

MEMENTO DOSSIER  
FRANCIS LEFEBVRE

Competencia  
Desleal

ACTUALIZADO A MARZO DE 2011

Esta obra ha sido realizada  
por iniciativa de  
Ediciones Francis Lefebvre  
sobre la base de un estudio  
cedido a la Editorial por sus Autores

**Coordinadora:**

Patricia Gualde Capó

**Autores:**

Esteban Barreda Becerra  
Eduardo J. Manzanos Llorente  
Laura Sánchez Sabater  
Alicia Rueda Sánchez-Barbudo  
Patricia Gualde Capó  
Belén Alandete Sánchez  
Francisco José García Castro  
José Vicente Roldán Martínez  
Jesús Avezuela Cárcel  
Rosa Vidal Monferrer  
Raquel Molina Sanz  
Xavier Durá Soriano  
Marta Montes Jiménez  
Patricia Borrás Cebrián

**BROSETA.**  
ABOGADOS

© EDICIONES FRANCIS LEFEBVRE, S. A.

Santiago de Compostela, 100. 28035 Madrid. Teléfono: (91) 210 80 00. Fax: (91) 210 80 01

[www.efl.es](http://www.efl.es)

Precio: 78,00 € (IVA incluido)

ISBN: 978-84-15056-29-4

Depósito legal: M-12065-2011

Impreso en España

por Printing'94

Puerto Rico, 3. 28016 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

## PLAN GENERAL

	<b>Nº</b>
Capítulo 1. Finalidad .....	100
Capítulo 2. Ámbito objetivo .....	200
Capítulo 3. Ámbito subjetivo .....	300
Capítulo 4. Cláusula general .....	400
Capítulo 5. Actos de engaño .....	500
Capítulo 6. Actos de confusión .....	600
Capítulo 7. Omisiones engañosas .....	700
Capítulo 8. Prácticas agresivas .....	800
Capítulo 9. Actos de denigración .....	900
Capítulo 10. Actos de comparación .....	1000
Capítulo 11. Actos de imitación .....	1100
Capítulo 12. Explotación de la reputación ajena .....	1200
Capítulo 13. Violación de secretos .....	1300
Capítulo 14. Actos de inducción a la infracción contractual .....	1400
Capítulo 15. Actos de violación de normas .....	1500
Capítulo 16. Discriminación y dependencia económica .....	1600
Capítulo 17. Venta a pérdida .....	1700
Capítulo 18. Publicidad ilícita .....	1800
Capítulo 19. Prácticas comerciales desleales con los consumidores .....	1900
Capítulo 20. Prácticas engañosas por confusión para los consumidores .....	2000
Capítulo 21. Prácticas engañosas sobre códigos de conducta u otros distintivos de calidad .....	2100
Capítulo 22. Prácticas señuelo y prácticas comerciales engañosas .....	2200
Capítulo 23. Prácticas engañosas sobre la naturaleza y propiedades de los bienes o servicios, su disponibilidad y los servicios posventa .....	2300
Capítulo 24. Prácticas de venta piramidal .....	2400
Capítulo 25. Prácticas engañosas por confusión .....	2500
Capítulo 26. Prácticas comerciales encubiertas .....	2600
Capítulo 27. Otras prácticas engañosas .....	2700
Capítulo 28. Prácticas agresivas por coacción .....	2800
Capítulo 29. Prácticas agresivas por acoso .....	2900
Capítulo 30. Prácticas agresivas en relación con los menores .....	3000
Capítulo 31. Otras prácticas agresivas .....	3100
Capítulo 32. Acciones de competencia desleal .....	3200
Capítulo 33. Legitimación activa .....	3300
Capítulo 34. Legitimación pasiva .....	3400
Capítulo 35. Prescripción de las acciones de competencia desleal .....	3500
Capítulo 36. Diligencias preliminares y medidas cautelares .....	3600
Capítulo 37. Códigos de conducta .....	3800
Capítulo 38. Acciones frente a códigos de conducta .....	3900
Capítulo 39. Acciones previas frente a empresarios y profesionales adheridos a códigos de conducta .....	4000

