

# Códigos de conducta y competencia desleal: aspectos sustantivos y procesales

José Massaguer

Facultad de Derecho  
Universitat Pompeu Fabra

### Abstract\*

*La reforma de la Ley de Competencia Desleal en 2009 ha incorporado un nuevo supuesto de engaño al catálogo de actos de competencia desleal objeto de una definición y caracterización particular: el incumplimiento de los compromisos asumidos por virtud de un código de conducta, al que se dedica el nuevo artículo 5.2 de esa Ley. En el presente trabajo se examinarán, en primer lugar, los antecedentes de este acto de competencia desleal, que se encuentran en la [Directiva 2005/29/CE, 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, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento \(CE\) no 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo \(Directiva sobre las prácticas comerciales desleales\)](#), y posteriormente las implicaciones sustantivas su encuadramiento entre los actos de engaño, determinantes de que la mera infracción del código de conducta no constituya un acto de competencia desleal. A continuación se determinará la conducta relevante, definida en términos subjetivos por referencia sólo a empresarios y profesionales, de una parte, y a destinatarios, consumidores o no, de otra parte, y caracterizada en términos objetivos por el incumplimiento de compromisos de los códigos que no son reiteración o concreción de disposiciones legales. Sobre esta base se analizan las condiciones a que se somete el reproche de deslealtad de estos incumplimientos, consistentes en la proclamación de la vinculación, firme y verificable, al código hecha de forma tal que los destinatarios puedan considerarla con ocasión de tomar su decisión respecto de una prestación relacionada con el incumplimiento producido, así como en la adecuación de la defraudación de expectativas respecto del cumplimiento del código, que es consecuencia natural de ese incumplimiento, para hacer que la decisión adoptada por el destinatario respecto de esa prestación hubiera sido otra. El trabajo se cerrará con un apartado dedicado al estudio de la obligación de proceder ante los órganos de resolución de disputas del código incumplido con carácter previo a la presentación de acciones contra actos de engaño desleal contrarios del artículo 5.2 de la Ley, de su alcance objetivo, limitado a las acciones de cesación y rectificación dirigidas precisamente contra el incumplimiento constitutivo de un acto de engaño (y no contra los actos de competencia desleal que vulneren normas de códigos que reiteran o concretan disposiciones legales), y subjetivo, que se extiende a todos los que se propongan presentar demandas sobre la base del artículo 5.2 de la Ley, sin que con ello se comprometa el debido acceso a los mecanismos judiciales y administrativos de represión de la competencia desleal.*

*The amendment of the Spanish Unfair Competition Law in 2009 introduced a new misleading action to the list of actions specifically defined and characterized as unfair competition: non-compliance with commitments contained in codes of conduct, which is now addressed in Section 5.2. This study first describes the background of this particular unfair competition practice, which is found in [Directive 2005/29/EC, of 11 May 2005, concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation \(EC\) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council \(Unfair Commercial Practices Directive\)](#), and then discusses the material*

---

\*Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER 2010-17554: "Reordenación del derecho contra la competencia desleal con ocasión de la transposición de la Directiva 2005/29/CE". En su preparación me he beneficiado de las agudas observaciones y sugerencias de la Dra. Aurea Suñol.

*implications of its inclusion among practices considered as misleading actions, according to which the mere infringement of a code of conduct does not constitute unfair competition. The study then elaborates on the definition of behavior that falls under the scope of Section 5.2 in subjective terms (traders and professionals in their relations with both consumers and other market participants) and objective terms (the non-observance of the provisions of a code of conduct that does not merely reiterate or specify the content of legal provisions). Our analysis then addresses the conditions under which non-fulfillment entails an act of unfair competition. These conditions are the indication of being bound by the code of conduct implemented by the trader or professional in a commercial practice in a way which indicates that the assumed commitment is firm and capable of being verified and in such a way that it makes it likely that the addressee takes this into consideration when deciding on a transaction, such that the decision adopted by the addressee would have been different had the addressee not relied on compliance with the code. The analysis concludes with a discussion on the obligation to submit disputes to the dispute resolution bodies established in the infringed code of conduct prior to filing actions based on Section 5.2, analyzing its objective scope, limited to actions of cessation and rectification specifically directed against the non-fulfillment of a code of conduct that constitutes an unfair misleading action (and not asserting acts of unfair competition that infringe rules or specific codes of conduct that merely reiterate or specify statutory provisions), and its subjective scope, which extends to all who intend to institute actions on the basis of Section 5.2, without jeopardizing access to the courts and administrative bodies that address matters of unfair competition.*

Title: Non-compliance with codes of conduct as an unfair competition practice

Palabras clave: Competencia desleal, códigos de conducta, autorregulación, acciones de competencia desleal

Keywords: Unfair Competition, Codes of Conduct, Self-regulation, Actions for Unfair Competition

## Sumario

### 1. Introducción

### 2. Antecedentes

2.1. El incumplimiento de los códigos de conducta en la Ley de Competencia Desleal de 1991

2.2. El incumplimiento de los códigos de conducta en la Directiva 2005/29/CE y las diferencias con el tratamiento que merece en la Ley 29/2009

