deseo de conseguir una misma cosa: el uno aspira a alcanzar lo mismo que otro y al mismo tiempo que este. Cuando el objetivo que se persigue es económico, estamos dentro de la competencia mercantil; la cual puede definirse como la actuación independiente de varias empresas para conseguir cada una de ellas en el mercado el mayor número de contratos con una misma clientela, ofreciendo los precios, las calidades o las condiciones contractuales más favorables. Los empresarios han de decidir libremente respecto al precio, calidad y condiciones de los productos o servicios que ofrecen».

Así pues, siguiendo el razonamiento indicado, en conexión con la función que desempeñan los sistemas de autorregulación, según se deduce de su noción y características, como se ha expuesto, resulta que estos inciden directamente sobre dos de las categorías mencionadas, dejando al margen el precio, que se constituyen como elementos fundamentales sobre los que el empre-

¹⁰ Garrigues (1968, pp. 196 y ss.).

sario decide para mejorar su oferta: la calidad de los productos o servicios que ofrece, y las condiciones en que realiza su oferta.

La empresa no constituye una unidad jurídica susceptible de ser protegida por normas jurídicas semejantes a las que protegen el derecho de propiedad sobre cosas muebles. La empresa es un conjunto de actividades y bienes patrimoniales y de relaciones de hecho. Las normas sobre competencia ilícita protegen directamente la clientela de la empresa como elemento de valor económico decisivo, pero no están dictadas solo a favor de la clientela, sino también a favor del comerciante. No protegen la clientela como cosa ni como derecho, puesto que no es lo uno ni lo otro, sino que tienden a impedir, sencillamente, la substracción de la clientela por medio de la competencia ilícita, con el consiguiente daño patrimonial del comerciante, que ve disminuidas sus posibilidades de venta.

Si la libre competencia supone una actuación independiente de las empresas dirigida a la conquista de la clientela, es claro que resulta indispensable que estas, como operadores económicos que actúan en el mercado, se doten de aquellos elementos necesarios para garantizar su propia supervivencia, esto es, que resulten idóneos para «promover o asegurar la difusión en el mercado de sus prestaciones»¹¹, dando así continuidad en el tiempo a la propia empresa.

Entre estos elementos idóneos para promover o asegurar la difusión de las prestaciones en el mercado, se encuentran, entre los que pueden calificarse como más específicos para conseguir dicha finalidad, los denominados «signos distintivos», que distinguen tanto a la empresa (nombre comercial) como a sus establecimientos (rótulo) y a sus productos (marca), de las restantes empresas competidoras. La clientela solo puede vincularse a una empresa determinada, si es posible distinguir a esta, de todas las restantes empresas, por medio de sus signos distintivos. Por eso, no solo se califica de desleal la actuación anticompetitiva que consiste en procurar confundir al público sobre la identidad de una empresa o de sus productos, para aprovechar así el prestigio conseguido por otros, sino que se otorga al empresario un derecho exclusivo para el uso de los signos distintivos de su empresa, considerados como bienes integrados dentro del patrimonio empresarial, que constituyen los denominados «elementos inmateriales» inherentes a la organización de la empresa, que van adquiriendo cada vez más valor, en el contexto de la evolución del Derecho mercantil, y de cuyo estudio se ocupa el Derecho de la propiedad industrial.

Justificada así la conveniencia de proteger esos *elementos inmateriales*¹², de los que tradicionalmente forman parte tanto los signos distintivos como las invenciones, se plantea ahora la

¹¹ Cfr. con la dicción literal del artículo 2 de la LCD, sobre la definición de «finalidad concurrencial», en relación con el ámbito objetivo de aplicación de la LCD.

¹² Vid. nota 30 en Montero García-Noblejas, P. (2016, p. 39), sobre la explicación de la génesis histórica de esta protección, en la que se cita, a su vez, a Massaguer Fuentes (1990, pp. 245 y 257 y ss.); Roncero Sánchez (1999, p. 19) y Gondra Romero (2000, p. 70), y en la doctrina italiana a Franceschelli (1973, pp. 13 y ss.), sobre la caracterización del denominado «derecho industrial», «que acaba siendo el derecho mercantil, pero con otro nombre, ya que la empresa unifica y justifica todo el derecho mercantil».

inclusión dentro de esta categoría de los bienes inmateriales, de la circunstancia de que una empresa esté adherida a un sistema de autorregulación, lo cual implica que dicha empresa (entendiéndose por tal «empresario o profesional» en la terminología utilizada por la LCD), se rige y queda sometida, además de por todas las disposiciones normativas de carácter general, por el código de conducta en cuestión, correspondiente a un determinado sistema de autorregulación, cuyas normas se ha comprometido a observar, junto con las empresas adheridas al mismo.

No se pretende así la calificación de los sistemas de autorregulación, ni de los códigos de conducta por los que se rigen, como bienes inmateriales en sí mismos, sino que lo que se está planteando como bien inmaterial es, en realidad, la pertenencia o adhesión al sistema de autorregulación, en tanto que el mero hecho de pertenecer al mismo configura un nuevo elemento distintivo a la empresa adherida, que viene dado por el compromiso de observar unas determinadas normas recogidas en el código de conducta de un sistema de autorregulación. Este elemento, que puede ser considerado como *goodwill*, en tanto que supone una diferenciación de dicha empresa, y que a su vez es susceptible de manifestarse materialmente, en forma de los llamados «sellos de confianza o de calidad»¹³ o con el signo que determine el código de conducta, viene así a formar parte de la categoría de los bienes inmateriales, como aquella que incluye «creaciones del espíritu humano no perceptibles por los sentidos que, a través de los medios adecuados, se hacen perceptibles y utilizables en las relaciones socioeconómicas y que, por su gran importancia económico-social y por su particular naturaleza física, el ordenamiento tutela a través de un especial sistema de protección jurídica»¹⁴.

Sin embargo, considero que la adhesión a cualquier sistema de autorregulación no debe ser entendere, *per se*, como un bien inmaterial, sino que dicha consideración solo podrá predicarse de aquellos sistemas dotados de códigos de conducta de cuyo contenido se desprenda que el empresario o profesional que se adhiere al mismo, comprometiéndose a cumplir sus normas, va a obtener un elemento distintivo –bien sea por los productos o servicios que ofrece al observar dichas normas o por una especialidad en sus prestaciones que lo va a distinguir de otros competidores no adheridos–. Ese elemento distintivo que debe otorgar el sistema de autorregulación es lo que configura el objeto del bien inmaterial, siendo así, por tanto, digno de protección.

Esta consideración conllevaría una revisión de la redacción actual de la LCD en la que se incluirían determinados supuestos relacionados con códigos de conducta, y especialmente el incumplimiento de los mismos, pues desde esta perspectiva nueva por la que se considera como elemento distintivo la adhesión a un sistema de autorregulación que verdaderamente otorgue esa efectiva distinción a los empresarios o profesionales adheridos, no es suficiente la previsión actual, sancionando únicamente el incumplimiento como mero acto de engaño, en el artículo 5.2 de la LCD, y las conductas previstas

¹³ Según la propia terminología utilizada por la LCD, en el artículo 21.2.

¹⁴ Definición de «bienes inmateriales» utilizada por Massaguer Fuentes (2011, pp. 258), a propósito de las denominaciones de origen, y de ahí que se introduzca en la definición la mención a «naturaleza física», por la especial relevancia del elemento físico en este ejemplo de bien inmaterial cuya característica es precisamente la identificación del origen del producto con una localización geográfica determinada.

en el artículo 21, calificándolas también como engañosas y restringidas a las prácticas comerciales con consumidores. No habría forma de sancionar, si nos atenemos a la estricta literalidad actual de la LCD en cuanto a los supuestos previstos sobre códigos de conducta, el incumplimiento de un código de conducta que no reúna los especiales requisitos del acto de engaño, nada fáciles de demostrar desde el plano probatorio, dado que el legislador ha optado por no sancionar *per se* –fuera de los específicos supuestos relacionados en el art. 21 de la LCD–, con carácter objetivo, el incumplimiento de códigos de conducta, dejando así impunes muchos actos que merecerían el reproche de deslealtad.

Desde los presupuestos de la Ley actual, para la calificación de acto de competencia desleal respecto de un supuesto de incumplimiento de un código de conducta, únicamente se valora si dicho comportamiento puede ser considerado como acto de engaño, es decir, si es susceptible de inducir a error a los destinatarios y de alterar su comportamiento económico. No se tiene en cuenta si la observancia de las normas de ese código procuraba o no un elemento distintivo para el empresario o profesional adherido, para lo cual es necesario realizar un análisis anterior al incumplimiento, examinando el sistema de autorregulación en cuestión y su código de conducta, así como las ventajas competitivas que la pertenencia a dicho sistema otorga a los miembros adheridos al mismo frente a otros competidores no adheridos. De esta manera, en la actual LCD quedan impunes aquellos incumplimientos de códigos de conducta que, sin reunir los requisitos específicos del acto de engaño, suponen un aprovechamiento de la reputación ajena, por ejemplo, al prevalerse de la ventaja competitiva que otorga el elemento distintivo de pertenencia o adhesión al sistema de autorregulación, cuando el sujeto en cuestión incumple, lo cual entiendo que constituye un acto de competencia desleal que debe ser castigado.