### **TABLA ALFABÉTICA**

## Principales abreviaturas

<b>AP</b>	Audiencia provincial
<b>CC</b>	Código Civil
<b>CCom</b>	Código de Comercio
<b>Circ</b>	Circular
<b>Const</b>	Constitución
<b>Dir</b>	Directiva
<b>FGE</b>	Fiscalía General del Estado
<b>JM</b>	Juzgado de lo Mercantil
<b>JPI</b>	Juzgado de primera instancia
<b>L</b>	Ley
<b>LCD</b>	Ley de competencia desleal (L 3/1991)
<b>LEC</b>	Ley de enjuiciamiento civil (L 1/2000)
<b>LECr</b>	Ley de enjuiciamiento criminal
<b>RD</b>	Real decreto
<b>RDLeg</b>	Real decreto legislativo
<b>Rec</b>	Recurso
<b>Rgto</b>	Reglamento
<b>Secc</b>	Sección
<b>TCo</b>	Tribunal Constitucional
<b>TDC</b>	Tribunal de Defensa de la Competencia
<b>TJUE</b>	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
<b>TS</b>	Tribunal Supremo

**PARTE I**

**Disposiciones  
generales**

## CAPÍTULO 1

**Finalidad**

## SUMARIO

Ubicación sistemática de la Ley de competencia desleal: relaciones con la Ley de defensa de la competencia .....	112
Finalidad de la Ley de competencia desleal .....	114
Inclusión de la publicidad ilícita en los actos de competencia desleal .....	118

100

**Artículo 1. Finalidad**

Esta Ley tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita en los términos de la Ley general de publicidad.  
(redactado por L 29/2009)

**Ubicación sistemática de la Ley de competencia desleal: relaciones con la Ley de defensa de la competencia** La L 3/1991 de competencia desleal (en adelante LCD) se encuadra dentro del conjunto de normas legales que se ocupan de la **ordenación del mercado**.

112

Existen varias normas legales que regulan esta materia entre las que se encuentra, además de la LCD, la L 15/2007 de **defensa de la competencia**. Puede decirse que los objetivos de ambas normas son coincidentes, aunque desde diferentes prismas. Así, mientras que la LCD art.1 declara que el objeto de la misma es la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, la L 15/2007 pretende asegurar un buen funcionamiento del mercado o un orden concurrencial no falseado, es decir, proteger la competencia como institución. No obstante, se trata de **prismas distintos**, puesto que mientras que la L 15/2007 pretende asegurar que exista una competencia suficiente, que no se vea limitada de manera artificial o distorsionada por obstáculos no naturales, la LCD tratar de evitar una competencia excesiva o demasiado agresiva, una competencia que rebasa unos determinados límites que establece el ordenamiento por encima de los cuales la competencia se considera desleal.

La **aproximación metodológica** o las **herramientas** que ofrece una y otra norma son también diferentes. Así, la L 15/2007 aborda la protección de la competencia mediante instrumentos propios del **derecho público**: expediente sancionador, instrucción por órganos administrativos (Comisión Nacional de la Competencia), imposición de multas, autorizaciones, prohibiciones, posibilidad de recurso contencioso-administrativo, etc. Por su parte, la LCD utiliza categorías propias del **derecho privado**, puesto que los intereses tutelados son fundamentalmente particulares, concretamente los de todos los participantes en el mercado (competidores y consumidores): acciones declarativas y de condena a hacer o no hacer, indemnización de daños y perjuicios ante la jurisdicción civil, etc.

113

A pesar de estas diferencias, pueden ser perseguidos en sede de defensa de la competencia aquellos actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público, es decir que afecten a la competencia en todo o parte sustancial del mercado nacional (L 15/2007 art.3). Bajo el régimen de la anterior L 16/1989 de defensa de la competencia, el Tribunal de Defensa de la Competencia se pronunció en relación con conductas desleales que por falsear la libre competencia afectaban al interés público (L 16/1989 art.7).

**114 Finalidad de la Ley de competencia desleal** La LCD tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los **actos de competencia desleal**, incluida la publicidad ilícita en los términos de la Ley general de publicidad (L 34/1988).