2.3. La tramitación parlamentaria de la regulación del incumplimiento de los códigos de conducta en la Ley 29/2009

### 3. Encuadramiento sistemático y fundamento de la deslealtad

### 4. El tratamiento sustantivo

### 5. La conducta relevante

5.1. Empresarios o profesionales y destinatarios

5.2. Códigos de conducta y compromisos asumidos

a) Códigos de conducta

b) Compromisos asumidos por virtud del código de conducta

5.3. Incumplimiento

### 6. Los presupuestos de deslealtad

- 6.1. Indicación de vinculación a un código de conducta en una práctica comercial
- 6.2. Compromiso firme y verificable
- 6.3. Distorsión del comportamiento económico
- 7. Otros actos de engaño relacionados con los códigos de conducta
  - 7.1. La inclusión de las conductas relacionadas con códigos de conducta entre las prácticas comerciales desleales con los consumidores
  - 7.2. Falsa afirmación de adhesión a un código de conducta
  - 7.3. Falsa afirmación de refrendo o acreditación de un código de conducta
  - 7.4. Indebida exhibición de sellos de confianza
- 8. Aspectos procesales
  - 8.1. La exigencia de recurso previo a los órganos de control de los códigos de conducta
  - 8.2. Alcance objetivo
    - a) Actos de competencia desleal
    - b) Acciones
  - 8.3. Alcance subjetivo
  - 8.4. Acceso a los tribunales
- 9. Tabla de sentencias
- 10. Bibliografía

## 1. Introducción

Entre las novedades introducidas en la [Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal](#) (en adelante, la LCD) por 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](#)<sup>1</sup> (en adelante, Ley 29/2009) se cuenta la inclusión del incumplimiento de los compromisos derivados de los códigos de conducta a los que se han adherido empresarios y profesionales en el elenco de actos de competencia desleal merecedores de una regulación propia.

Los códigos de conducta a los que se refiere en este contexto la LCD, tomando la expresión que se emplea en el artículo 6.2 *b*) de 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](#)<sup>2</sup> (en adelante, Directiva 2005/29/CE), de cuya transposición al ordenamiento interno se encarga, son los que en nuestra práctica se venían denominando códigos de autorregulación o autodisciplina, que han tenido un arraigo importante en el ámbito de la publicidad y comunicaciones comerciales<sup>3</sup>.

En particular, el nuevo artículo 5.2 LCD ha definido y caracterizado este acto de competencia desleal en los siguientes términos:

“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”.

Abstracción hecha ahora de la oportunidad de configurar esta conducta como acto de competencia desleal merecedor de una consideración específica, que en todo caso es una decisión que en el ámbito de las relaciones con consumidores era obligada por la propia Directiva 2005/29/CE, lo cierto es que la pobre redacción del artículo 5.2 LCD y su apartamiento respecto del tenor del artículo 6.2 *b*) Directiva 2005/29/CE hacen que la determinación de la naturaleza y alcance sustantivo del acto de competencia desleal en ella establecido no resulte sencilla.

Y ésta no parece una cuestión menor: no sólo por razón de la relevancia sistemática y político-legislativa que esta conducta puede tener y su esperable aplicación creciente a la vista de lo establecido en el artículo 21.4 del [Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y](#)

---

<sup>1</sup>BOE núm. 315, de 31.12.2009.

<sup>2</sup>DOUE L 149, de 11.6.2005.

<sup>3</sup>Véanse TATO PLAZA (1997, pp. 161-186) o MASSAGUER (2010, pp. 105-114).

Usuarios y otras leyes complementarias<sup>4</sup> (en adelante, TRLCU), sino también porque de la naturaleza y alcance de este acto de competencia desleal depende en buena medida la correcta delimitación del ámbito de aplicación (objetivo y subjetivo) de la exigencia, dispuesta en el también nuevo artículo 39.1 LCD, de acudir a los órganos de resolución de disputas de los códigos de conducta con carácter previo a la interposición de una acción de competencia desleal relacionada con el incumplimiento de dichos códigos ante los tribunales.

A desentrañar estas cuestiones y otras relacionadas se dedica este trabajo. A tal fin se examinarán, en primer lugar, los antecedentes del artículo 5.2 LCD y, posteriormente, el encuadramiento sistemático y el fundamento de la deslealtad del acto de competencia desleal en él establecido, para seguidamente y a partir de las bases así sentadas determinar la conducta relevante a sus efectos y las condiciones a que se somete su reproche de deslealtad, incluyendo un excursus dedicado al tratamiento que esta conducta y otras relacionadas con códigos de conducta merecen como prácticas comerciales desleales en relación con los consumidores. El trabajo se cerrará con un apartado dedicado al estudio de los aspectos procesales de la represión del acto de competencia desleal del artículo 5.2 LCD. No se abordará en esta oportunidad ni la regulación específica de los códigos de conducta prevista en los artículos 37 a 39 LCD, a salvo claro está de las cuestiones estrictamente relacionadas con el ejercicio de la acción de competencia desleal contra los actos vulneradores del artículo 5.2 LCD, ni las interesantes cuestiones que, a la luz de la propia LCD y de la Directiva 2005/29/CE, plantea el enjuiciamiento *antitrust* de los códigos de conducta<sup>5</sup>.

## 2. Antecedentes

### 2.1. El incumplimiento de los códigos de conducta en la Ley de Competencia Desleal de 1991

La LCD de 1991 no estableció ningún precepto específicamente dedicado a regular el incumplimiento de los códigos de conducta. Ello no obstante, no faltaban razones para considerar que la quiebra de los compromisos asumidos por su virtud podía constituir, según las circunstancias del caso, un acto de competencia desleal y, en particular, un acto de engaño en el sentido del artículo 7 LCD de 1991.

En efecto, en la conducta que ahora define el artículo 5.2 LCD concurren los elementos que integraban la estructura del acto de engaño y que determinaban su reproche de deslealtad con arreglo a la vieja norma: manifestación, inducción a una falsa representación sobre un elemento o aspecto relevante para determinar el comportamiento de mercado de sus destinatarios<sup>6</sup>. En este

---

<sup>4</sup>BOE núm. 287, de 30.11.2007.

<sup>5</sup>Véanse TATO PLAZA, FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO y HERRERA PETRUS (2010, pp. 325-336); SORO RUSSELL (2010, pp. 28-36) y DE LA CUESTA RUTE (2010, p. 44).

