

## Competencia desleal y libertad de expresión

Comentario a la STS, 1ª, de 3.2.2005 (RJ 1458; MP: Xavier O'Callaghan Muñoz)

Antoni Rubí Puig  
Universitat Pompeu Fabra

291

## *Sumario*

1. Hechos
2. Crítica a la inaplicación de la Ley de Competencia Desleal
  - 2.1 Introducción
  - 2.2 Requisitos objetivos del acto de competencia
    - a) Realización del acto en el mercado y con fines concurrenciales
    - b) Finalidad concurrencial como idoneidad objetiva para la promoción o difusión de las prestaciones
  - 2.3. Fines constitucionales del acto de competencia
    - a) Fin constitucional exclusivo
    - b) Fin constitucional junto con fines concurrenciales
3. Conclusiones
4. Bibliografía

El Tribunal Supremo ha resuelto recientemente que: a) la publicación de un reportaje sobre quesos frescos en una revista editada por una cooperativa de consumidores escapa del ámbito de aplicación de la [Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal](#) (en adelante, [LCD](#)) por carecer de finalidad concurrencial; y b) la responsabilidad por denigración, en su caso, debe enjuiciarse de acuerdo con los parámetros generales del art. 1902 CC. Este breve comentario, si bien no critica la corrección material del fallo, resalta algunas de las deficiencias de la argumentación mantenida por el TS para excluir *prima facie* la aplicación de la [LCD](#) en el enjuiciamiento de este tipo de conductas.

## 1. Hechos

La cooperativa de consumidores «[Eroski](#)», titular de una amplia red comercial de distribución alimentaria en España, publicó en enero de 1995 un reportaje en su revista *corporativa* titulado “Queso fresco, con mucho cuidado”, en el que se realizaba un estudio comparativo de siete marcas comerciales de queso fresco de Burgos y se afirmaba que los análisis efectuados al fabricado por “Mantequerías Las Nieves, SA” habían revelado la existencia de elevados niveles del germen de la listeria, una bacteria susceptible de producir contagios de meningitis en humanos. Además, se señalaba que en el envase no figuraba la fecha de caducidad del producto. Algunos medios de comunicación se hicieron eco del reportaje y difundieron su contenido.

La fabricante, tras haber intentado infructuosamente evitar la publicación, demandó a “Eroski, Sociedad Cooperativa” por actos de competencia desleal (denigración [art. 9 [LCD](#)] y acto contrario a las exigencias de la buena fe [art. 5 [LCD](#)]) y, subsidiariamente, por responsabilidad civil *ex art.* 1902 CC por pérdida de prestigio comercial, y solicitó indemnizaciones por daño moral y por lucro cesante, cuantificadas en 25.000.000 y 134.706.000 ptas. respectivamente.

El JPI núm. 1 de Durango desestimó la demanda por sentencia de 14.6.1996. La Sección 5ª de la AP de Vizcaya, en sentencia de 30.7.1998 (AC 1998\1430; MP: Leonor Ángeles Cuenca García), desestimó el recurso de apelación de la actora y confirmó la sentencia de instancia. En primer lugar, resolvió que la [LCD](#) no resultaba aplicable al supuesto de hecho, por cuanto la publicación del reportaje no se había realizado con fines concurrenciales, entre otros motivos, porque la demandada no fabricaba quesos, ni se había acreditado en el pleito que pretendiera que en sus centros comerciales se adquirieran los de otras marcas. En segundo lugar, en aplicación del artículo 1902 CC, señaló que la elaboración del reportaje había sido diligente y ajustada a los usos habituales de las asociaciones de consumidores en este ámbito.

El Tribunal Supremo, en la sentencia aquí comentada, confirma el fallo dictado por la Audiencia Provincial, así como su fundamentación.

## 2. Crítica a la inaplicación de la Ley de Competencia Desleal

### 2.1 Introducción

La publicación en una revista dirigida a un grupo de *consumidores* de un reportaje sobre un *bien de consumo* adquirido por una *sociedad cooperativa* y distribuido por una red de *supermercados* parece difícilmente escindible de operar en el mercado. El Tribunal Supremo, sin embargo, es categórico: “[L]a publicación de un artículo informativo, que no denigratorio, por una sociedad o asociación o cooperativa de consumidores, sobre un bien de consumo, no estaría jamás en el ámbito de la competencia desleal” (FD 3º). Y, en efecto, resuelve “[n]o se ha producido, pues, acto alguno de competencia desleal, con fines concurrenciales; la sociedad demandada no es una empresa concurrente, su publicación no se incardina en la previsión de los arts. 1 y 2 de la Ley de Competencia Desleal”.