Este precepto que se pronuncia sobre la finalidad de la LCD tiene una naturaleza programática y explicita la transición desde el modelo corporativo al modelo social de la disciplina de la competencia desleal.

En el **modelo corporativo**, profesional o «gremialista» de competencia desleal se consideraban desleales aquellas prácticas que resultasen contrarias a las normas de corrección y buenos usos mercantiles.

Por el contrario, en el **modelo social** de competencia desleal pasa a ser objeto de protección la propia institución de la competencia.

Así pues, conforme al modelo social de la competencia desleal, esta disciplina no debe ser entendida como un sector del ordenamiento encaminado a dilucidar conflictos entre competidores (modelo corporativo), sino que ha pasado a constituir una herramienta de ordenación de las conductas en el mercado. Ello implica que con la LCD los intereses de los competidores afectados directamente por una conducta de otro operador económico no serán los únicos a tener en cuenta al aplicar la LCD y al analizar los distintos actos de competencia desleal, sino que será necesario considerar tanto los intereses de los consumidores como el interés general. Así lo declara la LCD al establecer en su art.1 que persigue la protección de la competencia «en interés de **todos los que participan en el mercado**» y no solo en interés de los competidores.

**115** La **jurisprudencia** acoge este planteamiento en sentencias como la de la AP Valencia 31-10-01 al declarar que la finalidad de la LCD no se limita a la tutela de los intereses de los competidores, sino que se amplía a la protección del orden económico del mercado en general y de los consumidores en particular. En el mismo sentido, se pronuncia TS 14-7-03.

Esta noción de interés de todos los que participan en el mercado está ciertamente relacionada con la **legitimación activa** para demandar en virtud de lo dispuesto en la LCD, puesto que la LCD art.33 atribuye con carácter general dicha legitimación para el ejercicio de las correspondientes acciones judiciales a cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por la conducta desleal, aunque no compitan en el mercado o no lo hagan directamente con el sujeto autor de esa conducta.

De este modo, no es necesaria la existencia de una **relación de competencia** entre el sujeto activo o autor de una conducta desleal y el perjudicado por la misma. Así, por ejemplo, la LCD puede ser utilizada por un consumidor o una asociación de consumidores frente al fabricante de un producto, siendo evidente que el consumi-

dor o la asociación de consumidores intervienen en el mercado pero no compiten con dicho fabricante y que entre ellos no existe una relación de competencia. De igual manera, una empresa que compre habitualmente un producto para incorporarlo a su actividad y competir en el mercado puede invocar dicha norma frente al vendedor o suministrador de ese producto a pesar de que entre ambos no exista relación de competencia.

No obstante, a pesar de que la LCD parte de la idea de que no es necesaria la existencia de relación de competencia entre demandante y demandado, siguen existiendo **resoluciones judiciales** que consideran que la apreciación de un ilícito de competencia desleal solo es posible cuando existe competencia entre las partes (TS 24-3-06; AP Madrid 16-3-06).

Asimismo, la jurisprudencia se refiere a la finalidad de la LCD establecida en LCD art.1 como argumento para rechazar la presunta deslealtad de una **práctica incómoda o molesta** para un competidor concreto (TS 26-7-04; 25-10-00; AP Madrid 15-4-02; AP Cantabria 31-3-00; AP Álava 22-2-00). La AP Barcelona 14-2-08 abunda en esta idea afirmando que en la redacción de LCD art.5 a 17 se expresa la preocupación por evitar que las prácticas concurrenciales incómodas para los competidores puedan ser calificadas, simplemente por ello, de desleales, como lo demuestra la tipificación restrictiva de estas conductas. Por ello, se han de calificar los ilícitos concurrenciales conforme a las normas que los tipifican y no otras y, menos, con interpretaciones extensivas.

No obstante, la jurisprudencia ha declarado (TS 6-2-01) que el art.1 LCD, relativo a la finalidad de dicha norma, es un precepto de carácter general y, por consiguiente, carece de aptitud para servir de soporte exclusivo a un motivo casacional.