Por tanto, considero que el criterio para que un comportamiento relacionado con códigos de conducta sea susceptible de ser castigado como ilícito concurrencial, esto es, el criterio de aplicabilidad de la LCD en estos supuestos, no debe ser la repercusión que ese comportamiento tenga en el destinatario final –que indudablemente es un factor muy importante, pero cuya consideración, en todo caso, se debe hacer más adelante, como coadyuvante, pero sin constituirse como criterio único para el reproche de deslealtad–, sino la consideración de elemento distintivo, como bien inmaterial, que el sistema de autorregulación otorgue a sus miembros, quedando justificada así, con este examen previo, la aplicación de la LCD, de manera que se verifique que estamos ante un acto realizado en el mercado con finalidad concurrencial, para después calificar el acto según proceda en el caso concreto, y sin quedar necesariamente constreñido al ilícito concreto del acto de engaño.

Esta interpretación en modo alguno puede considerarse contraria o divergente de la doctrina jurisprudencial que remarca la necesidad de deslindar las normativas sobre protección jurídica de los bienes inmateriales y la relativa a la competencia desleal, y según la cual «la LCD puede completar, pero no suplantar ni menos sustituir a la normativa específica reguladora de los derechos de exclusiva»¹⁵. Al contrario, la postura que ahora se defiende asume plenamente dicha

¹⁵ En este sentido, el Tribunal Supremo en Sentencia de 1 de abril de 2004 (rec. núm. 1615/1998) dice que «la acción de competencia desleal contra la imitación completa la protección jurídica que da la normativa sobre propiedad

doctrina y además puede considerarse como consecuencia de ella, pues si, en efecto, existe una normativa específica sobre protección jurídica de los bienes inmateriales, constituida básicamente por las normas sobre marcas y patentes, así como aquellas disposiciones que regulan otras figuras consideradas bienes inmateriales, como las denominaciones de origen o las indicaciones geográficas, ninguna norma existe en la actualidad que proteja de modo similar a los sistemas de autorregulación, por lo que queda así plenamente justificado que la LCD prevea, con un carácter mucho más decidido que en la redacción actual, aquellas normas necesarias para dotar de una protección aceptable a los sistemas de autorregulación.

La introducción de nuevos supuestos en la LCD, relacionados con códigos de conducta, en cuanto elementos esenciales de los sistemas de autorregulación, por contener las normas por las que se rigen los mismos, se justifica asimismo, en relación con la función que cumplen, caracterizándose como bienes inmateriales de los empresarios o profesionales adheridos, por la propia naturaleza de los mismos, dado que al ser de naturaleza privada y emanar su obligatoriedad de la voluntad de las partes, sin la intervención de poderes públicos –y ello sin perjuicio de los códigos de conducta refrendados o recomendados por las Administraciones, que pese a lo cual no pierden esa nota de expresión de la autonomía privada–, difícilmente podrían protegerse mediante disposiciones normativas específicas, del tipo de la Ley de Marcas, por ejemplo, pues ello supondría cuando menos una contradicción, al verse eliminada de esa forma la propia esencia de lo que se entiende por autorregulación. No obstante, si bien es cierto que carecería de sentido una norma jurídica, sea de rango legal o reglamentario, destinada a proteger específicamente a los sistemas de autorregulación para proteger su función como bienes inmateriales, es precisamente esta circunstancia, unida a la consideración como bienes inmateriales, la que más justifica que la LCD se ocupe de su protección, lo cual concuerda plenamente con la doctrina apuntada del deslinde de la normativa sobre propiedad industrial y competencia desleal.

IV. CONTENIDO DE LOS ACTOS DESLEALES RELACIONADOS CON CÓDIGOS DE CONDUCTA

1. ENCUADRAMIENTO DE LAS RELACIONES ENTRE LOS DISTINTOS ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL RELACIONADOS CON CÓDIGOS DE CONDUCTA

Entre los ilícitos concurrenciales relacionados con códigos de conducta previstos actualmente en la LCD se encuentran el incumplimiento de los compromisos en un código de conducta al

industrial: pero no puede suplantarla ni, mucho menos, sustituirla», siendo esta tesis asumida por el Tribunal de Marca Comunitario en sentencia de 25 de abril de 2006 y en la de 5 de febrero de 2008 que habla del principio de especialidad o prioridad normativa, y repetida en numerosos pronunciamientos, como por ejemplo en las Sentencias del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Alicante de 11 de diciembre de 2009 (NCJ052344) o de 27 de septiembre de 2012 (rec. núm. 759/2011), entre muchas otras.

que el empresario o profesional ha indicado su vinculación, de forma firme y verificable, en una práctica comercial, previsto como acto de engaño por el artículo 5.2 de la LCD, y las prácticas comerciales engañosas con consumidores a las que se refiere el artículo 21 de la LCD. Ambos supuestos se refieren, pues, a conductas que han merecido el reproche de deslealtad por engañosas, pero además del elemento del engaño, determinadas actuaciones indebidas relacionadas con códigos de conducta, así como el incumplimiento de las normas del sistema de autorregulación al que el empresario o profesional ha declarado someter su conducta, reúnen las características propias del acto de explotación de la reputación ajena del artículo 12 de la LCD.

Tradicionalmente se ha puesto de manifiesto la interrelación de la explotación de la reputación ajena con los actos de confusión y de imitación, si bien, ha sido desde la aprobación de la LCD objeto de una tipificación separada. La nota diferenciadora, respecto de los actos de confusión reside en que, si bien en ambos se utilizan elementos distintos ajenos, la finalidad del acto de explotación de la reputación ajena no es confundir, sino equiparar el producto propio al ajeno para beneficiarse del prestigio del que goza este en el mercado¹⁶.

Por tanto, lo que caracteriza a los ilícitos de los artículos 6 y 12 de la LCD es que el objeto sobre el que recae la conducta son las creaciones formales, esto es, los signos distintivos y las formas de presentación de los productos o servicios, diferenciándose en que, en los primeros, la distorsión generada por el uso de signos distintivos afecta al origen empresarial, y en los segundos el empleo de tales signos o creaciones formales lo que permite al ilícito competidor es aprovecharse de las ventajas de la reputación asociada por el consumidor a esos signos ajenos incluso cuando el infractor emplee también sus propios signos de modo que revele el verdadero origen empresarial.

En cuanto al deslinde respecto de los actos de imitación del artículo 11 de la LCD, la diferencia ha sido precisada en cuanto al ámbito de aplicación, que en el artículo 12 es el de los signos distintivos, las denominaciones de origen y expresiones como las que el propio precepto menciona a título de ejemplo, pero no el de las creaciones materiales o productos, que es el propio del artículo 11¹⁷.

La explotación de la reputación ajena, si bien comparte rasgos propios de los actos de confusión y de imitación¹⁸, tradicionalmente ha sido tratada de forma separada, ya en la legislación

¹⁶ Las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2010 (rec. núm. 2035/2006) y 11 de febrero de 2011 (rec. núm. 1735/2007) precisan que el artículo 12 de la LCD «protege el correcto funcionamiento del mercado concediendo amparo al competidor cuyo esfuerzo dio lugar a la adquisición de reputación por sus creaciones formales, ante el intento de otro de aprovecharse indebidamente de tal prestigio o buena fama. La conducta mediante la cual se genera el aprovechamiento puede tener cualquier contenido, de modo que basta con que produzca el efecto referido».

¹⁷ *Vid.* STS de 30 de mayo de 2007.

¹⁸ *Vid.* STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 746/2010 (NCJ054726), de 1 de diciembre, «Puros Habanos», en la cual se establece que: «La nota general básica, en sintonía con el título, se halla en el aprovechamiento del esfuerzo material o económico ajeno, si bien debe destacarse que esta circunstancia puede estar presente en otros ilícitos como el de la

anterior a la vigente LCD, sancionándose, por ejemplo, como acto de competencia ilícita el hecho de anunciarse, de modo general y contrario a la realidad, como «depositario de un producto nacional o extranjero», entendiéndose como supuesto de «aprovechamiento de fama ajena»¹⁹. El artículo 12 de la LCD tipifica expresamente, como explotación de la reputación ajena, «el empleo de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas acompañados de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto», así como de «expresiones tales como "modelos", "sistema", "tipo", "clase" y "similares", recogiendo así este particular supuesto denominado como "publicidad adhesiva"»²⁰.

Es en este contexto donde cobra especial importancia el supuesto de la utilización indebida de un código de conducta, distinguiéndose varios supuestos que pueden ser considerados como explotación de la reputación ajena, como son la falsa afirmación de adhesión al código de conducta, la falsa indicación del refrendo de ese código de conducta por parte de las autoridades públicas, o la indebida exhibición de sellos de confianza o calidad que habitualmente se conceden a los empresarios o profesionales adheridos al sistema de autorregulación. No en vano, estos sistemas de autorregulación han proliferado especialmente en aquellos sectores, en los que el valor añadido reside en ofrecer un producto diferenciado por su calidad, como el agroalimentario, por ejemplo. Como podrá observarse, estas conductas coinciden con las previstas en el artículo 21 de la LCD, que sanciona las mismas en tanto que realizadas en perjuicio de sus destinatarios, en el contexto de una práctica comercial con consumidores. Sin embargo, sin perjuicio de la calificación del acto en cuestión como desleal en el supuesto que concurren los requisitos del artículo 21 de la LCD, tratándose en definitiva de actos realizados en el mercado, con finalidad concurrencial, serán susceptibles de ser castigados como desleales en tanto que impliquen una explotación de la reputación ajena.