Téngase en cuenta, de entrada, que la LCD “se extiende a todas las actividades económicas en sentido amplio (cualquiera que sea la iniciativa y la finalidad a que obedezcan), entre las que se cuentan no sólo las actividades empresariales (civiles y mercantiles) sino también las profesionales [...], las artísticas e intelectuales (explotación o comercialización de derechos de autor o de creaciones industriales), las científicas o las deportivas” [José MASSAGUER FUENTES (1999, Art. 2 (4)). El subrayado es nuestro].

No obstante, el TS ha mantenido una interpretación restrictiva del ámbito objetivo de aplicación de la LCD, iniciada en la STS, 1ª, 15.4.1998 (Ar. 2053; MP: Pedro González Poveda), *Jovino Alberto F.V. c. «Cadena Clarín, SL»*. En esta sentencia, el Tribunal resolvió que la instalación de un ambigú en un cine no constituye un acto de competencia, por cuanto ni se realiza en el mercado, ni tiene una finalidad concurrencial. Críticos con esta afirmación: Tomás VÁZQUEZ LEPINETTE (1999) y Antonio B. PERDICES HUETOS (1999).

Muchos fallos de Audiencias provinciales se alinean con esta postura restrictiva: así, no son enjuiciables bajo el conjunto de remedios previsto por el derecho represor de la competencia desleal la publicación de un reportaje sobre equipos de láser en una revista editada por una asociación de médicos y cirujanos plásticos (SAP Madrid, Sección 13ª, de 2.7.2004 (JUR 2004\275567)); la publicación de un anuncio de tono excluyente en la sección de ofertas de empleo de un periódico (SAP Asturias, Sección 7ª, de 8.4.2003 (JUR 2003\231588)); la publicación a título personal de una carta en un periódico por parte del Director de una empresa criticando la profesionalidad de una concurrente (SAP Lugo, Sección 1ª, de 18.6.2004 (AC 2004, 1808)); las cartas enviadas por la titular de una marca a empresas proveedoras de la sociedad infractora advirtiendo de la posibilidad de ejercicio de acciones legales contra aquéllas (SAP Granada, Sección 3ª, de 10.3.2001 (JUR 2001\151647)); las cartas enviadas por la fabricante de suelos antideslizantes a una antigua cliente criticando los productos de una competidora de la primera (SAP Madrid, Sección 10ª, de 25.5.2004 (AC 2004, 1684)); y la denuncia a la correspondiente autoridad de falta de homologación de productos derivados del acero fabricados por una competidora (SAP Madrid, Sección 13ª, de 28.2.2003 (JUR 2003\175503)).

## 2.2 Requisitos objetivos del acto de competencia

### a) Realización del acto en el mercado y con fines concurrentiales

Como se ha apuntado, el TS confirma en la sentencia la relegación de la LCD, por cuanto la conducta enjuiciada queda fuera del ámbito objetivo de aplicación definido en su artículo 2:

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 concurrentiales.
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.

De acuerdo con el artículo citado, para la existencia de un acto de competencia es necesario que la conducta se haya realizado *en el mercado y con fines concurrentiales*. Ambos requisitos están, según la doctrina más autorizada, dogmáticamente imbricados [José MASSAGUER (1999, Art. 2 (8))]. Así, lo único que hace el artículo 2.2 LCD *“es ligar una presunción de finalidad competitiva a todo acto o conducta de mercado, de modo que toda conducta de mercado, sólo por serlo, tiene aparejada una presunción de concurrencialidad que podrá, en su caso, ser desvirtuada por la concurrencia de circunstancias justificativas de la misma”* (Antonio B. PERDICES (1999, 483)). Incluso —se apunta—, el fin concurrencial puede interpretarse como remedo de la causa en el ámbito del negocio jurídico (Antonio B. PERDICES, (1999, 487-488)): participar en el mercado es hacerlo con causa concurrencial (véase *infra* 2.3).

### b) Finalidad concurrencial como idoneidad objetiva para la promoción o difusión de las prestaciones

Con todo, la aplicación de la LCD a una conducta responde a su idoneidad objetiva para promover o asegurar la difusión de las prestaciones (art. 2.2. LCD).