### Inclusión de la publicidad ilícita en los actos de competencia desleal

La L 29/2009 ha añadido un inciso a LCD art.1 al establecer que esa norma tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal, incluida la **publicidad ilícita** en los términos de la Ley general de publicidad.

Con esa adición el legislador pretende zanjar un debate doctrinal y jurisprudencial sobre la relación entre la LCD y la L 34/1988 general de publicidad, puesto que desde la entrada en vigor de la LCD se venía discutiendo si debía prevalecer ésta por ser **norma posterior** o si debía hacerlo la L 34/1988 por ser **norma especial**. Todo ello con el problema de política legislativa derivado del hecho de que la L 34/1988 obedecía en algunos aspectos a un modelo corporativo o profesional de la disciplina de competencia desleal, mientras que la LCD obedece plenamente a un modelo social. En efecto, la L 34/1988 art.6.b) venía considerando hasta la reforma operada por la L 29/2009 como competencia desleal «en general, la que sea contraria a las exigencias de la buena fe y a las normas de corrección y buenos usos mercantiles». Por todo ello, la coexistencia de ambas normas descoordinadas generaba importantes problemas interpretativos.

La **jurisprudencia** (AP Valencia 6-3-98; AP Madrid 26-10-04) se había pronunciado en el sentido de aplicar de manera prioritaria, exclusiva y excluyente la L 34/1988 en aquellos casos en que el ilícito publicitario constituía a su vez una conducta desleal.

116

118



**119** No obstante, el TS ha zanjado esta cuestión a favor de la **compatibilidad de las acciones** de competencia desleal y por ilícito publicitario en TS 4-7-05 según la cual: «El ilícito publicitario puede ser al mismo tiempo un ilícito competencial, del que pueden nacer diferentes acciones incluso acumulables... En suma, las acciones por publicidad ilícita no pueden desplazar a las de competencia desleal, y el demandante puede optar por interponer aquéllas o éstas, acumularlas con respeto a los requisitos legales, o ejercitarlas alternativamente». Esta sentencia aparece citada en el sentido indicado en la sentencia AP Madrid Secc 28ª 30-12-09 y 24-1-08: «En cuanto a la compatibilidad de acciones por publicidad ilícita y competencia desleal, aunque la cuestión ha sido muy discutida en la doctrina, con opiniones que abarcan desde la incompatibilidad absoluta con preferencia de la Ley general de publicidad por su especialidad o la derogación tácita de ésta por la posterior LCD en materia de publicidad ilícita, manteniéndose también la compatibilidad de ambas normas, lo cierto es que la polémica, en principio, ha quedado judicialmente zanjada por la sentencia TS 4-7-05... se inclina por la tesis del concurso de acciones en contra de la tesis del concurso de normas, criterio del que no existe motivo alguno para separarse en esta resolución».

**120** En cualquier caso, el actual LCD art.1 establece la prohibición de los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita en los términos de la L 34/1988. En este sentido, la LCD art.18 establece que la **publicidad considerada ilícita** por la Ley general de publicidad se reputa desleal. La L 34/1988 establece que es ilícita (L 34/1988 art.3 redacc L 29/2009):

**a.** La publicidad que atente contra la **dignidad de la persona** o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus art.14, 18 y 20.4.

Se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulnere los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género.

**b.** La publicidad dirigida a **menores** que les incite a la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores. No se podrá, sin un motivo justificado, presentar a los niños en situaciones peligrosas. No se deberá inducir a error sobre las características de los productos, ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para utilizarlos sin producir daño para sí o a terceros.

**c.** La publicidad **subliminal**, es decir, aquella que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida (L 34/1988 art.4).

**d.** La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de **determinados productos**, bienes, actividades o servicios (L 34/1988 art.5).

**e.** La publicidad **engañosa**, la publicidad **desleal** y la publicidad **agresiva**, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en

la LCD. La L 34/1988 no define que deba considerarse como publicidad engañosa, desleal y agresiva (tal como hacía en su anterior redacción), sino que se remite meramente a su consideración como actos de competencia desleal en la LCD. De esta forma, con la redacción de la L 34/1988 y la LCD según la L 29/2009, desaparece la consideración de publicidad desleal de aquellas conductas que en general sean contrarias a las exigencias de la buena fe y a las normas de corrección y buenos usos mercantiles derivada del anterior modelo corporativo o profesional de la L 34/1988.

