

JUNIO 2009

## PROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE LA COMPETENCIA DESLEAL PARA MEJORAR LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES (II): DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DERECHO DE LA PUBLICIDAD

Ángel García Vidal

*Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Santiago de Compostela y consejero académico de Gómez - Acebo & Pombo*

**1.-** El Proyecto de Ley de modificación del régimen general de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios (BOCG Congreso, 5 de junio de 2009), por el que se transpone al ordenamiento español la Directiva 29/2005 sobre prácticas comerciales desleales con consumidores, no sólo modifica la Ley de competencia desleal o la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, sino también la Ley General de Publicidad.

La idea general de la que parte el Proyecto de Ley es la de solventar el problema de las relaciones que median entre la LCD y la LGP. Como es sabido, en la actualidad la publicidad empresarial está regulada por ambas leyes y ello ha provocado encendidos debates sobre la relación entre ellas. Así, según una primera interpretación (minoritaria), dado que la LCD es una *lex posterior*, vendría a derogar los preceptos de la LGP referidos a la publicidad ilícita. Otra tesis, en cambio, considera que la LGP, por ser una ley especial, tiene aplicación preferente ante la LCD, que sería la Ley general. Finalmente, se ha sostenido que la LGP y la LCD deben convivir, de modo que pueden ser aplicadas de forma conjunta o alternativa a los supuestos de actividad publicitaria (Esta es la interpretación sostenida por el Tribunal Supremo en su sentencia de 4 de julio de 2005).

**2.-** Para poner punto final a las incertidumbres señaladas, el Proyecto de Ley ahora analizado integra en la Ley de competencia desleal, las cuestiones de publicidad ilícita que puedan afectar a los consumidores y a los competidores.

a) De conformidad con estas premisas, en la nueva redacción del artículo 1 LCD se introduce una referencia a la publicidad, al disponerse que la LCD tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, a cuyo fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita en los términos de la LGP. En este mismo sentido, el nuevo artículo 18 LCD establece el engarce entre la LCD y la LGP, al preceptuar que "la publicidad considerada ilícita por la Ley General de Publicidad, se reputará desleal".

b) Es igualmente importante el hecho de que el nuevo artículo 10 LCD realiza una regulación integral de los actos de comparación pública, pues como expresamente se indica queda "incluida la publicidad comparativa". Y esta circunstancia lleva aparejada que en la nueva redacción de la LGP desaparezca la regulación de la publicidad comparativa. El cambio es relevante pues en la actualidad, como es sabido, se defiende que la publicidad comparativa sólo estaría regulada por el artículo 6 bis LGP, sin que le sea de aplicación lo dispuesto en el artículo 10 LCD

### MADRID

Castellana, 216  
28046 Madrid  
Tel: (34) 91 582 91 00

### BARCELONA

Diagonal, 407 bis  
08008 Barcelona  
Tel: (34) 93 415 54 00

### BILBAO

Alameda Recalde, 36  
48009 Bilbao  
Tel: (34) 94 415 70 15

### MÁLAGA

Marqués de Larios, 3  
29015 Málaga  
Tel: (34) 952 12 00 51

### VALENCIA

Gran Vía Marqués  
del Turia, 49  
46005 Valencia  
Tel: (34) 96 351 38 35

### VIGO

Colón, 36  
36201 Vigo  
Tel: (34) 994 44 33 00

### LAS PALMAS

Buenos Aires, 8  
35002 Las Palmas  
Tel: (34) 928 38 38 36

### BRUSELAS

Avenue Louise, 267  
1050 Bruselas  
Tel: (322) 231 12 20

### LONDRES

Five Kings House  
1 Queen Street Place  
EC4R 1QS - Londres  
28046 Madrid  
Tel: (34) 91 582 91 00

(De hecho, la transposición de la Directiva comunitaria sobre publicidad comparativa sólo dio lugar a la modificación en 2002 de la LGP, y no de la LCD).

c) Asimismo, el Proyecto de Ley pretende modificar la LCD para que en el artículo dedicado a enumerar las acciones que pueden ejercitarse frente a los actos de competencia desleal (nuevo artículo 32 LCD según el Proyecto), se indique expresamente que dichas acciones también se pueden ejercitar en los casos de publicidad ilícita. Además, se introduce una regulación uniforme de las cuestiones procesales: legitimación activa y pasiva, prescripción y diligencias preliminares de comprobación de hechos (diligencias que se sustanciarán de conformidad con lo dispuesto en la Ley de patentes).

d) En el ámbito publicitario, también es relevante la referencia expresa (en el nuevo artículo 4 LCD) a la licitud de la exageración publicitaria o *dolus bonus*, considerándose "habitual y legítima" la práctica publicitaria de efectuar afirmaciones exageradas o respecto de las cuales no se pretende una interpretación literal.

e) De igual manera, muchos de los supuestos de deslealtad previstos en la nueva regulación introducida por el Proyecto de Ley, se realizan al hilo de prácticas publicitarias. Tal es el caso de los supuestos de prácticas engañosas, de las prácticas agresivas por coacción, por acoso o relación con los menores, las prácticas comerciales encubiertas. De hecho, en relación con las prácticas agresivas se considera desleal incluir en la publicidad una exhortación directa a los niños para que adquieran bienes o usen servicios o convezan a sus padres u otros adultos de que contraten los bienes o servicios anunciados. Y en relación con las prácticas comerciales encubiertas, se considera desleal por engañosa la publicidad de tono informativo cuando no queda

meridianamente claro que se trata de publicidad.

f) Finalmente, cabe destacar la introducción en la LCD de un capítulo dedicado a los Códigos de conducta que voluntariamente asumen empresarios o profesionales, relativos a las prácticas comerciales con los consumidores. A este respecto, se prevé expresamente que los códigos de conducta "podrán incluir, entre otras, medidas individuales o colectivas de autocontrol previo de los contenidos publicitarios". Y según el nuevo artículo 5.2 LCD que pretende introducir el Proyecto, "cuando el empresario o profesional indique en una práctica comercial que está vinculado a un código de conducta, el incumplimiento de los compromisos asumidos en dicho código, se considera desleal, siempre que el compromiso sea firme y pueda ser verificado, y, en su contexto fáctico, esta conducta sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de sus destinatarios".

**3.-** La regulación de la publicidad ilícita en el seno de la LCD no supone eliminar de la LGP por completo la regulación de la publicidad ilícita, pues en la misma se contienen otros supuestos de publicidad ilícita, como la publicidad subliminal o la publicidad sexista. De esta manera, la nueva redacción del artículo 3 LGP que pretende introducir el Proyecto de Ley recoge como supuestos de publicidad ilícita: a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores u derechos constitucionales, b) la publicidad subliminal, c) la que infrinja lo dispuesto en la normativa publicitaria especial de determinados productos, bienes, actividades o servicios, y d) la publicidad engañosa, la desleal o la agresiva, que además tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos previstos en la LCD.

Ante estos actos de publicidad ilícita se podrán entablar las acciones previstas en la LCD, con la previsión específica de que ante la publicidad discriminatoria o vejatoria de la mujer (no si el discriminado o vejado es el hombre) se amplía la legitimación activa al Ministerio Fiscal, la Delegación del Gobierno para la violencia de género, los Institutos de la Mujer nacional y autonómicos y determinadas asociaciones que pretendan la defensa de los intereses de la mujer).