Por otra parte, el contenido del artículo 5.2 de la LCD se refiere a un aspecto específico del incumplimiento del código de conducta, cual es la frustración de las razones por las que los destinatarios de la conducta pudieran adoptar una decisión de mercado a resultas de la indicación del empresario de la manifestación de su vinculación al código, y por ende aceptación a las obligaciones previstas en el mismo, por lo que la represión de esta conducta es independiente del castigo que en su caso merecerá el propio incumplimiento en sí mismo considerado, guardando así una autonomía sistemática y teleológica respecto de este supuesto. Por tanto, puede afirmarse,

cláusula general del artículo 5.º (actual 4), acto de confusión del artículo 6.º, acto de engaño del artículo 7.º (actuales 5 y 7) y acto de imitación del artículo 11; y, aunque cabe la posibilidad de que en ocasiones se solapen algunos de los tipos expresados con el que se examina, debe resaltarse que el tipo del artículo 12 LCD no requiere que se cree riesgo de confusión o asociación, ni que sea apto para producir engaño a los consumidores, refiriéndose a las formas de presentación o creaciones formales (por todas, sentencia. 23 de julio de 2.010), como también sucede con el tipo del artículo 6.º LCD, y a diferencia del tipo del artículo 11 de la LCD (sobre actos de imitación) que se refiere a las creaciones materiales –prestaciones, productos–».

¹⁹ Vid. artículo 132 f) de la Ley de Propiedad Industrial, de 16 de mayo de 1902.

²⁰ Lema Devesa (1991, pp. 6.147-6.148).

con Massaguer²¹, que el artículo 5.2 de la LCD mantiene un claro paralelismo con el artículo 15 de la misma ley, que castiga no el incumplimiento como tal, sino el efecto concurrencial que se produce con tal infracción, como son el prevalimiento en el mercado de una ventaja concurrencial procurada por la infracción considerada.

No obstante, hay quien se pronuncia en contra de este paralelismo²², afirmando que «el reproche de deslealtad del incumplimiento de un código de conducta se concreta solo en el engaño, de ahí que se ubique en el artículo 5 de la LCD, en particular, en el suministro de una información falsa a los destinatarios, la cual puede ser determinante para que los mismos tomen sus decisiones de mercado, que es lo que se recoge como acto desleal». Sin embargo, considero que si bien lo que se castiga es el hecho de suministrar una información falsa al destinatario, en cuanto a que la misma sea susceptible de determinar su actuación en el mercado, y que la intención del artículo 5.2 de la LCD era regular el incumplimiento de un código de conducta como acto de engaño, ello no obsta a que el fundamento de la deslealtad de este supuesto venga a coincidir casi plenamente con el del supuesto del artículo 15 de la LCD. En efecto, el supuesto en cuestión consiste en la manifestación falsa de vinculación al código de conducta, y esa falsedad se produce justamente cuando el que había realizado dicha manifestación incurre en una infracción del contenido del código, esto es, de sus normas.

Así pues, quedando patente el hecho de que el artículo 5.2 de la LCD regula el incumplimiento del código de conducta como acto de engaño, no cabe duda de que al mismo tiempo se está sancionando también la ventaja competitiva que evidentemente obtiene quien incumple los compromisos asumidos en el código de conducta, del mismo modo que el artículo 15 de la LCD sanciona a quien incumple una norma jurídica. Dicho paralelismo resulta más claro aún si se observa, por analogía, el supuesto consistente en el incumplimiento de las normas que regulan una determinada denominación de origen, o de las que rigen una marca de garantía, en cuyo caso, con independencia de la sanción con que dicho incumplimiento sea susceptible de ser castigado reglamentariamente, por ejemplo, en consideración al incumplimiento en sí mismo considerado, esa misma conducta será constitutiva de un ilícito concurrencial en cuanto que el sujeto que incumple el compromiso asumido está obteniendo subsiguientemente una ventaja competitiva, al mismo tiempo que defrauda las expectativas que había generado en los destinatarios al indicar su vinculación a las normas determinadas de la denominación de origen o marca de garantía en cuestión.

Por otra parte, el paralelismo puede contemplarse también en cuanto a la función de ambos preceptos, pues si lo que pretende el artículo 15 de la LCD es asegurar el funcionamiento correcto del mercado y no preservar el cumplimiento de todo el ordenamiento jurídico²³, el artículo 5.2 tam-

²¹ Massaguer Fuentes (2013, p. 567).

²² *Vid.* Iraculis Arregui (2013, p. 567).

²³ SAP de Barcelona de 26 de enero de 2000 (rec. núm. 25/1999): «No es función del artículo completar o reproducir sanciones ya resultantes según las normas violentadas, sino, en coherencia con la finalidad de la Ley, contribuir a

poco pretende preservar el cumplimiento de los códigos de conducta a los que voluntariamente se pueden adherir los operadores económicos, puesto que, además, para ello existen órganos específicos de resolución de conflictos, con los que cuentan la mayoría de los sistemas de autorregulación.

Al vulnerar la norma del código de conducta al que se adhirió, el infractor, además de estar incurriendo en un acto de engaño, puesto que la manifestación de vinculación al código deviene falsa desde ese momento, obtiene una ventaja, potencial o automática, en función de la naturaleza de la norma infringida, que puede redundar o de hecho determina la mejora de su posición competitiva por comparación con la del resto de oferentes, al menos de los que permanecen cumpliendo las normas establecidas en el código. No obstante, para la calificación como desleal del incumplimiento de un código de conducta, *ex* artículo 5.2 de la LCD, como acto de engaño, no es necesaria la constatación de la existencia de la ventaja competitiva, como sí lo es en el caso del supuesto del artículo 15, en cuyo caso, «la integración del supuesto de hecho requiere constatar la infracción del reproche contenido en la misma, pues para que así sea debe comprobarse la existencia de una tal ventaja competitiva o, en términos negativos, debe comprobarse la inexistencia de una situación de incumplimiento generalizado y total de la norma de referencia, al punto que su infracción no sea susceptible de reportar ninguna ventaja competitiva significativa al infractor. [...] Es pues, solo en la medida en la que pueda deparar efectos sobre el funcionamiento del mercado que el incumplimiento de una norma ajena al sistema de competencia desleal deviene relevante»²⁴. Si bien, no deja de ser cierto que, en el supuesto en que todos los adherentes al código de conducta lo incumplieran, de manera generalizada, es más que probable que tampoco se darían los presupuestos necesarios para castigar dicho incumplimiento como acto de engaño, pues como el mismo ha de ser susceptible de inducir a error al destinatario, difícilmente tendría lugar cuando nadie cumpla el código en cuestión.

2. ACTO DE ENGAÑO

El incumplimiento de los compromisos asumidos en un código de conducta no es un acto de competencia desleal autónomo del acto de engaño, sino que solo se reputa como ilícito concurrencial en tanto que dicho incumplimiento defrauda las expectativas de los destinatarios que había propiciado la manifestación de sometimiento a lo previsto en el código de conducta.

Se trata, pues, de un supuesto particular de acto de engaño, que afecta al proceso de formación de las preferencias y toma de decisiones de mercado por los destinatarios. La proclama-

la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado». En el mismo sentido SAP Barcelona de 15 de noviembre de 2000, FJ 3.º; SAP de Baleares de 19 de julio de 2002, FJ 2.º; SAP de Barcelona de 1 de diciembre de 2004, FJ 18.º; y SAP de Barcelona de 9 de febrero de 2005, FJ 8.º. También SSTs de 13 de marzo de 2000 y de 29 de diciembre de 2006.

²⁴ SAP de La Rioja de 30 de diciembre de 2004.

ción de vinculación a un código de conducta que posteriormente se incumple es una modalidad de «alegación falsa». Esta fue, en efecto, la premisa de la que partió la Comisión, para introducir el supuesto en cuestión dentro del artículo 6 de la Directiva, tal y como se pone de relieve en la declaración del Comisario Byrne: «Cuando una empresa declara su adhesión a un código, hace nacer expectativas legítimas. Si la empresa no cumpliera el compromiso firme recogido en el código, su comportamiento será considerado como una alegación falsa y, por tanto, práctica desleal en virtud de la directiva marco»²⁵.

De este modo, encuadrada la conducta dentro del *acto de engaño*, este se configura como el ilícito concurrencial dirigido frente al consumidor por antonomasia, al constituirse como agresión a la libertad material de decisión de los consumidores, si bien, el acto de engaño se califica como desleal no solo cuando quien es inducido a error es un consumidor final, sino también cuando su destinatario sea un operador profesional.