Así las cosas y dada la configuración del acto de competencia desleal como ilícito de riesgo por el que se responde de forma objetiva —esto es, prescindiendo del concurso de culpa por parte del agente— sorprenden afirmaciones como la siguiente de la AP, confirmada por el TS: “no puede considerarse que tal publicación se realizara con fines concurrentiales” ya que no se ha realizado “con la finalidad de perjudicar, menoscabar o denigrar los productos de la actora para conseguir que mejore la difusión o venta de los suyos propios, pues la apelante reconoce [...] que «Eroski» no es fabricante de queso; y ni que pretenda con ello que en sus centros comerciales se adquieran los de otras marcas, con los que la entidad «Eroski» tuviera acuerdos comerciales, más ventajosos.” (FD 2º).

El problema con esta argumentación es el subjetivismo que entraña. En ella, se olvida el sustrato objetivista del artículo 2 LCD y se aprecia que no ha existido una *intención* de “perjudicar,

menoscabar o denigrar”, ni tampoco una tal *intención* se ha acreditado dada la falta de prueba de la existencia de pactos entre el demandado y los competidores directos de la actora, pues, como todos sabemos, los contratos nacen del acuerdo de *voluntades*.

Más allá de esta primera crítica a una noción volitiva o cognitiva de la finalidad concurrential, la idoneidad objetiva puede apreciarse en tres factores:

- (1) **Revista corporativa como estrategia publicitaria:** la publicación por parte de sociedades ajenas al mercado editorial de revistas dirigidas a reforzar una determinada reputación de marca o imagen corporativa ha aumentado considerablemente en los últimos años y, de hecho, no pueden rehuir la aplicación de la legislación y de la normativa autorregulada en materia de publicidad.

Así, las revistas corporativas tienen cabida en la definición de publicidad prevista en el artículo 2 de la [Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad](#): “[t]oda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”.

Por otro lado, la Comisión de las Comunidades Europeas asume una noción amplia de comunicación comercial en el [Libro verde de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre las comunicaciones comerciales en el mercado interior, COM\(96\) 192](#), p. 9, que comprende también a las revistas corporativas: “todo tipo de comunicación que tenga como finalidad la promoción de los servicios, los productos o la imagen de una empresa u organización entre los consumidores finales o los distribuidores. El término incluye todo tipo de publicidad, marketing directo, patrocinio, promoción de ventas y relaciones públicas así como la utilización de dichos servicios de comunicación por parte de las industrias de bienes y servicios, los organismos estatales y semiestatales, las asociaciones benéficas y las organizaciones políticas”.

Finalmente, en el ámbito del control privado del discurso comercial, también se comparte un concepto amplio de publicidad, que claramente es extensible a las publicaciones de empresa. Por ejemplo, la determinación del ámbito de aplicación del [Código de Conducta Publicitaria de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial \(Autocontrol\)](#) se extiende sobre discursos no publicitarios: “[e]stas normas deontológicas se aplican a toda actividad de comunicación publicitaria tendente a fomentar, de forma directa o indirecta y sean cuales fueran los medios empleados, la contratación de bienes o servicios, o el potenciamiento de marcas o nombres comerciales” (art. 1.1 del Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol, aprobada por la Asamblea General Extraordinaria de 19.12.1996 [última modificación: 3.4.2002]).

- (2) Posibilidad, aunque remota, de «**chantaje reputacional**» (Benito ARRUÑADA (1998, 252)). Objetivamente, el caso se asemeja al supuesto de un medio de comunicación que informa negativamente sobre los productos de una empresa que rechaza realizar inversiones publicitarias en él.
- (3) Además, como último indicio objetivo, podemos parar mientes a las implicaciones del supuesto de hecho desde el punto de vista de la defensa de la competencia. Podrían existir, aunque no se han probado en el litigio, pactos para desplazar a un participante en

un determinado mercado; o presiones directas o indirectas para la modificación de las condiciones de un contrato o la terminación del mismo (**oportunismo *ex post contrato***): por ejemplo, imaginemos una cláusula contractual que permitiera al supermercado que no llega a una determinada cantidad de ventas del producto anular determinados pedidos (véanse artículos 6.1 b); 6.2 b) y 6.2 c) de la [Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia](#)).

En definitiva, existían signos objetivos más que suficientes para aplicar la LCD al caso, en el bien entendido que la aplicación de este cuerpo legal no determina *per se* la apreciación de la deslealtad de la conducta.