Así pues, la reforma operada mediante la L 29/2009 ha conseguido que tanto la L 34/1988 como la LCD obedezcan **de manera unívoca** al modelo social vigente en materia de competencia desleal.

**120**

(sigue)

## CAPÍTULO 2

**Ámbito objetivo**

200

## SUMARIO

Realización de la conducta en el mercado .....	204
Realización de la conducta con finalidad concurrencial .....	209
Aplicación de la LCD a los actos preparatorios, de ejecución y posteriores .....	214

**Artículo 2. Ámbito objetivo**

1. Los comportamientos previstos en esta Ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales.
2. Se presume la finalidad concurrencial del acto cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero.
3. La Ley será de aplicación a cualesquiera actos de competencia desleal, realizados antes, durante o después de una operación comercial o contrato, independientemente de que éste llegue a celebrarse o no.  
(redactado por L 29/2009)

202

La LCD define qué **condiciones** deben reunirse para que una determinada conducta entre dentro del ámbito objetivo de aplicación de esa norma.

En este sentido, la LDC art.2.1 establece los dos **requisitos** que deben darse para que las conductas previstas en esta Ley tengan la consideración de actos de competencia desleal:

- realización de la conducta en el mercado; y
- realización de la conducta con finalidad concurrencial.

Se puede comprobar, por tanto, que la LCD no establece como criterio de aplicación el hecho de que exista **relación de competencia** entre demandante y demandado.

En relación con la aplicación de la LCD art.2 sobre el ámbito objetivo de esta norma se pueden citar, entre otras, las siguientes **resoluciones jurisprudenciales**:

- AP Madrid Secc 20<sup>a</sup> 14-5-08.
- TS 18-10-00, que afirma que deben cumplirse dos condiciones previstas en la LCD art.2.1: que el acto se realice en el mercado, es decir, que esté dotado de trascendencia externa y que se lleve a cabo con fines comerciales, que tenga por finalidad promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero.
- TS 28-9-07, que sostiene que la finalidad concurrencial del acto se presume cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero (LCD art.2.2), sin que pueda supeditarse la aplicación de la Ley a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del acto de competencia desleal tal como establece la LCD art.3.1.

En cualquier caso, estos dos requisitos legales para la delimitación del ámbito objetivo de la LCD constituyen la forma de determinar si dicha norma **resulta o no de aplicación**, pero en ningún caso son los elementos para decidir si una conducta en el mercado resulta o no desleal.

**204 Realización de la conducta en el mercado** La LCD resulta de aplicación cuando se trate de una **conducta de mercado**, es decir, de un comportamiento realizado en el mercado.

Esa conducta puede ser tanto una actuación **positiva** por parte de un sujeto interviniente en el mercado, como una **omisión** o ausencia de actuación con la finalidad de influir de alguna manera en el mercado. De igual modo, se refiere tanto a actuaciones realizadas personalmente por un sujeto como la inducción a otros a que las realicen. En cualquier caso, se debe tratar de comportamientos que producen o pueden producir efectos sobre la competencia.

Esa conducta de mercado debe tener una **trascendencia externa** (TS 20-3-96), lo que requiere que, primero, se haya de manifestar al exterior, segundo, deba llegar al mercado y, tercero, resulte idóneo para influir en las decisiones económicas que se adopten en el mercado. La AP Madrid Secc 28ª 30-10-09 considera que una conducta se realiza en el mercado en tanto que tiene una manifiesta trascendencia externa desde el momento en que se efectúa a través de su página web accesible para cualquiera.

Ello no exige que en todo caso esa conducta deba tener necesariamente **capacidad de atraer clientela** de un competidor.

**205** En cualquier caso **carecen de dicha trascendencia externa**:

**a)** Los actos públicos provenientes de **Administraciones públicas** en el desarrollo de sus potestades públicas, bien consistentes en el dictado de normativa, bien la gestión de políticas públicas o la actividad de regulación, de supervisión o de vigilancia de la actividad de los operadores económicos o administrados.