Por tanto, para que la conducta se reputa como desleal no es necesario que se produzca un eventual perjuicio que el acto pudiera suponer para el competidor, sino que basta con que el consumidor o destinatario haya sido o pudiera haber sido inducido a error sobre algún extremo determinante de su decisión económica en el mercado, aunque no se desprenda ningún perjuicio para los competidores.

No obstante, los intereses de los competidores quedan asimismo tutelados de forma indirecta, puesto que el objeto de la represión de este ilícito se basa en que las decisiones de los destinatarios se formen a partir de una representación cierta de la realidad.

Por otra parte, la construcción de este ilícito responde también a una finalidad de tutela del interés general, en tanto que la introducción del concepto mismo de «consumidor» como elemento esencial del mercado, cuyas preferencias y decisiones determinan el éxito de unos competidores frente a otros, se orienta a conseguir, mediante la salvaguarda de la transparencia, un funcionamiento eficiente del mercado, como uno de los fines fundamentales del Derecho contra la competencia desleal.

En este sentido, parece coherente la relación que establece la LCD entre el acto de engaño y la corrección y exactitud del contenido de la comunicación difundida, aunque el elemento que determina el engaño no es la inexactitud o la falsedad, sino el error que esa comunicación difundida provoca en el destinatario, de tal manera que este cambie su decisión de mercado, influyendo en la formación de su voluntad. Este efecto se produce tanto por difundir afirmaciones falsas como también por otras que son objetivamente exactas o correctas, pero que igualmente inducen a error, o incluso por la ocultación de cierta información, que integra el engaño por omisión.

²⁵ Vid. Fernández Neira (2003, p. 4).

En el supuesto en cuestión, la inducción al error viene dada por la discrepancia entre la manifestación del empresario o profesional, en una práctica comercial, sobre su adhesión a un código de conducta, comprometiéndose así a observar las normas que forman su contenido obligacional, con su efectiva conducta contraria al sometimiento a dichas normas, lo cual frustra las expectativas de los destinatarios de aquella práctica comercial, que esperaban de este una actuación conforme a lo manifestado.

Puede afirmarse así, que se trata de una modalidad de afirmación falsa, si bien es posible que el ilícito se verifique también en caso de una afirmación correcta con ocultación de cierta información o que se haya hecho con alguna salvedad indebidamente determinada, y según el incumplimiento particular de la obligación prevista en el código de conducta que se incumple. En efecto, puede darse el caso que quien afirme la vinculación al código se reserve el cumplimiento de ciertas normas contenidas en el mismo que considera que no le afectan, por ejemplo, sin especificarlo explícitamente, cuando sus destinatarios esperan el cumplimiento íntegro.

Pero para que el incumplimiento sea castigado como acto de engaño será en cualquier caso preciso comprobar si, a la vista del contexto fáctico, la indicación de la vinculación incumplida tiene la aptitud necesaria como para distorsionar significativamente el comportamiento de los destinatarios en el concreto caso. Se trata de verificar si la expectativa de cumplimiento del código de conducta generada en los destinatarios pudo determinar su comportamiento económico. Dicho extremo solo se podrá comprobar una vez realizada la conducta incumplidora, consistiendo así en un juicio retrospectivo sobre lo que habría hecho el destinatario si el empresario o profesional no hubiera comunicado su vinculación al código de conducta. De esta manera puede concluirse que este acto de engaño carece de la naturaleza de ilícito de peligro propia de los actos de competencia desleal en general.

La distorsión significativa del comportamiento del destinatario se refiere a la merma de su capacidad de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, de modo que pueda tomar una decisión que de otro modo no habría tomado. Implica la interferencia en el proceso racional de toma de decisiones de mercado, de modo que se produce una discrepancia entre la realidad de las cosas y la representación de la misma que se hace el destinatario. Así se justifica este acto de competencia desleal desde las bases del reproche de deslealtad tradicional de los actos de engaño, como he puesto de manifiesto al referirme a la conducta relevante.

El comportamiento económico relevante, susceptible de ser distorsionado de manera significativa, de tal forma que determine la deslealtad del incumplimiento en cuestión, comprende desde la selección de la oferta hasta el ejercicio de los derechos contractuales que resulten de una operación comercial realizada con el empresario o profesional incumplidor, la propia contratación o la ejecución de las obligaciones derivadas del contrato. La novedad del artículo 5.2 de la LCD reside en determinar que la vinculación a un código de conducta es un extremo relevante a la hora de definir el comportamiento económico, de tal manera que una falsa representación de la realidad de dicho extremo determina un engaño, y, por consiguiente, el reproche de deslealtad.

3. VIOLACIÓN DE NORMAS

La violación de normas como acto de competencia desleal, al tratar de la existencia de una conducta infractora, considero que contiene un esquema válido para determinar las consecuencias de la violación de las normas que son objeto de un código de conducta.

Si bien es cierto que las normas contenidas en un código de conducta, en cuanto dimanantes de la voluntad de las partes adheridas al mismo, y por ende de naturaleza eminentemente contractual, no son normas jurídicas en el sentido al que se refiere el artículo 15 de la LCD, al carecer del alcance general que caracteriza a estas, sin embargo, el reproche de deslealtad en el que se fundamenta dicho precepto es perfectamente válido para la aplicación al supuesto objeto de estudio.

La doctrina ha venido señalando que «no son normas jurídicas en el sentido del artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal las obligaciones nacidas del contrato, ni las establecidas entre partes en el cuerpo del contrato», puesto que «la fuerza de ley entre las partes contratantes que el artículo 1.091 del Código Civil atribuye a las obligaciones nacidas del contrato, en efecto, no hace de las mismas una norma de alcance general, tal y como se requiere en este ámbito»²⁶. En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia²⁷, señalando que «la infracción de normas jurídicas que contempla dicho precepto legal va referida a aquellas que gozan de alcance general, no a las obligaciones que puedan resultar de un contrato cuya fuerza de ley opera entre las partes»²⁸.

²⁶ Massaguer Fuentes (1999, p. 436).

²⁷ SSAP de Barcelona de 19 de julio de 1995, sobre «incumplimiento de pacto de no competencia»; Barcelona, de 1 de febrero de 1996, sobre «transitarios»; Valencia, de 19 de junio de 1996, sobre «centralita de teléfonos»; Badajoz, de 12 de enero de 1999, sobre «incumplimiento de Estatutos de Comunidad de Bienes»; y Madrid, de 17 de julio de 2008.

²⁸ AAP de Madrid (Sección 28.^a) 39/2011, de 4 de marzo, que trata sobre la cuestión con ocasión de la alegación de la apelante de que la contraparte habría obtenido una posición más ventajosa mediante la infracción de derechos contemplados en la Ley Orgánica 1/1982, en concreto por la utilización del nombre y la imagen de unas personas (en este caso de determinados jugadores de fútbol) para fines comerciales, cuya exclusiva habría contratado la demandante, y que el tribunal resuelve haciendo la siguiente reflexión: «Tal planteamiento desborda, sin embargo, el ámbito del citado artículo 15.1 de la LCD. En primer lugar, porque la infracción de normas jurídicas que contempla dicho precepto legal va referida a aquellas que gozan de alcance general, no a las obligaciones que puedan resultar de un contrato cuya fuerza de ley opera entre las partes (art. 1091 del C. Civil), de modo que no queda comprendido en dicho precepto competencial la trasgresión por terceros de derechos que puedan emanar de un simple acuerdo convencional de concesión de una exclusiva, como sería el caso alegado por la solicitante. Y, en segundo término, porque tampoco quedan comprendidos en el ámbito de protección del artículo 15 de la LCD aquellas pretendidas infracciones que pudieran afectar a preceptos legales que determinan el contenido y ámbito de los derechos subjetivos conferidos por el ordenamiento jurídico a los particulares, entre los que la doctrina (Massaguer, Alfaro, Soler Masota), como ya citábamos en la sentencia de esta sección 28.^a de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de julio de 2008) hace especial alusión a los derechos de la personalidad y, significadamente, al derecho a la propia imagen; la defensa ante la violación de tal derecho subjetivo,

Sin embargo, el fundamento por el que se justifica la exclusión de las obligaciones nacidas del contrato, como normas carentes de alcance general, al ser únicamente *lex privata inter partes*, como puede observarse, no se basa en el hecho de ser normas que dimanen de la autonomía de la voluntad de las partes, sino en la ausencia de consecuencias sobre la estructura y formación de las relaciones económicas en el mercado, de tal forma que si esas normas de naturaleza contractual proyectaran sus efectos sobre el mercado en el sentido indicado, utilizando *a sensu contrario* el mismo argumento, quedaría justificada la apreciación del ilícito de deslealtad por infracción de normas.

Así pues, teniendo en cuenta la configuración propia de los códigos de conducta, como una figura contractual *sui generis*, cuyo incumplimiento por parte de los empresarios o profesionales adheridos no solo tiene efectos *inter partes*, sino que estos se despliegan sobre la estructura y formación de la oferta y la demanda en el mercado, considero que la exclusión del ámbito de aplicación del artículo 15 de la LCD a las obligaciones nacidas del contrato, según la fundamentación expuesta, no obsta sin embargo para la aplicación de este específico supuesto de ilícito concurrencial al caso del incumplimiento de códigos de conducta.