### 2.3. Fines constitucionales del acto de competencia

Sin necesidad de alterar el sentido del fallo mantenido en todas las instancias, el Tribunal habría podido salvar la sentencia. Para ello, resulta útil acudir a la construcción dogmática de la noción de fin concurrencial desplegada por Antonio B. PERDICES (1999).

En ella, la eficacia de una causa concurrencial o de mercado queda relegada a un juicio de antijuricidad: existen conductas en el mercado que carecen de fin concurrencial por estar amparadas en alguna forma de causa de justificación. Así, por ejemplo, se predica que un derecho fundamental pueda operar como causa de justificación de la conducta en el mercado: un fin de naturaleza constitucional excluye *prima facie* al fin concurrencial (Antonio B. PERDICES (1999, 488-489)), siempre que no exista una pluralidad causal. Por ejemplo, la crítica a la comercialización de anticonceptivos por motivos religiosos afecta al mercado, pero la finalidad concurrencial quedaría desplazada por la libertad religiosa (art. 16.1 CE); excepto si concurren factores causales ulteriores –por todos, la intención de boicotear una farmacia concreta–, caso en el que la LCD podría ser aplicada.

#### a) Fin constitucional exclusivo

Siguiendo esta argumentación en el presente caso, el Tribunal habría podido fundamentar en la libertad de expresión (art. 20.1 CE) el confinamiento de la LCD.

De hecho, ésta es la opinión sostenida por Antonio B. PERDICES (1999, 488) al referirse en su trabajo a la sentencia en apelación. También José MASSAGUER (1999, Art. 2 (12)) que en un supuesto como el presente *“deben escapar de la presunción de finalidad concurrencial aquellas conductas que por su naturaleza están ordenadas a la obtención de los fines (no concurrenciales) propios del sujeto agente y además sean objetivamente idóneas para su obtención, y ello a pesar de que puedan contribuir más o menos directa a mejorar o empeorar la posición competitiva de determinados operadores”*.

Sin embargo, en la sentencia no se acude, ni en *obiter dicta*, a la libertad de expresión o de prensa.

Una ojeada al derecho comparado y, en concreto, al derecho alemán, de cuyas vicisitudes históricas y dogmáticas en la materia el derecho español ha tomado buena cuenta (Cándido PAZ-ARES (1981)),

permite comprobar cómo casos similares, que han llegado a conocimiento del BVerfG, son enjuiciados dentro del marco de la UWG: véanse la sentencia del BVerfG de 7.11.2002 (1 BvR 580/02) en la que el tribunal resuelve que resulta contrario a la libertad de expresión calificar de desleal *ex* § 1 de la antigua UWG la publicación del libro *JUVE-Handbuch* con rankings sobre abogados especialistas en derecho de la empresa, pues la posible afectación a la transparencia del mercado legal no es fundamento suficiente para limitar el discurso público; y la sentencia del BVerfG de 11.3.2004 (1 BvR 517/99 y 313/99), en la que el Tribunal declara inconstitucionales dos sentencias que reputaban desleales dos informaciones sobre el mercado de vehículos aparecidas en una revista de automóviles y en un programa de televisión.

En definitiva, se entiende que el control de la violación de normas constitucionales, eficaces inter privados en virtud de la *Drittwirkung*, se subsume en el juicio de buena fe a que obliga la cláusula general (§ 1 antigua UWG) (Axel BEATER (2002, § 12, 69-70). Las especialidades en esta consideración dependen en algunos supuestos principalmente del contenido de la concreta norma constitucional implicada (Axel BEATER (2002, § 12, 69)). Para un repaso sumario de la jurisprudencia sobre la relación entre la UWG y los derechos fundamentales reconocidos en la GG, véase (Axel BEATER (2002, § 9); Wolfgang GLOY (1998) y Helmuth SCHULZE-FIELITZ (2004, Art. 5 I, II, Rn. 295-296).

## b) Fin constitucional junto con fines concurrenciales

En el caso de pluralidad de causas, la LCD –en la construcción dogmática antes presentada– sí resulta de aplicación y el alcance de la eficacia del derecho fundamental implicado pasa a integrar, las más de las veces, el juicio de buena fe que exige la cláusula general.

Como afirma José MASSAGUER (1999, Art. 12 (8)): *“La eventual presencia de otras orientaciones en la conducta considerada, su trascendencia en otras esferas no la aleja per se y en todo caso del ámbito de vigencia de la represión de la competencia desleal”*.