<sup>6</sup>Véase MASSAGUER (1999, art. 7 [12] a [20] y [34] a [42]).

sentido, no parece dudoso, en primer término, que el empresario o profesional que, en sus comunicaciones comerciales, manifiesta sujetar su publicidad o en general su conducta en el mercado a ciertas reglas, principios o estándares establecidos por un sistema de autodisciplina al que voluntariamente se ha adherido puede generar en sus destinatarios la expectativa de que lo que ofrece, propone, realiza o prepara se ajusta a unas reglas más exigentes y, en su caso, a unos mecanismos de control de su cumplimiento más eficaces que los previstos con carácter general en la legislación y que se propone respetar esas particulares reglas de conducta y mecanismos de control de cumplimiento. Y tampoco parece dudoso, en segundo término, que si, hecha esa proclamación y sobre la base del entendimiento expuesto, el empresario o profesional vulnera las normas de conducta más estrictas a las que se somete, o desatiende las resoluciones emanadas de los sistemas de control de cumplimiento, aquella manifestación determina en los destinatarios una falsa representación de la realidad precisamente acerca de un extremo que, en principio, se puede contar entre aquellos que los destinatarios toman en cuenta al tiempo de definir sus preferencias o adoptar sus decisiones de mercado.

Con todo, no puede ocultarse que, hasta donde tenemos noticia, en la práctica no se han planteado conflictos en relación con esta clase de conductas ante los tribunales. Si bien es cierto que no han faltado ocasiones en las que conductas previamente consideradas contrarias a un código de conducta por los órganos de resolución de disputas del correspondiente sistema de autorregulación fueron objeto de procedimientos relativos a competencia desleal sustanciados ante los tribunales, no lo es menos que, sin embargo, en ellos no se denunció que el incumplimiento del código de conducta en cuestión constituyera por sí un acto de competencia desleal propio<sup>7</sup>.

## **2.2. El incumplimiento de los códigos de conducta en la Directiva 2005/29/CE y las diferencias con el tratamiento que merece en la Ley 29/2009**

El antecedente inmediato del nuevo artículo 5.2 LCD se encuentra, del modo en que se ha anticipado, en el artículo 6. 2 b) Directiva 2005/29/CE, que califica como “acción engañosa” la conducta que define en los siguientes términos:

“También se considerará engañosa toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, y teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado, y que suponga...

b) el incumplimiento por parte del comerciante de compromisos incluidos en códigos de conducta que aquél se haya obligado a respetar, siempre y cuando:

i) el compromiso no remita a una aspiración u objetivo sino que sea firme y pueda ser verificado,

y

---

<sup>7</sup>Véanse la STS, 1ª, 15.1.2010 (RJ 415) o las SSAAPP Madrid, Sec. 11ª, 29.4.2008 (AC 1075) o Burgos, Sec. 3ª, 22.3.2010 (AC 364).

ii) el comerciante indique en una práctica comercial que está vinculado por el código”.

Como se advierte con facilidad, el texto del artículo 5.2 LCD se separa del texto de la norma comunitaria que transpone en aspectos que no parecen banales, ni son fácilmente explicables en todos los casos.

En primer término, el artículo 5.2 LCD hace de los empresarios y profesionales protagonistas activos y, sobre todo, de los destinatarios (y no de los consumidores) sujetos pasivos de este acto de competencia desleal. Esta desviación, especialmente en lo que se refiere a la sustitución de los consumidores por los destinatarios, obedece claramente a la necesidad de acomodar la definición de la conducta al ámbito de aplicación del artículo 2 LCD, que como es sabido no se limita a las relaciones entre empresarios o profesionales (o partícipes en el mercado) y consumidores, del modo en que, en cambio, sucede en los artículos 1 y 2 *d*) Directiva 2005/29/CE. Esta solución no sólo es compatible con la Directiva, que ha excluido las relaciones entre empresarios del ámbito armonizado, sino que también es sistemáticamente coherente con el planteamiento y estructura general de la ordenación de la represión de la competencia desleal en España y, por otra parte, no deja de ser una solución realista, puesto que en la práctica no son infrecuentes los códigos de conducta llamados a regir relaciones entre empresarios o profesionales.

En segundo término, el artículo 5.2 LCD no califica el incumplimiento de los compromisos derivados de códigos de conducta como acto de engaño. Esta diferencia con la Directiva no es fácil de explicar, toda vez que esa calificación no sólo venía exigida por la fidelidad a la norma comunitaria, sino que la reclamaba la coherencia sistemática con la construcción literal del tratamiento de los actos de engaño que establece el apartado primero de este precepto [“[s]e considera desleal por engañosa (...)”]. Sea como fuere, este extremo, como se expondrá más adelante, no posee un alcance sustantivo reseñable, pues tanto los antecedentes, como la ubicación sistemática y sobre todo la relación con la defraudación de las expectativas que se puedan haber generado en los destinatarios, hacen del engaño la clave del reproche de deslealtad de estas conductas.

En tercer término, la norma interna sustituye la exigencia de que la conducta haga o pueda hacer que el destinatario de la práctica tome una decisión que de otro modo no habría tomado, por la exigencia de que sea susceptible de distorsionar de manera significativa su comportamiento económico. Asimismo, la LCD se contenta con indicar que la comprobación del extremo anterior debe hacerse a la vista del contexto fáctico, y prescinde de señalar que habrán de tenerse en cuenta todas las características y circunstancias de la práctica enjuiciada. Finalmente, el artículo 5.2 LCD prescinde de la advertencia de que el compromiso manifestado no sea una aspiración u objetivo. En conjunto, estas últimas variaciones parecen responder al propósito de simplificar la redacción de la norma: bien se sustituye la definición -aptitud para hacer que se tome una decisión sobre una transacción- por lo definido -distorsión significativa del comportamiento-<sup>8</sup>, bien se evita lo que puede ser una reiteración (como exigir que, para determinar el riesgo de

---

<sup>8</sup>Véase el artículo 2 *e*) Directiva 2005/29/CE.

distorsión resultante de incumplimiento, se atienda al contexto fáctico y además se tengan en cuenta todas las características y circunstancias de la práctica enjuiciada), bien se suprime lo que parece ser una indicación superflua (como exigir sólo que el compromiso incumplido sea firme y verificable, y no además que no remita a una aspiración u objetivo). Leídas e interpretadas cabal y razonablemente, como por lo demás exige el principio de interpretación conforme, ninguna de estas diferencias tiene una trascendencia sustantiva relevante.