**PRECISIONES** No obstante, la actividad de las Administraciones públicas puede constituir conducta de mercado cuando utilizan **instrumentos de derecho privado** (sociedades mercantiles, entre otros) para la producción de bienes o prestación de servicios o cuando se trate de una actuación reguladora dirigida a mejorar la situación de la Administración como operador económico que desarrolla una actividad de producción de bienes o de prestación de servicios mediante empresas de capital público u otras formas jurídicas. En esos casos, la Administración debe estar sujeta a las mismas normas sobre intervención en el mercado a las que deben atender el resto de operadores económicos y no puede gozar de privilegio alguno frente a sus competidores. En este sentido, la jurisprudencia ha establecido que las Administraciones locales «están sometidas al control de deslealtad en cuanto desarrollan una propia actividad económica y en cuanto procuran bienes o servicios en el mercado» (AP Castellón 15-5-04).

**207 b)** Los denominados **actos internos** que no traspasan del ámbito privado de su autor o de su organización. En este sentido no se consideran actos de mercado las comunicaciones internas en el seno de la empresa impartiendo instrucciones para la actuación de los empleados en asuntos no relacionados con el comportamiento de la empresa o sus empleados en el mercado. Por el contrario, constituyen actos de mercado los actos de comunicación de instrucciones a los empleados de una empresa siempre que consistan en órdenes relativas a la actuación hacia el exterior de la empresa.

Dentro del ámbito de aplicación de la LCD se incluyen tanto las conductas genuinamente empresariales orientadas a influir en la toma de decisiones de producción o de consumo de otras personas, como las de carácter artístico, intelectual, profesional, etc. que resulten idóneas para la promoción de la actividad de terceros.

Caen por tanto dentro de este ámbito de aplicación ciertas conductas que no se enmarcan en un proceso organizado de producción de bienes o de prestación de servicios o que se realizan de forma esporádica. Se trataría de actos de mercado con trascendencia externa que no se llevan a cabo con la finalidad de promover prestaciones propias o de terceros, sino con un **objetivo meramente informativo**.

**PRECISIONES** La **jurisprudencia** ha analizado diversos supuestos en los que, a pesar de tratarse de actos realizados en el mercado, no resulta de aplicación la LCD dado que no habría finalidad concurrencial: reportaje en una revista sobre aguas minerales (AP Madrid 17-5-06), organización por una empresa o asociación no dedicada a la hostelería de una fiesta de fin de año (AP Guipúzcoa 11-5-98; AP Navarra 25-7-92; 18-12-92), información al público en general por una agrupación sobre las características de ciertos bienes y servicios.

**Realización de la conducta con finalidad concurrencial** Debemos comenzar señalando que la finalidad concurrencial se manifiesta a través de las conductas de los operadores que pretendan influir en las **decisiones de producción y consumo** de otros operadores. La LCD no define qué se haya de entender concretamente como finalidad concurrencial, sino que se limita a establecer una presunción «iuris tantum» (Massaguer). En efecto, la LCD art.2.2 presume la finalidad concurrencial del acto cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero. Se trata, como vemos, de un ilícito de peligro, puesto que no se exige que la conducta obtenga el objetivo propuesto o que sea susceptible de causar un perjuicio patrimonial efectivo a un tercero (Massaguer). Las sentencias AP Madrid Secc 28ª 30-10-09 y AP Barcelona Secc 15ª 28-11-08 definen la finalidad concurrencial como toda conducta que se encuentra dirigida a influir en la **estructura del mercado** a alterar la posición de los operadores en el mercado o a influir en la formación y desenvolvimiento de las relaciones económicas. La AP Madrid 30-12-09 considera que tiene «fines concurrenciales» toda conducta dirigida a alterar la posición de los operadores en el mercado o a influir en la formación y desenvolvimiento de las **relaciones económicas** y, en concreto, la promoción de un producto mediante la inserción de un anuncio publicitario en una revista de difusión general constituye un acto con manifiesta trascendencia externa, resultando igualmente evidente el carácter concurrencial del fin perseguido con el mismo (fomentar la adquisición del producto publicitado).