En este sentido, podrían entenderse algunas de las afirmaciones sostenidas en la sentencia del TS: ¿por qué afirmar que “la sociedad demandada no es una empresa concurrente” (FD 3º), cuando el artículo 3.2 LCD, al definir el ámbito subjetivo de aplicación establece que “La aplicación de la Ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del acto de competencia desleal”?

Asimismo, en este sentido, puede traerse a colación la argumentación realizada por la AP en cuanto a la falta de acreditación de las relaciones comerciales entre las partes: La AP afirma que no se ha probado que las partes en el pleito mantuvieran relaciones comerciales para después añadir “en cuyo caso, de ser acreditada esta actuación tendente a menospreciar o desprestigiar un producto en beneficio de otro, de un tercero, sí podría hablarse, de un acto de competencia desleal, encuadrable, al menos indiciariamente, al objeto de su análisis y valoración conforme a la prueba, dentro de la Ley de Competencia Desleal” (FD 2º).

El análisis de estos factores, junto al ulterior examen de la veracidad de la información publicada, justificarían la lealtad de la conducta. Es decir, darían buena cuenta de la buena fe de este comportamiento en el mercado (art. 5 LCD).



Pero, para ello, el Tribunal no debería haber resuelto la falta de finalidad concurrencial y, en efecto, el descarte de la LCD en la resolución del caso. Y, en segundo lugar, hubiera resultado necesario referirse, en algún momento, expresamente a la libertad de expresión.

### 3. Conclusiones

En primer lugar, hubiera sido técnicamente preferible calificar la conducta como un acto de competencia para, después, afirmar su licitud, esto es, negar su deslealtad. En definitiva, parece que el tribunal confunde «acto de competencia» con «acto de competencia desleal».

Como advertía Antonio B. PERDICES hace algunos años, “[p]arece que los tribunales dan a los presupuestos objetivos del artículo 2 LCD una relevancia excesiva, fundando en ellos decisiones que, a la vista del inequívoco carácter de actos de competencia de las conductas enjuiciadas, deberían basarse en un puro juicio de su buena o mala fe” (p. 480-481); y “negar a un acto el ser de mercado o su fin concurrencial se ha convertido en un recurso para escapar a la embarazosa necesidad de formular razonadamente un juicio favorable de lealtad competencial en que fundar el fallo” (p. 481).

En segundo lugar, es criticable que el Tribunal no se refiera expresamente a la libertad de expresión, pero en cambio sí recurra al canon razonable de la veracidad – utilizado desde la STC 6/1988, de 21 de enero, como instrumento estándar para resolver las tensiones entre la libertad de información/expresión y los derechos de la personalidad (entre los que la jurisprudencia no ha tenido reparos a incluir la protección de la reputación comercial (Manuel ARAGÓN REYES (1999)) –. En definitiva, no se entiende la reticencia de los tribunales españoles a llevar la libertad de expresión más allá del discurso público y reconocer algún grado de eficacia en el mercado de productos y servicios.

### 4. Bibliografía

Manuel ARAGÓN REYES (1999), “El derecho al honor de las personas jurídicas y sus posibles colisiones con el derecho de información”, *Revista Jurídica de Estudiantes de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 1, 1999; pp. 13-36.

Benito ARRUÑADA (1998), *Teoría Contractual de la Empresa*, Marcial Pons, Madrid.

Axel BEATER (2002), *Unlauterer Wettbewerb*, C.H. Beck, München.

Wolfgang GLOY (1998), “Unlauterer Wettbewerb und Meinungsfreiheit” en Günther HÖHN, Horst KONZEN y Peter KREUTZ (Eds.), *Festschrift für Alfons Kraft zum 70. Geburtstag*, Luchterhand, Neuwied/Kriftel, pp. 113-125.

José MASSAGUER FUENTES (1999), *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid.

Cándido PAZ-ARES (1981), "El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista a la política antitrust (Un ensayo sobre el derecho alemán de la competencia desleal)", *Revista de Derecho Mercantil*, pp. 7-147.

Antonio B. PERDICES HUETOS (1999), "Comentario a la STS, 1ª, 15.4.1998 ", *CCJC* 50.

Helmuth SCHULZE-FIELITZ (2004), en Horst DREIER (Ed.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 1, 2. Aufl., Art. 5.

Tomás VÁZQUEZ LEPINETTE (1999), "Concurrencia en el mercado y cláusula general de competencia desleal", *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 2, p.301-304.