### **2.3. La tramitación parlamentaria de la regulación del incumplimiento de los códigos de conducta en la Ley 29/2009**

El artículo 5.2 LCD tiene la estructura, construcción y redacción del correspondiente artículo 5.2 del Proyecto de Ley de 2009<sup>9</sup>, que a su vez reprodujo en todos estos aspectos el artículo del 5.2 del Anteproyecto también de ese año (he manejado el texto fechado el 29 de mayo de 2009). Ninguna modificación experimentó durante su tramitación parlamentaria y ninguna enmienda se presentó a su tenor según el Proyecto de Ley<sup>10</sup>.

### **3. Encuadramiento sistemático y fundamento de la deslealtad**

El incumplimiento de compromisos asumidos en códigos de conducta es un acto de engaño y, más en particular y tomando como referencia la clasificación comunitaria que se ha trasladado a la LCD con la reforma de 2009, una “acción engañosa” (por contraste con las “omisiones engañosas”). Adviértase, por tanto, que el reproche de deslealtad que se reserva a esta conducta no se funda en la infracción del código en sí misma considerada, sino en el engaño que propicia<sup>11</sup>, como por lo demás pone especialmente de relieve el proceso de formación del artículo 6.2 b) Directiva 2005/29/CE<sup>12</sup>. De ahí se sigue que el reproche de deslealtad de esta conducta queda conectado a la injerencia indebida en la racionalidad de la conducta de los destinatarios.

La falta de referencia a este extremo en el texto del artículo 5.2 LCD no debe llevar a error: el legislador español, al silenciar toda referencia al carácter engañoso de esta conducta, no ha corregido la opción del legislador comunitario, o lo que es lo mismo, no ha desvinculado la deslealtad del incumplimiento de los códigos de conducta del engaño para fundarlo en la sola quiebra de sus disposiciones, como ponen de manifiesto tanto el antecedente inmediato de este

---

<sup>9</sup>BOCG, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Serie A, 5.6.2009, núm. 26-1.

<sup>10</sup>BOCG, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Serie A, 7.10.2009, núm. 26-8 y BOCG, Senado, IX Legislatura, Serie A, 4.12.2009, núm. 31 (b).

<sup>11</sup>A este respecto se pueden consultar TATO PLAZA, FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO y HERRERA PETRUS (2010, p. 146), FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO (2008-2009, pp. 110-111) o, en la doctrina alemana, KÖHLER y BORNKAMM (2010, § 5 [5.164]).

<sup>12</sup>Del que en este punto da cuenta FERNANDO MAGARZO (2008, p. 23).

precepto, esto es, el artículo 6.2 a) Directiva 2005/29/CE, y evidentes razones de carácter sistemático.

Desde la primera perspectiva, el artículo 5.2 LCD transpone al ordenamiento interno el artículo 6.2 a) Directiva 2005/29/CE, que no sólo forma parte del precepto específicamente dedicado a definir las prácticas comerciales engañosas<sup>13</sup>, sino que además califica de forma explícita el incumplimiento de los códigos de conducta como acción engañosa, justamente al lado de la otra conducta (creación de confusión con productos, marcas, nombre comerciales y otros signos de un competidor) que el legislador español no ha dudado en considerar constitutiva de un acto de engaño en el nuevo artículo 20 LCD bajo la expresiva rúbrica de “prácticas engañosas por confusión para los consumidores” (por más desacertado que sea incluir la confusión entre las modalidades de engaño).

Desde la segunda perspectiva, debe advertirse que, si bien es cierto que en el artículo 5.1 LCD la conducta que allí se define se califica de forma expresa como engañosa (“[s]e considera desleal por engañosa”), no lo es menos que esa calificación positiva del ilícito es excepcional en la LCD, tanto en los preceptos que no han sido modificados (por ejemplo, el artículo 6 LCD no se construye estableciendo que “se considera desleal por inducir a confusión”, del mismo modo que el artículo 11 LCD no establece “se considera desleal por constituir una imitación...”, etc.) como en los preceptos de nueva planta (por ejemplo, el artículo 7 LCD no precisa que la omisión, ocultación o demás prácticas allí contempladas sea desleal por engañosa, ni el artículo 8 LCD establece que el acoso, coacción o influencia indebida sean desleales por ser prácticas agresivas, ni incluso el propio artículo 5.1 LCD alude en su cuerpo al carácter engañoso de la conducta, sino a la falsedad de la información o, no obstante su veracidad, a su aptitud para inducir a error). En la LCD, antes y después de la reforma de 2009, la función de indicar la categoría o grupo de casos de competencia desleal en el que se ordena sistemáticamente la conducta definida viene desempeñada por la rúbrica del precepto. Y la rúbrica del artículo 5 LCD no puede ser más precisa a este respecto: “actos de engaño”, en línea, por lo tanto y además, con la rúbrica del artículo 6 de la Directiva 2005/29/CE: “acciones engañosas” (como categoría de prácticas desleales engañosas distintas de las “omisiones engañosas” de su artículo 7).