La violación que constituye la acción relevante consiste, desde este nuevo punto de vista, en la infracción de las normas contenidas en códigos de conducta, su incumplimiento o inobservancia, y también la defraudación de los compromisos adquiridos en virtud del código de conducta, que consiste en conseguir precisamente el resultado que la norma del código venía a prohibir amparándose en otra norma del propio código.

En cuanto a un tercero que actúe como inductor de la infracción, distinto al infractor material, deberá asimismo responder, en tanto que beneficiario inmediato del incumplimiento de lo ordenado por el código. El reproche de deslealtad se justifica en este supuesto por el hecho de que ese tercero está variando su estrategia competitiva o modificación en su favor una situación de competencia, derivada de la observancia de las disposiciones del código de conducta por parte de otro, que le resultaba molesta. Este tercero inductor puede ser también otro empresario adherido al código de conducta o bien independiente del mismo.

en la medida en que afecta de modo directo a la esfera individual de su titular (porque el poder que el ordenamiento le atribuye es de carácter disponible) solo incumbe a este y, en concreto, la protección jurídico-civil del derecho a la propia imagen ante cualquier utilización publicitaria, comercial o de naturaleza análoga de la misma (art. 7.6 de la LO 1/1982) tiene su cauce específico de protección; una infracción de esa índole (del derecho a la imagen o del nombre de los futbolistas), en la medida en que no cabe hablar de trasgresión si su titular tolerase la injerencia de otro, carece de consecuencias sobre la estructura y formación de las relaciones económicas en el mercado que justificarían la apreciación del ilícito de deslealtad por infracción de normas; el perjuicio que pudiera resultar para alguien como consecuencia de una actitud tolerante del titular del derecho hacia el infractor, por la discriminación que conllevaría sobre el que obtuvo autorización, comportaría la posibilidad de dirigirse a él para que reaccionase frente a ello o cumplierse los compromisos contractuales que hubiese podido contraer al respecto, lo que nos situaría al margen del ámbito propio de la competencia desleal, que es el que aquí nos ocupa».

En este último supuesto, cabría, pues, la posibilidad de sancionar por el incumplimiento de un código de conducta a un tercero ajeno al sistema de autorregulación en cuestión, lo cual podría ser tildado de un excesivo celo en cuanto a la protección que se pretende otorgar a estos sistemas. Sin embargo, la represión de esta conducta en particular excede del ámbito del artículo 15 de la LCD, por lo que a diferencia de la inducción a la infracción de una norma jurídica tradicional, de carácter general, en que basta con aplicar dicho precepto, para el caso de la inducción a la infracción de un código de conducta habrá que recurrir a la cláusula general del artículo 4 de la LCD. Esta conclusión se justifica en el hecho de que si bien la infracción de un código de conducta es equiparable a la violación de normas en cuanto a la aplicación del artículo 15 de la LCD, por los efectos que conlleva sobre la estructura y la formación de las relaciones económicas en el mercado, el reproche de deslealtad no puede extenderse a más sujetos que los que están adheridos al código, puesto que de aquel que fuera ajeno al sistema de autorregulación, no puede presumirse que conociera las normas del código en cuestión, por lo que aunque indujera a uno de los adheridos al código para incumplirlo, la conducta no podría ser castigada directamente a través del artículo 15 de la LCD. No obstante, en tanto que inductor de la infracción y beneficiario del incumplimiento, su conducta será en todo caso susceptible de ser reprimida, como contraria a las exigencias de la buena fe, en aplicación de la cláusula general del artículo 4 de la LCD, siempre y cuando la violación del código de conducta haya sido presupuesto necesario para la mejora de la posición competitiva del tercero y se compruebe la existencia de una relación de causalidad directa entre ambas, derivada de la actividad del sujeto beneficiario de la infracción consistente en la inducción a la infracción de la norma contenida en el código de conducta al que está adherido el infractor.

No obstante, en caso de que el tercero inductor sea otro empresario también adherido al sistema de autorregulación, la represión de esta conducta no implica la aplicación del artículo 4 de la LCD, puesto que el que induce a incumplir conoce de la misma manera que el infractor material el contenido del código de conducta objeto de infracción, de forma que el supuesto se configura de forma idéntica a la aplicación general del artículo 15 de la LCD, entendiéndose, pues, que el particular supuesto de hecho del artículo 15 de la LCD, en cualquiera de sus dos apartados, no solo tiene lugar cuando el infractor experimenta directamente una mejora de su propia posición competitiva, sino también cuando la violación del código de conducta haya sido presupuesto necesario para la mejora de la posición competitiva de un tercero también adherido a dicho código y quepa comprobar una relación de causalidad directa entre ambas, derivada de la actividad del sujeto beneficiario de la infracción.

Por otra parte, en cuanto al concepto de «norma» que utiliza el artículo 15 de la LCD, en primer lugar, ha de advertirse que emplea términos distintos para identificar las normas a que se refiere la violación desleal. El título se refiere a «normas», el primer apartado indica infracción de las «leyes», y el segundo apartado se considera la infracción de «normas jurídicas». No obstante, la doctrina ha entendido que en este ámbito la deslealtad no reside en un dato formal, como es el hecho de que una disposición normativa haya sido conculcada, sino en un dato de evidente naturaleza material, como es el prevalerse de una ventaja competitiva significativa adquirida a

través de la violación de una norma²⁹. La interpretación unitaria de todos los términos y expresiones del artículo 15 de la LCD viene respaldada por evidentes razones de coherencia sistemática, como evidencia el hecho de que el término «leyes», en minúscula, se introdujo con el propósito de incluir como deslealtad la infracción de lo dispuesto en decretos, órdenes ministeriales, ordenanzas municipales, etc³⁰. En este mismo sentido J. Alfaro³¹ entiende que «los términos "leyes" (art. 15.1 LCD) y "normas jurídicas" (art. 15.2 LCD) deben considerarse sinónimos y con el significado de "norma vinculante jurídicamente"»³².

J. Massaguer, por su parte, admite que entren dentro del concepto de «norma» del artículo 15 de la LCD «los estatutos generales y particulares de las corporaciones profesionales»³³, y más adelante, remitiéndose a J. Alfaro³⁴, considera que «deben igualmente considerarse normas jurídicas aquellos otros deberes impuestos por estas disposiciones que constituyen simplemente cargas, es decir, deberes cuyo incumplimiento genera solamente un perjuicio para el incumplidor, en la medida en que la imposición de los mismos responde a la protección de los intereses de terceros, generalmente en posición más débil y, por tanto, encauza la forma de llevar a cabo las relaciones con terceros en el mercado».

Las anteriores interpretaciones sirven asimismo como argumento para defender la justificación de que en tal concepto de «normas» pueden incluirse también las normas contenidas en códigos de conducta³⁵, tanto por la semejanza de estos con los referidos estatutos de las corporaciones profesionales, en los que, en buena parte, se han inspirado en su origen, como por la eminente finalidad de la autorregulación de protección de los intereses de terceros en posición más débil.

²⁹ Massaguer Fuentes (1999, p. 435).

³⁰ Vid. Sánchez Solé (1995, p. 801), donde afirma que «del examen del proceso de elaboración de la Ley de Competencia Desleal parece desprenderse la necesidad de ampliar el término utilizado por el artículo 15.I de la Ley de Competencia Desleal, al objeto de que englobe incluso las normas de rango inferior a los Decretos, lo que nos llevaría a la conclusión de que ambos apartados del artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal hacen referencia a normas jurídicas, sin distinción de rangos».

³¹ Alfaro Águila-Real (1991, p. 715).

³² Advirtiendo de la posición en contra que, aparentemente, mantiene Vicent Chuliá (1981, p. 1.080).

³³ Massaguer Fuentes (1999, p. 435).

³⁴ Alfaro Águila-Real (1991, pp. 713-714).

³⁵ Ha de señalarse en este punto, como argumento a favor de la interpretación que se defiende, la caracterización de los códigos de conducta como «contratos normativos», según la noción manejada por Soro Russell (2014). Si bien no se asume aquí la tesis esgrimida por el autor citado, por entender que la noción que se ofrece acerca del concepto de «contrato normativo», como *norma superior* dentro de un conjunto contractual en el que se integrarían asimismo los contratos de aplicación, como *normas inferiores*, formando así una suerte de «ordenamiento jurídico contractual», no llega a ajustarse a la que se mantiene en el presente trabajo, sin duda constituye una visión diferente que sirve asimismo para defender la exégesis expuesta sobre la aplicación del artículo 15 de la LCD al supuesto de la violación de un código de conducta.

4. EXPLOTACIÓN DE LA REPUTACIÓN AJENA

La ilicitud de la conducta del acto de explotación de la reputación ajena se funda en el recurso a la fama o reputación ajenas para presentar la propia oferta en el mercado y atraer así a la clientela. La conducta produce dos efectos respecto del sujeto pasivo: por una parte, el expolio del esfuerzo de un tercero, que en los casos relacionados con códigos de conducta puede ser la institución que establece el código y todos los empresarios o profesionales adheridos, al mismo tiempo que la obstaculización de su actividad, puesto que, al utilizar indebidamente el código de conducta, se está influyendo negativamente en la oferta de los demás adherentes legitimados para su uso.