**PRECISIONES** A modo de ejemplo, se puede considerar que tienen finalidad concurrencial las actuaciones encaminadas a mantener los **clientes** existentes o a captar nuevos clientes (AP Madrid Secc 21ª 22-4-98) o aquellas que de manera directa o indirecta impliquen un ofrecimiento comercial (TS 20-3-96).

Asimismo, según la AP Madrid Secc 28ª 10-7-09 resulta indiferente el hecho de que los CDs y casetes no se vendieran sino que se regalaran, puesto que para que un comportamiento entre en el ámbito objetivo de la LCD y tenga la consideración de acto de competencia desleal basta que se realice en el mercado y con **fines concurrenciales**, que se presumen cuando por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero, lo que evidentemente con-

curre en una campaña promocional de pizzas consistente en que si se realizan compras por encima de una cierta cantidad se regala el citado CD o casete.

210

La LCD toma como punto de partida la **presunción** de que muy raramente puede haber un acto de mercado en el que no haya finalidad concurrencial como condición esencial del comportamiento en el mercado, por lo que si una conducta es un acto de mercado, se entiende que su objetivo es difundir de un producto o de un tercero. En este sentido, la existencia de la finalidad concurrencial no depende de la concurrencia de unos efectos apreciables o de una intensidad mínima. En cualquier caso, es posible que una conducta de mercado resulte objetivamente idónea para promover o difundir prestaciones ajenas y, no obstante lo cual, no persiga un provecho económico, sino la **consecución de otros intereses o finalidades** (protección de los consumidores, del medio ambiente, etc.). En efecto, determinadas manifestaciones pueden estar amparadas en la libertad de expresión, el derecho de información, la libertad religiosa, etc. Y, además, de manera incidental, pueden ser aptas para promover o difundir determinados productos de terceros.

**PRECISIONES** En este sentido, a modo de ejemplo sobre **conductas que no tienen finalidad concurrencial**, se pueden citar:

- Reportajes en medios de comunicación o estudios publicados por asociaciones de consumidores sobre determinados sectores económicos en los que se vierten manifestaciones positivas sobre un operador concreto y negativas sobre otro operador, que benefician al primero (TS 3-2-05; AP Madrid 2-7-04).
- Publicación por asociación de consumidores de los resultados de unas pruebas comparativas de unos productos que resultan incorrectos (AP Barcelona 5-7-96).
- Informaciones negativas que una empresa editora de una publicación vierte frente a una empresa de la competencia, en cuyo caso se considera que, si el propósito era meramente informativo, no se debe considerar que dicha conducta tuviera finalidad concurrencial (TS 22-3-07). Por el contrario, se admite la existencia de finalidad concurrencial en las manifestaciones en publicaciones corporativas con carácter publicitario editadas por empresas para difundir sus productos.
- Boicot de determinados productos por motivos religiosos, políticos, etc. Que benefician a los productos de la competencia. Se trataría de conductas realizadas en el mercado, con trascendencia externa, y que resultan idóneas para promover prestaciones de terceros, sin que por ello se pueda considerar que tengan finalidad concurrencial.
- Huelga convocada por un sindicato que impide a la empresa atender los pedidos de sus clientes.
- Actuación en el mercado de personas físicas o jurídicas que no puedan ser considerados como operadores económicos, tales como asociaciones de consumidores, entidades sin ánimo de lucro, centros de investigación que publican estudios sobre las propiedades de determinados productos, sindicatos que convocan una huelga al no participar en el mercado con un fin profesional o empresarial.

212

En los casos en que una conducta tenga finalidad concurrencial, es decir, resulte objetivamente idónea para promover o asegurar la difusión de prestaciones propias o ajenas, el demandado tendrá la **carga de probar** que la conducta, siendo de mercado, no tiene finalidad concurrencial y que se ha realizado con una finalidad distinta.

Finalmente, en los casos en que una conducta no tiene finalidad concurrencial, el perjudicado, si bien no podrá accionar en virtud de la LCD, podrá en todo caso utilizar los mecanismos de la **responsabilidad civil extracontractual** (CC art.1902) y