En suma, el incumplimiento de los compromisos asumidos en un código de conducta no es un acto de competencia desleal dotado de autonomía respecto del acto de engaño y, por ello, respecto de la defraudación, real o potencial, de las representaciones de la realidad (inmanente en la falsedad de la información o en su aptitud para inducir a error cuando la información sea veraz, a las que se refiere el artículo 5.1 LCD) creadas en los destinatarios con la manifestación de sometimiento a lo previsto en un código de conducta. Se trata propiamente de un supuesto particular de acto de engaño, merecedor del reproche de deslealtad porque afecta negativamente a la racionalidad del proceso de definición de las preferencias y toma de las decisiones de mercado en el lado de la demanda.

---

<sup>13</sup>Véase el artículo 5.4 a) Directiva 2005/29/CE.

No cambian las cosas el silencio que guardan la norma interna y la comunitaria respecto de la inducción o error en este contexto. En efecto, este silencio no es inhabitual en la definición de las conductas engañosas, como puede verse en el propio artículo 5.1 LCD, que no exige que las informaciones falsas induzcan a error para ser acciones engañosas, e igualmente en el artículo 7 LCD, que tampoco exige que la omisión y ocultación de información induzcan a error para ser consideradas conductas desleales. Y al respecto no estará de más recordar que la Comisión partió de la base de que la proclamación de vinculación a un código de conducta que luego se incumple es una modalidad de “alegación falsa”<sup>14</sup>. Por otra parte, las razones de ese silencio son evidentes: en las condiciones previstas legalmente, la indicación de estar vinculado a un código de conducta hecha por un empresario o profesional inculca a sus destinatarios una expectativa fundada y legítima de cumplimiento de los compromisos asumidos cuya inobservancia defrauda en todo caso esa expectativa y determina que el entendimiento en su momento propiciado por aquella indicación no se pueda corresponder nunca con la realidad de las cosas o, lo que es lo mismo, induzca siempre y fatalmente a error (apreciado, eso sí, en una valoración necesariamente retrospectiva). Es lógico, por tanto, que en estas circunstancias se omita toda referencia a la inducción o al error que la conducta provoca en los destinatarios.

A la luz de este encuadramiento sistemático y fundamento del reproche de deslealtad, el acto de competencia desleal que ahora se considera guarda autonomía sistemática y teleológica respecto del incumplimiento en sí mismo considerado. Dicho en otros términos, el artículo 5.2 LCD no establece un reproche jurídico y habilita una sanción adicionales a los que merece el propio quebranto de la obligación impuesta por los códigos de conducta; por el contrario, tiene por objeto un aspecto específico de ese incumplimiento, cual es la frustración de las razones por las que los destinatarios de la conducta pudieran adoptar una decisión de mercado de resultados de la manifestación de aceptación de las obligaciones previstas en un código de conducta. En este sentido, el artículo 5.2 LCD guarda, a mi modo de ver, un claro paralelismo con el artículo 15 LCD, que como es sabido no suma la calificación de acto de competencia desleal a lo que es una mera infracción de norma, sino que califica como tal a las infracciones que presentan unos efectos concurrenciales específicos y bien delimitados, como es el prevalimiento en el mercado de una ventaja concurrencial procurada por la infracción considerada, efecto que se presume en el caso de que la norma violentada tenga por objeto la regulación de actividad concurrencial<sup>15</sup>.

Por otra parte, la configuración de este acto de competencia desleal como particular modalidad de engaño permite advertir ya, desde una perspectiva sistemática, un extremo sobre el que se ha de volver al tratar del alcance que en este contexto debe darse a la exigencia de que el incumplimiento relevante sea precisamente el de compromisos libremente asumidos<sup>16</sup>. Me refiero en particular a la circunstancia de que el incumplimiento de los compromisos asumidos en

---

<sup>14</sup>Como es de ver en la declaración del Comisario Byrne que reproduce FERNÁNDEZ NEIRA (2003, p. 4)

<sup>15</sup>Véase MASSAGUER (1999, art. 15 [3] y [4]).

<sup>16</sup>Véase *infra* apartado 5.2 b.

códigos de conducta del artículo 5.2 LCD no consiste en la trasgresión de aquellas de sus previsiones que se limiten a reiterar o concretar una disposición legal que establezca la deslealtad o ilicitud de una determinada conducta, puesto que la expectativa de los destinatarios defraudada por el incumplimiento de un código de conducta no puede ser en ningún caso la expectativa de cumplimiento de los mandatos legales que regulan la actividad sometida a la LCD.

#### **4. El tratamiento sustantivo**

El incumplimiento de los códigos de conducta merece la consideración de acto de competencia desleal, según el artículo 5.2 LCD, y está sometido por ello mismo a la prohibición general de los actos de esta clase que establece el artículo 1 LCD y a la acción de competencia desleal del artículo 32 y concordantes LCD. Pero también tiene la consideración de práctica comercial desleal cuando se realice en la relación entre empresarios o profesionales y consumidores, según el artículo 19.1 LCD, y en consecuencia constituye un ilícito en materia de defensa de los consumidores y usuarios, de acuerdo con el artículo 79.1 l) TRLCU (en la redacción dada por la Ley 29/2009), sancionado en la forma prevista en esa ley por las autoridades competentes en materia de consumo, según prevé el artículo 47.3 TRLCU.

#### **5. La conducta relevante**

La definición legal del incumplimiento de los compromisos asumidos en un código de conducta se ordena, desde una perspectiva subjetiva, en torno a la delimitación de los sujetos agentes y pacientes de esta práctica y, desde una perspectiva objetiva, en torno a las nociones de código de conducta, compromiso asumido en el (*rectius*: por virtud del) código de conducta e incumplimiento de dichos compromisos.