En cuanto al expolio del esfuerzo ajeno, el acto de aprovechamiento de la reputación ajena conlleva la apropiación ilegítima de lo que viene a ser el resultado de ese esfuerzo en tanto surgimiento y mantenimiento de una reputación que es fruto de determinadas estrategias que han requerido importantes inversiones en costes y tiempo, por lo que supone la usurpación de la ventaja competitiva ganada por un tercero a la que no tiene acceso la generalidad de los operadores del mercado. Por otra parte, el mismo acto obstaculiza al tercero afectado el normal desenvolvimiento de su actividad empresarial, así como el pacífico disfrute de las oportunidades de negocio que procura su reputación en el mercado en que opera, y puede llegar incluso a perder su fama como consecuencia de la usurpación y prevalencia por otro para entrar en otros segmentos del mercado.

La explotación de la reputación ajena, además de constituir tradicionalmente un destacado ejemplo de deslealtad contra los competidores, combina también otros ilícitos relacionados con consumidores, como se ha puesto de manifiesto, en el caso en que pueda producirse el fraude de sus expectativas, como los actos de engaño y de confusión, y especialmente con la conducta tipificada en el artículo 21 de la LCD, en cuanto a prácticas engañosas con consumidores.

En cuanto a la inclusión del aprovechamiento indebido de la reputación ajena entre las circunstancias determinantes de la deslealtad en los actos de imitación (art. 11 LCD), que implica la tipificación dual de lo que aparentemente es un mismo ilícito, ha de entenderse teniendo en cuenta que cada uno de estos tipos posee un distinto ámbito objetivo. Así pues, la imitación desleal se refiere a los supuestos en los que el aprovechamiento de la reputación ajena deriva de la reproducción de prestaciones, mientras que el artículo 12 de la LCD viene a comprender aquellas conductas que consisten en el empleo de signos distintivos ajenos de cualquier clase que sean, bien marcas, nombres comerciales, denominaciones de origen, indicaciones de procedencia, sellos de confianza o, en definitiva, los distintivos propios de la pertenencia a un sistema de autorregulación.

La deslealtad no radica en la valía del propio signo o denominación ni en la mera invasión de un supuesto espacio de disfrute exclusivo reservado a su titular, pues si bien la utilización del distintivo está reservada exclusivamente a productos o servicios que respondan a las condiciones fijadas en el correspondiente reglamento o código de conducta, en su caso, esta posi-

bilidad de uso no reporta a los legitimados la explotación autónoma del distintivo en cuestión ni les faculta para conceder licencias de explotación a terceros. El reproche de deslealtad no constituye así, en este sentido, una suerte de protección de las propias prestaciones, entendida la reputación como prestación.

La acción relevante se define así, básicamente, por su resultado, efectivo o posible, de aprovechamiento indebido de las ventajas de la reputación adquirida por un tercero en el mercado, bien sea de su reputación industrial, comercial o profesional. Si bien la LCD ejemplifica los casos de empleo de signos distintivos ajenos y denominaciones de origen falsas, la acción relevante comprende asimismo todo acto que se revele adecuado para producir el resultado referido.

Los términos fundamentales de la definición de este ilícito son el de «empleo», y la expresión «signos distintivos», que deben entenderse en sentido amplio, significando «empleo» cualquier clase de utilización de signos distintivos ajenos, y «signos distintivos» cualesquiera que se utilizan para indicar la procedencia empresarial o geográfica del producto, servicio, actividad o establecimiento, en cuanto a su pertenencia a un sistema de autorregulación, así como otros utilizados en la ornamentación de los productos, en la publicidad o en otras modalidades de promoción, aun cuando el tercero se valga además de sus propios signos distintivos. Así pues, «signo distintivo» se entiende como categoría genérica, comprendiendo todos los elementos o medios idóneos para transmitir al consumidor informaciones de interés acerca de las actividades, prestaciones o establecimientos.

Esa información de interés puede referirse a varias cuestiones, y se considera en cada caso para establecer y organizar su protección jurídica. Así pues, dicha información puede venir referida al origen empresarial de los productos o servicios, actividades y establecimientos, correspondiendo a marcas, nombres comerciales o rótulos; también puede referirse a la procedencia geográfica de los productos, indicando la influencia que posee el medio natural o las materias primas y métodos de elaboración, en cuanto a sus características y calidad, en cuyo caso corresponde a denominaciones geográficas, que a su vez pueden tratarse de denominaciones de origen o indicaciones de procedencia, como algunas denominaciones específicas de productos alimenticios o ciertas denominaciones de calidad; o bien puede referirse solo a la calidad del producto, cuando es debida al empleo de determinados métodos, en el caso de las denominaciones genéricas de productos alimenticios o ciertas denominaciones de calidad. Sin embargo, la protección de estas funciones básicas y típicas de los signos distintivos no entra en el ámbito de la explotación de la reputación ajena, sino a través de la represión de la confusión y el engaño.

El empleo de signos distintivos no entra, pues, en la órbita de la explotación de la reputación ajena por razón de la interferencia en la normal transmisión de la información que les es propia, en el ordinario cumplimiento de su función básica y típica³⁶.

³⁶ SAP de Madrid de 13 de diciembre de 1994, sobre «catálogos de muebles de cocina», y SAP de Málaga de 3 de junio de 1997, sobre «perfumes de Chanel».

Desde el punto de vista de la explotación de la reputación ajena, los contenidos informativos encerrados en los signos distintivos no son, pues, ni los propios de una especie de signo distintivo ni necesariamente tampoco los desarrollados por todos y cada uno de los distintivos que se usan en el tráfico, pues su protección se basa bien en la Ley de Marcas, o bien a través de los ilícitos concurrenciales de confusión y engaño. Puede afirmarse, por tanto, que los signos distintivos cobran interés en este contexto en cuanto que son elementos idóneos para condensar la reputación, el buen nombre o la fama de quien los emplea, de sus actividades, prestaciones o establecimientos, cualquiera que fuere la razón u origen de la imagen (calidad, moda, etc.) y para transmitir esta información al público, pues no se trata de la explotación ilícita de una marca, sino como establece el artículo 12 de la LCD, de un acto de aprovechamiento indebido, en beneficio propio, de las ventajas de la reputación industrial o comercial adquirida por otro en el mercado, para obtener un parasitario lucro.

En conexión con lo expuesto anteriormente en cuanto a la caracterización de los sistemas de autorregulación como complemento del ordenamiento jurídico, al comprometerse todos los miembros adheridos a observar las determinadas normas que contiene el código de conducta, y su consiguiente función diferenciadora para esos concretos operadores que voluntariamente se adhieren al sistema frente a los demás que tan solo están sometidos a las normas jurídicas tradicionales, y entendiéndose esa peculiaridad o diferenciación como elemento distintivo, de manera análoga a como el artículo 12 de la LCD se refiere concretamente al empleo de signos distintivos ajenos o denominaciones de origen falsas, ha de considerarse igualmente la utilización indebida de los sistemas de autorregulación como aprovechamiento de la reputación ajena.

Puede considerarse que el aprovechamiento indebido es del propio sistema de autorregulación, haciendo referencia directamente al mismo simulando una relación con el mismo de la cual se carece, o bien del signo característico que usan los operadores adheridos al mismo, que suele denominarse como sello de calidad o confianza, o un elemento distintivo similar.

No obstante, no todo acto que aproveche la reputación ajena constituye un acto de competencia desleal, sino solo aquel que, atendiendo a las circunstancias concurrentes, pueda reputarse indebido. Siguiendo los criterios generales de enjuiciamiento propuestos por Massaguer³⁷, han de basarse en reglas comparativas según las variantes que presentan las actuaciones de los agentes económicos, atendándose así a la reputación del signo, su implantación, el esfuerzo realizado para propiciar su reputación, la proximidad competitiva y el aprovechamiento indebido.

En cuanto a la reputación, referida a su intensidad, fama o buen nombre que atesora y transmite el elemento distintivo al público de los consumidores (calidad, gustos, modas, originalidad, etc.), se valorará el prestigio en cuanto capacidad de atracción de la clientela, así como la posibilidad de que la utilización del elemento distintivo implique la asociación de la fama o buen nombre

³⁷ Massaguer Fuentes (1999, pp. 369 y ss.).

a la actividad, prestaciones o establecimiento del que lo emplea indebidamente. Por tanto, cuanto más intensa sea la fama o buen nombre, mayor probabilidad existirá de obtener dicho resultado ilícito. En los sistemas de autorregulación, dicha fama o buen nombre viene dado generalmente por el contenido específico de las normas del código de conducta, que pueden encaminarse específicamente a obtener esa reputación al ofrecer siempre al destinatario un plus o beneficio frente a todos aquellos otros empresarios que no están adheridos al código. La reputación viene dada aquí, pues, por el compromiso de observancia de las reglas establecidas en el código de conducta. En este sentido cobran especial relevancia aquellos sistemas de autorregulación aprobados o refrendados por una institución o Administración pública³⁸, en los cuales este elemento de la reputación se evidencia aún mucho más, pues a la reputación del sistema de autorregulación en sí mismo considerado se une la fama o buen nombre de la institución que lo refrenda.

Otro elemento fundamental para la que la utilización de la vinculación al sistema de autorregulación o de sus signos distintivos pueda ser considerada como explotación de reputación ajena es la implantación del signo o el sistema en cuestión en el mercado, o en cualquier caso su notoriedad entre el círculo de destinatarios de las actividades, prestaciones o establecimientos promocionados. Este elemento es tan importante que sin la debida implantación no puede existir posibilidad de explotación de la reputación ajena. El grado mínimo de implantación se considera en el reconocimiento del signo (sello de calidad o confianza) o del contenido del código de conducta que los miembros adheridos al sistema autorregulatorio se comprometen a observar, y en la asociación de fama o buen nombre, de manera uniforme, por la mayoría de los destinatarios de la actividad, prestaciones o establecimientos de los miembros que no estuvieran adheridos. Como es obvio, tanto mayor será el riesgo de explotación de una reputación ajena cuanto más amplia sea la implantación del signo empleado en el mercado. Respecto a este elemento, en tanto que los sistemas de autorregulación se encuentran en pleno proceso de asentamiento en el mercado y pese a la promoción que se viene haciendo de ellos en los últimos años aún no pueden considerarse habituales en el tráfico jurídico, deberá considerarse su implantación teniendo en cuenta estas circunstancias. No obstante, existen ejemplos como el de la Asociación Autocontrol, que con más de dos décadas de existencia, puede considerarse que tienen una implantación lo suficientemente importante, en cuanto a su notoriedad entre el círculo de destinatarios, en el sector de la publicidad, que desde luego traspasa el umbral que posibilita la explotación de la reputación ajena.

Asimismo, junto con los dos presupuestos anteriores, debe tenerse en cuenta, como elemento adicional, el del esfuerzo realizado para propiciar la reputación. A mayor grado de esfuerzo y de inversiones realizadas para propiciar el prestigio y reputación del signo con mayor probabilidad concurrirá un aprovechamiento indebido. Respecto a este elemento, en los sistemas de autorregulación habrán de valorarse específicamente las inversiones o esfuerzos realizados por los empresarios o profesionales que han decidido adherirse al código de conducta, que en muchas

³⁸ *V. gr.* el Código de Buenas Prácticas Mercantiles en la Contratación Alimentaria, promovido por el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, y publicado en el BOE de 18 de diciembre de 2015.

ocasiones podrán suponer fuertes desembolsos, sobre todo en aquellos códigos de conducta que se establezcan unos determinados estándares de calidad respecto de los productos que se ofrecen o los procesos utilizados en la producción, por ejemplo, teniendo en cuenta que siempre van a tener un grado de exigencia mayor que el resto de los competidores no adheridos.

En cuanto a la proximidad competitiva, es evidente que cuanto más próximas estén las áreas de actividad del titular del signo y las de aquel que lo utiliza, mayor es el riesgo de apropiación de la reputación ajena. En los casos de los signos de calidad o confianza propios de los sistemas de autorregulación, en tanto que los mismos se exhiben junto al signo distintivo propio del operador adherido al sistema, se trata de un supuesto similar a lo que ocurre con las marcas de garantía. En cualquier caso, el riesgo aumentará tratándose de códigos de conducta sectoriales, relativos a una determinada actividad o producto, por ejemplo, respecto de aquellos que regulan relaciones entre todos los operadores del sistema productivo, como el Código de Buenas Prácticas Mercantiles en la Contratación Alimentaria que se ha mencionado anteriormente. No obstante, sobre todo en supuestos de signos asociados a productos o servicios de lujo y prestigio, la distancia competitiva suele ser mayor, ya que la apropiación de la reputación no presupone la homogeneidad del grupo de consumidores al que se dirigen el titular de los signos reputados y el tercero no autorizado, quien tendrá un especial interés en la posibilidad de entrar en un sector del mercado distinto al que tradicionalmente se dirigían aquellos signos, coincidiendo con el riesgo de que las expectativas de imagen del destinatario tradicional se vean defraudadas.

Por último, el aprovechamiento indebido se refiere a la ilegitimidad de la conducta enjuiciada, que supone la exclusión de aquellas conductas que estuvieran admitidas por el ordenamiento, o, en particular, por el sistema de autorregulación en cuestión, para lo cual es requisito general e ineludible el hecho de estar adherido al mismo. Especialmente se excluyen de represión aquellos actos de utilización de un signo que no constituyan un acto de violación del correspondiente derecho de exclusiva, cuando se asume y tolera el posible aprovechamiento de la reputación, como ocurre con el agotamiento del derecho de marca (art. 32 de la Ley de Marcas), de manera que la inclusión de la explotación de la reputación ajena entre los actos de competencia desleal no puede servir para ampliar el alcance de la protección jurídica otorgada a las marcas, así por ejemplo, en la publicidad relativa a los productos ofrecidos en un establecimiento, a salvo de otros supuestos especiales, como la distribución selectiva.

En cualquier caso, en lo que se refiere a los supuestos relacionados con códigos de conducta, la ilegitimidad del aprovechamiento indebido de la reputación del sistema de autorregulación se corresponde necesariamente con el hecho de no estar adherido al mismo, pues no cabiendo en este supuesto la posibilidad de autorización, en tanto que el acto de adhesión se eleva a la categoría de constitutivo para todo aquel empresario o profesional que desee vincularse al sistema en cuestión, carecerá de legitimación para utilizar el signo (sello de confianza o calidad) todo el que no se haya adherido al mismo.

Se plantea, aun así, la posibilidad de que quien estando adherido y haya obtenido debidamente la autorización para utilizar el signo o la mención como tal miembro adherido pueda asimismo

incurrir en un aprovechamiento de la reputación ajena en caso de que incumpla los compromisos asumidos en virtud del código de conducta, supuesto que se analizará más adelante.

Además del incumplimiento de los compromisos asumidos en virtud de la adhesión a un código de conducta, la ley prevé otros supuestos relacionados con códigos de conducta que asimismo califica como desleales. Estos supuestos se hallan enmarcados dentro de las denominadas prácticas comerciales con los consumidores y usuarios, y como resulta de los artículos 19.2 y 21 de la LCD, se caracterizan todas ellas por la falsedad de las afirmaciones realizadas por el empresario o profesional, en las conductas relativas a la promoción, venta o suministro de un producto o servicio a consumidores, por lo que se califican como prácticas comerciales engañosas.

Estos supuestos, cuya previsión se ciñe en la LCD exclusivamente a prácticas comerciales realizadas con consumidores o usuarios, se consideran desleales, «en todo caso y en cualquier circunstancia»³⁹, por lo que para determinar la deslealtad basta con corroborar únicamente la existencia de los elementos indicados en el artículo 21 de la LCD, sin que sea necesario considerar la inducción a error de los consumidores, ni si el error es relevante y adecuado para distorsionar su comportamiento económico. Es decir, se trata de actos desleales *per se*, que la ley constriñe a los supuestos realizados en prácticas comerciales con consumidores y usuarios, y que coinciden con los indicados en el Anexo I de la Directiva 2005/29/CE.

Se trata de aquellas prácticas comerciales engañosas consistentes en afirmar, sin ser cierto, que el empresario o profesional está adherido a un código de conducta (art. 21.1 a) LCD), que un código de conducta ha recibido el refrendo de un organismo público o cualquier otro tipo de acreditación (art. 21.1 b) LCD), y la exhibición de un sello de confianza o de calidad o de un distintivo equivalente, sin haber obtenido la necesaria autorización (art. 21.2 LCD).

Los tres supuestos indicados se considerarán, según lo expuesto, como desleales, por la mera constatación de las propias conductas descritas, pero según la previsión actual de la ley, ello solo tendrá lugar cuando se cometan con ocasión de una práctica comercial con consumidores o usuarios, por lo que resulta obligado plantearse cuál debe ser el tratamiento que se dará a tales conductas cuando las mismas no se realicen en el seno de una práctica comercial con consumidores o usuarios.

Del análisis de las tres conductas, se deduce que todas ellas tienen en común, además del elemento de la falsedad de la manifestación realizada, el intento de presentarse en el mercado revestido de una reputación de la que carece, bien sea usurpando la buena fama generada por un sistema de autorregulación al que se es ajeno, cuando se manifiesta falsamente la adhesión al mismo o se exhibe un sello de confianza o de calidad o distintivo equivalente sin estar autorizado, o irrogándose el prestigio o la garantía que puede suponer en el mercado aparecer refrendado por un organismo público o de cualquier otro modo acreditado. Por tanto, la esencia de la desleal-

³⁹ Artículo 19.2 de la LCD.

tad de estos tres supuestos, más allá de la previsión de la ley y su ubicación dentro de las prácticas comerciales con consumidores y usuarios, reside en la explotación de la reputación ajena.