##### **5.1. Empresarios o profesionales y destinatarios**

El artículo 5.2 LCD sólo se refiere a “empresario o profesional” como sujeto agente de esta práctica. Desde una perspectiva literal, ello deja al margen del ámbito subjetivo de aplicación de este precepto a aquellas entidades y personas que están sujetas a la LCD en cuanto partícipes en el mercado que, sin embargo, no tienen la consideración de empresarios o profesionales, como pueden ser por ejemplo la Administración<sup>17</sup>. Y otro tanto puede afirmarse desde una perspectiva sistemática, puesto que ninguno de los preceptos de la Ley que definen las conductas desleales en particular integra en la estructura del acto la determinación de quiénes son los sujetos que pueden realizarlo; el artículo 5.2 LCD es el único precepto que concreta quiénes son los sujetos a los que se aplica y, como se ha visto, lo hace con un alcance más reducido que el de aplicación de la propia LCD.

---

<sup>17</sup>Véase el artículo 3.1 LCD y MASSAGUER (1999, art. 3 [2] y [11] a [14]).

Esta limitación en relación con la deslealtad del incumplimiento de los códigos de conducta no está libre de serias objeciones. A mi modo de ver, no hay ninguna razón atendible para liberalizar el incumplimiento de los códigos de conducta por parte de los sujetos que, no obstante estar sometidos a la LCD, no tienen en cambio la consideración de empresarios o profesionales. De ahí que, pese a que el tenor y la construcción sistemática de la norma impiden que el ámbito subjetivo del artículo 5.2 LCD coincida con el general de la LCD, deba considerarse que el incumplimiento de obligaciones derivadas de un código de conducta por personas o entidades sujetas a la Ley que no son empresarios o profesionales, puede constituir un acto de competencia desleal por ser contrario a la cláusula general del artículo 4 LCD cuando concurren las circunstancias de hecho a las que se refiere el propio artículo 5.2 LCD.

En el otro lado de la conducta se sitúa a un destinatario que, literalmente leído el artículo 5.2 LCD, parecería ser el destinatario del incumplimiento del código, pero que rectamente interpretado no puede ser otro que aquél cuyo comportamiento económico pueda distorsionarse de forma significativa y que, por ello y con carácter previo a definir ese comportamiento, se enfrenta o puede enfrentarse con la manifestación del empresario o profesional de estar vinculado a un código de conducta; de otro modo, ciertamente, no puede haber ni la expectativa de cumplimiento de esos compromisos infringidos, ni la influencia de esa expectativa en la determinación del comportamiento económico que constituyen la base del reproche de deslealtad. Más en particular, los destinatarios podrán ser tanto los proveedores como los clientes, incluidos los consumidores, reales o potenciales del empresario o profesional. En efecto, por medio de la referencia general a los “destinatarios”, la LCD ha ajustado el ámbito subjetivo de su artículo 5.2 al propio del conjunto de la LCD que, a diferencia de lo que sucede en la Directiva 2005/29/CE, no se limita a las relaciones entre empresarios o profesionales y consumidores sino que también alcanza a las conductas objetivamente comprendidas en su ámbito de aplicación que se realicen en la relación entre empresarios o profesionales<sup>18</sup>).

Que al señalar el contexto en el que debe hacerse la indicación de vinculación a un código de conducta, el artículo 5.2 LCD contenga una referencia a las prácticas comerciales, no implica que los destinatarios del engaño derivado del incumplimiento del código de conducta sean sólo consumidores, ni (en el plano objetivo que se aborda a continuación) que este acto de competencia desleal esté limitado al incumplimiento de compromisos establecidos en códigos de conducta por los que se regulen sólo prácticas comerciales con los consumidores. En este sentido, debe repararse en que la LCD no sólo carece de una definición de prácticas comerciales que las restrinja a las dirigidas por los empresarios o profesionales a los consumidores, sino que además, cuando el legislador ha querido limitar sus normas a prácticas comerciales hechas con los consumidores, así lo ha hecho de forma expresa, esto es, se refiere a las prácticas comerciales “con los consumidores”<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Véanse los artículos 2 b) y d) y 3 Directiva 2005/29/CE y los artículos 1 y 3 LCD.

<sup>19</sup> Véanse el capítulo III y el artículo 19 LCD, así como el artículo 19.2 II TRLCU.

## 5.2. Códigos de conducta y compromisos asumidos

### a) Códigos de conducta

Desde una perspectiva objetiva, el primer elemento que define la acción relevante es el de “código de conducta”, que carece de una definición específica a los efectos del artículo 5.2 LCD. En todo caso, y como resulta del artículo 2 f) Directiva 2005/29/CE y del artículo 37.1 LCD, los códigos de conducta poseen naturaleza privada, sin perjuicio de su refrendo público<sup>20</sup>, 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 (en los términos de la Directiva 2005/29/CE). Por tanto, no son códigos de conducta a estos efectos 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.

Por otra parte, la única referencia precisa de la LCD a códigos de conducta se encuentra en su artículo 37, que concierne a los “códigos de conducta relativos a las prácticas comerciales con los consumidores” y que de hecho sólo esa clase de código de conducta queda comprendido en el precepto comunitario que el artículo 5.2 LCD incorpora al ordenamiento interno como resulta del ámbito de aplicación de la Directiva<sup>21</sup>. Sin embargo, no existe, a mi juicio, razón para que los códigos de conducta relevantes a estos efectos sean sólo los que ordenan conductas necesariamente realizadas en las relaciones con consumidores. De hecho, la aplicación del artículo 5.2 LCD al incumplimiento de códigos que ordenen sólo o también relaciones entre empresarios y profesionales<sup>22</sup> resulta de la sustitución de la referencia al consumidor que en este contexto se halla en el artículo 6.2 Directiva 2005/29/CE por la referencia a los “destinatarios”, que expresa la generalización de este acto de engaño, de la paralela falta de limitación expresa a los códigos de conducta relativos a relaciones con consumidores (pues, como se ha expuesto, la mención relativa a una práctica comercial que contiene no entraña la exigencia de que la indicación de vinculación a un código se deba realizar en el marco de relaciones con consumidores) y de una realidad que demuestra la existencia de códigos de conducta reguladores de las relaciones entre empresarios o profesionales [como pueden ser los códigos deontológicos de las redes de franquicia a los que se refiere RUIZ PERIS (2010, p. 30), o los códigos entre principales y distribuidores o principales y agentes resueltos en los casos estudiados por SORO (2010, pp. 21-27), y reguladores de actividades realizadas con consumidores y también con empresarios o profesionales [como pueden ser los códigos de

---

<sup>20</sup>Véase el artículo 21.1 LCD.