El supuesto de incumplimiento de códigos de conducta, examinado ya desde la óptica del acto de engaño, puede ser castigado, no obstante, cuando no reúna los requisitos propios del acto de engaño, como explotación de la reputación ajena. No se castiga el incumplimiento en sí mismo considerado, sino el hecho de usurpar el buen nombre y prestigio del que pueda gozar un determinado sistema de autorregulación al que está adherido el que incumple.

La nota de aprovechamiento de lo ajeno, que adquiere especificidad en el término legal de «reputación», se verifica en este caso con la existencia de una reputación industrial, comercial o profesional, que ha de venir dada por el propio sistema de autorregulación, por lo que se requiere que el mismo goce de una cierta implantación en el mercado. En efecto, el término legal «reputación», que comprende los de fama, renombre, crédito, prestigio, *goodwill* o buen nombre comercial⁴⁰, queda constituido en este caso por aquel que posee el sistema de autorregulación cuyas normas quedan establecidas en forma de código de conducta. Dado que una de las notas fundamentales de todo sistema de autorregulación viene determinada precisamente por su finalidad de que los operadores adheridos al mismo sean distinguidos en el mercado, bien sea por la especialidad de los productos o servicios que ofrecen o bien por los especiales compromisos que han adquirido todos ellos desde el momento en que se adhieren al mismo, de observar las normas contenidas en el código de conducta, queda plenamente justificada la presencia de este elemento reputacional, como *goodwill*, del que se benefician todos los operadores adheridos al código.

La conducta que se califica como desleal ha de suponer un comportamiento determinado para aprovecharse de las ventajas de la reputación ajena, que necesariamente consistirá en la utilización de elementos o medios de identificación o presentación de los productos, de la actividad, del establecimiento o de las prestaciones, utilizados por los empresarios y que proporcionan información a los consumidores o destinatarios de sus productos o servicios. En este sentido, el elemento de identificación, que se recoge en el artículo 12 de la LCD bajo la expresión «signo», viene dado por cualquier referencia que el operador adherido al código de conducta manifieste externamente dando a conocer a los demás dicha condición. Especialmente significativos resultan los sellos de calidad o confianza que en la mayoría de los sistemas de autorregulación se les permite exhibir a los operadores adheridos, como signo o manifestación externa de su adhesión. Dichos sellos suelen encontrarse en lugares visibles, tanto en los establecimientos abiertos al público, como en los productos ofrecidos por los operadores adheridos.

Por tanto, si uno de esos empresarios adheridos al sistema de autorregulación, que como tal comporta un elemento reputacional constituido por el *goodwill* que constituye el propio sistema,

⁴⁰ Vid. STS núm. 746/2010 (NCJ054726), de 1 de diciembre, FJ 3.º.

y que habiendo manifestado externamente su adhesión al mismo mediante la exhibición de un sello de calidad o confianza o distintivo similar, con el consiguiente compromiso de cumplir las normas del código de conducta correspondiente a dicho sistema, incumple dicho compromiso, está obteniendo una ventaja consistente en el aprovechamiento de la reputación de otro, entendido aquí ese «otro» como todo aquel miembro adherido igualmente al sistema de autorregulación que sí cumple los compromisos adquiridos en virtud del código de conducta. Dicho aprovechamiento es indebido, puesto que, aunque el incumplidor realmente está adherido al sistema, dicha adhesión ya no es lícita desde el momento en que incumple, por lo que debe entenderse que no tiene derecho a exhibir el sello de calidad o confianza, o distintivo equivalente, que externamente lo distinga como operador adherido al sistema.

Referencias bibliográficas

- Alfaro Águila-Real, J. (1991). Competencia desleal por infracción de normas. *RDM*, 202, 667-730.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (1992). *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*. Madrid: BOE-Cámara de Comercio e Industria de Madrid.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2010). Los códigos de conducta, la autorregulación y la nueva ley de competencia desleal. En J. A. Gómez Segade y A. García Vidal (Coords.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI, Libro homenaje al Prof. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*. Madrid: Marcial Pons.
- Cavanillas Múgica, S. (2010). Códigos de conducta dirigidos a consumidores: versiones y perversiones. En A. Real Pérez (Coord.), *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Madrid: Marcial Pons.
- De Castro y Bravo, F. (1985). *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid.
- De la Cuesta Rute, J. M. (2004). Algunas reflexiones sobre el fenómeno de la autorregulación. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 94, 87-116.
- De la Cuesta Rute, J. M. (2010). La autorregulación como regulación jurídica. En A. Real Pérez (Coord.), *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*. Madrid: Marcial Pons.
- Franceschelli, R. (1973). *Trattato di Diritto industriale, Parte generale* (pp. 13 y ss.). Vol. Primo. Milán.
- Fernández Neira, C. (2003). Vientos de regulación para la autorregulación: La futura Directiva marco sobre prácticas desleales. *Autocontrol*, 74, 1-6.
- Garrigues, J. (1968). *Curso de Derecho Mercantil* (pp. 196 y ss). Madrid: Imprenta Aguirre.
- Gómez Segade, J. A. y Lema Devesa, C. (1981). La autodisciplina publicitaria en el Derecho comparado y en el Derecho español. *Actas de Derecho industrial y Derecho de autor* (pp. 38 y ss.). Tomo 7.
- Gondra Romero, J. M. (2000). *Derecho Mercantil I* (p. 70). Madrid.
- Iraculis Arregui, N. (2013). El incumplimiento de códigos de conducta como acto de competencia desleal. En A. J. Viera González (Dir.), *La reforma de los contratos de distribución comercial*. Madrid: La Ley.

- Jordano Fraga, F. (1988). Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractuales. *Studia Albornotiana*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España.
- Lema Devesa, C. (1991). La publicidad desleal: modalidades y problemas. *RGD*, 562-563.
- Lema Devesa, C. (2007). La publicidad engañosa y la exageración publicitaria. En *Problemas jurídicos de la publicidad*. Madrid: Marcial Pons.
- Lema Devesa, C. (2010). Los actos de engaño en la Ley de Competencia Desleal. En L. A. Gómez Segade y A. García Vidal, *El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa en su octogésimo cumpleaños*. Madrid: Marcial Pons.
- Martínez Sanz, F. (Dir.) (2009). *Comentario Práctico a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid: Tecnos.
- Massaguer Fuentes, J. (1990). Aproximación sistemática general al Derecho de la competencia y de los bienes inmateriales. *RGD*, 544-545.
- Massaguer Fuentes, J. (1999). *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid: Civitas.
- Massaguer Fuentes, J. (2006). *El nuevo derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales*. Cizur Menor: Thomson Civitas.
- Massaguer Fuentes, J. (2010). Aproximación a la autorregulación publicitaria. En A. Real Pérez (Coord.), *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*. Madrid: Marcial Pons.
- Massaguer Fuentes, J. (2011). Códigos de conducta y competencia desleal: aspectos sustantivos y procesales. *InDret*, Barcelona.
- Massaguer Fuentes, J. (2013). El incumplimiento de los códigos de conducta como acto de competencia desleal. En A. J. Viera González (Dir.), *La reforma de los contratos de distribución comercial*, Madrid: La Ley.
- Medina Malo de Molina, E. (2003). Comunicaciones comerciales por vía electrónica: códigos de conducta, resolución judicial y extrajudicial de conflictos. En R. Mateu de Ros y M. López-Monís Gallego (Coords.), *Derecho de Internet: La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico* (pp. 519-554). Madrid: Thomson Aranzadi.
- Montero García-Noblejas, P. (2016). *Denominaciones de Origen e Indicaciones Geográficas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Roncero Sánchez, A. (1999). *El contrato de licencia de marca* (p. 19). Madrid.
- Sánchez Solé, S. (1995). La violación de normas como acto de competencia desleal. *RGD*, 604-05, 791-810, Año LI.
- Soro Russell, O. (2010). Veinte años de resoluciones judiciales de interés civil y mercantil en materia de códigos de conducta: una repercusión todavía muy limitada. *InDret*, 2.
- Soro Russell, O. (2014). *Los contratos como fuentes de normas. Contratos marco, contratos normativos y contratos de colaboración*. Madrid: Reus.
- Tato Plaza, A. (1997). El nuevo sistema de autorregulación publicitaria en España. *Actas de Derecho industrial y Derecho de autor* (pp. 161-186). Tomo 18.
- Tato Plaza, A. (1999). La publicidad ilícita en la jurisprudencia y en la doctrina del Jurado de la Publicidad. *Asociación de Autocontrol de la Publicidad*, 27, 16 y ss.

- Tato Plaza, A. (2002). Los códigos de conducta ante el derecho de la competencia. Comentarios a la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 19 de diciembre de 2002. *Anuario de Derecho de la Competencia* (pp. 389 y ss.).
- Tato Plaza, A.; Fernández Carballo-Calero, P. y Herrera Petrus, Ch. (2010). *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*. Madrid: La Ley.
- Vázquez Ruano, T. (2015). La Autorregulación en la propuesta del Código Mercantil. En *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid.
- Vicent Chuliá, F. (1981). *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*. Valencia: Autor.
- Vicent Chuliá, F. (1993). Poderes públicos y Derecho de la competencia. *RGD*, 583, 3.313 y ss.