<sup>21</sup>Véanse los artículos 1, 2 d) y 3 Directiva 2005/29/CE.

<sup>22</sup>BERCOVITZ (2010, p. 276).

conducta existentes en los mercados financieros, de los que dan cuenta DÍAZ RUIZ (2010, pp. 265 y ss.) y URÍA FERNÁNDEZ (2010, pp. 307 y ss.)], cuyo incumplimiento por lo demás puede en principio distorsionar el comportamiento económico de un tercero y falsear la competencia<sup>23</sup>.

Así las cosas, existe una discrepancia entre el ámbito de aplicación de los artículos 5.2 y 37.1 LCD. En particular, si los códigos de conducta del primero de estos preceptos son cualesquiera códigos a los que los empresarios y profesionales sometan su conducta realizada en el mercado y con fines concurrenciales con independencia de que sus destinatarios sean otros empresarios o profesionales o sean consumidores o sean unos y otros, los códigos de conducta de la segunda de estas disposiciones son sólo los códigos de conducta que regulan "las prácticas comerciales con los consumidores". Como consecuencia de ello, sólo a estos últimos son de aplicación las exigencias que les son específicas; en sentido inverso, los códigos interempresariales o interprofesionales a los que es de aplicación el artículo 5.2 LCD no deben satisfacer las condiciones allí previstas, sin perjuicio de que, en su defecto y como se ha visto, la proclamación de sometimiento a un código de esta clase que carezca de sistemas de control y sanción de los incumplimientos pueda constituir un acto de engaño del artículo 5.1 LCD.

A estos efectos, por lo tanto, deben considerarse códigos de conducta los establecidos privadamente, tanto de origen unilateral (aun en relación con los relativos a las prácticas comerciales con consumidores, el que según el artículo 37.1 LCD las corporaciones, asociaciones u organizaciones empresariales, profesionales o de consumidores puedan establecer códigos de conducta, no puede significar que los profesionales o empresarios tengan prohibido establecer códigos de conducta propios) como multilateral, en los que se establecen normas a las que el sujeto que lo proclama o los sujetos adheridos o de otro modo vinculados a ellos se obligan a someter la conducta que desenvuelvan en el marco de aplicación objetiva de la LCD, esto es, la conducta que realicen en el mercado con finalidad concurrencial (artículo 2 LCD). Y ello, tanto si abarcan cualquiera de los aspectos de esta actividad como si sólo alcanzan uno o varios aspectos (por ejemplo, publicidad, comunicaciones comerciales y contratación electrónica, entre otros) y tanto si tienen carácter general como si sólo son sectoriales, incluidos los relativos a profesiones colegiadas. Como se ve, la referencia que contiene el artículo 5.2 LCD a una práctica comercial no limita el ámbito de la regulación relevante a esta clase de conductas, pues se refiere a la ocasión o contexto en el que se debe hacer pública la sujeción al código, pero no a las conductas que puede regular el código. Y lo cierto es que en una práctica comercial prototípica, como es la publicidad, no son infrecuentes las menciones relativas a conductas realizadas antes, durante o después de una operación comercial o contrato (sujetas a la LCD por virtud de su artículo 2) y, por ello, que la indicación de sometimiento a un código de conducta en ella pueda generar en sus destinatarios ciertas expectativas en cuanto a la conducta que observará el anunciante en relación con la operación comercial o contrato promovido de este modo.

Más en particular, estos códigos de conducta entran en el ámbito objetivo del artículo 5.2 LCD, como he anticipado, sólo en la medida en que dispongan reglas, principios o estándares que no reiteren o concretos preceptos legales que sean de aplicación en el caso, aspecto del que se trata

---

<sup>23</sup>Véase el artículo 2 LCD.

seguidamente al determinar qué debe entenderse por compromisos asumidos por virtud del código.

### **b) Compromisos asumidos por virtud del código de conducta**

El segundo de los elementos objetivos del acto de engaño específicamente regulado en el artículo 5.2 LCD son los “compromisos asumidos en (el) códig(o)”. A pesar de lo cuanto menos singular de esta locución legal, parece claro que esos compromisos son los que resultan de la adhesión a un código de conducta o de la asunción de la obligación de cumplimiento de las normas allí dispuestas por parte de los empresarios o profesionales y, en particular y como se ha visto, de los compromisos que libremente se acepte asumir.

Por lo tanto, los compromisos relevantes a estos efectos son únicamente los que de forma voluntaria haya aceptado un empresario o profesional y, por tanto, sólo los que consistan en la observancia de normas de conducta dispuestas directa y únicamente en el propio código de conducta, y no de normas que reproducen literal o sustancialmente previsiones legales o concretan (sin ampliar) su contenido; en sentido inverso, no es un compromiso libremente asumido y por lo tanto no es relevante a los efectos del artículo 5.2 LCD, por ejemplo, el sometimiento a la norma de un código de conducta sobre publicidad comparativa que reproduzca en todo o en su esencia el artículo 10 LCD o que concrete qué se entiende por alguna de las condiciones o circunstancias a las que se refieren las condiciones allí previstas para que la publicidad comparativa no sea considerada desleal.

Así resulta, a mi juicio y en primer término, de la definición comunitaria de los códigos de conducta a los que se refiere el artículo 6.2 b) Directiva 2005/29/CE (de cuya transposición se encarga el artículo 5.2 LCD), que los caracteriza precisamente por contener “normas no impuestas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas” [artículo 2 f) Directiva 2005/29/CE], lo que deja meridianamente claro que las normas de los códigos que definen la conducta de quienes se adhieren o vinculan a ellos son normas distintas de las establecidas en disposiciones legales y administrativas, y ello sin perjuicio de que, a mi modo de ver, nada impida que un código de conducta reitere o concrete mandatos legales<sup>24</sup>, siempre que no cambie el alcance o sentido de esos mandatos. En segundo término, de la configuración legal de los códigos de conducta del artículo 37 LCD (que si no son los únicos incluidos en el artículo 5.2 LCD, sin duda se encuentran entre ellos), cuya definición está presidida por la indicación de que son asumidos “voluntariamente” por empresarios o profesionales, que a mi juicio tiene el mismo alcance que la precisión comunitaria y que de hecho hace sus veces en el ordenamiento jurídico español contra la competencia desleal. 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. Finalmente, en este mismo sentido apunta la específica exigencia, que

---

<sup>24</sup>Véase el Considerando (20) de la Directiva 2005/29/CE.

se encuentra tanto en el texto comunitario como en el artículo 5.2 LCD, de que el propio incumplimiento del compromiso (*rectius*: de la misma defraudación de la expectativa de cumplimiento del código de conducta) sea adecuado para distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de los destinatarios. En efecto, ninguna distorsión determina ni añade el incumplimiento de la norma del código que reproduce un precepto legal a la propia vulneración del correspondiente precepto legal; dicho en otros términos, la expectativa de los destinatarios defraudada por el incumplimiento de un código de conducta no puede ser en ningún caso la expectativa de cumplimiento de los mandatos legales que regulan la actividad sometida a la LCD.

Así las cosas, la asunción del compromiso de cumplir un código de conducta cuyas previsiones reiteran o concretan mandatos legales no sustituye el sometimiento a las normas sustantivas del ordenamiento positivo reiteradas o concretadas y, en particular, no reemplaza a las que definen una conducta como acto de competencia desleal. Dicho en otros términos, el que lleva a cabo la conducta considerada desleal por la LCD [incluidas las que, con arreglo a los artículos 15 y 18 LCD en relación con el artículo 3 de la [Ley 34/1988, de 11 de diciembre, General de Publicidad](#)<sup>25</sup> (en adelante, LGP) se basan en la infracción de una disposición legal o reglamentaria reguladora de la publicidad] que haya sido reiterada o concretada en un código de conducta comete el acto de competencia desleal definido en la LCD, y no (por más que haya hecho pública la asunción de los compromisos derivados del código de forma firme y verificable) un acto de competencia desleal consistente en el incumplimiento de los compromisos asumidos en un código de conducta. Así, la comisión, por ejemplo, de un acto de engaño del artículo 5.1 LCD por parte de quien está adherido en firme y ha hecho público en una práctica comercial su compromiso de observar un código de conducta que reproduce o reitera el contenido de esa norma o concreta las circunstancias allí mencionadas no comete por ello en un acto que deba enjuiciarse como incumplimiento engañoso de un código de conducta; esa tipificación reiterativa no desplaza ni se acumula a la que se establece legalmente, ni tampoco determina, por supuesto, la sustitución del sistema legal de acciones contra la competencia desleal por el sistema de resolución de disputas y sanciones establecido en el correspondiente código.

De este modo, los compromisos relevantes son fundamentalmente los relacionados con el sistema de resolución de conflictos propio del código de conducta y, en particular, la sujeción de las disputas sobre el incumplimiento del código (aunque se trate del incumplimiento de normas que reiteran o concretan mandatos legales) a los correspondientes procedimientos y la observancia de las decisiones que se dicten en ellos<sup>26</sup>; los resultantes de la obligación de someter la propia publicidad a un control previo de su contenido<sup>27</sup>; y los relacionados con reglas sustantivas de

---

<sup>25</sup>BOE núm. 274, de 15.11.1988.

<sup>26</sup>Véase el artículo 37.4 LCD.

<sup>27</sup>Véase el artículo 37.4 LCD.

conducta que no estén previamente establecidas por normas legales<sup>28</sup>, sin perjuicio del enjuiciamiento que en su caso merezcan desde la perspectiva de la legislación sobre defensa de la competencia, ciertamente condicionado por el abandono en el ámbito de la armonización de la legislación sobre competencia desleal del modelo de corregulación que en algún momento pareció seguir el reconocimiento de los códigos de conducta en la legislación comunitaria<sup>29</sup> y de las acciones que el ordenamiento reconoce para combatir los intentos de imponer esas normas cuando resulten ilícitos antitrust (arts. 37.2 y 38 LCD).

Dicho lo anterior, conviene advertir también 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 (en ausencia de un sistema de resolución de disputas y de sanciones propio y eficaz) 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 destinatario 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).

### 5.3. Incumplimiento

El incumplimiento de los compromisos derivados de un código de conducta es la trasgresión o inobservancia de aquellas de sus normas que sean conformes a Derecho; en este sentido, no puede considerarse incumplimiento a estos efectos la inobservancia de normas que encarnaran un acuerdo restrictivo de la competencia.

Este incumplimiento puede referirse tanto a un precepto de contenido sustantivo del tipo de los indicados (esto es, que no reproduzca una previsión legal), como a la previsión de sujetar las comunicaciones comerciales a un control deontológico previo o a la obligación de someterse al mecanismo de resolución de disputas establecido al efecto, de cumplir las resoluciones que se dicten en el marco del oportuno procedimiento y demás previsiones instrumentales.

Cada una de las vulneraciones de los compromisos asumidos por virtud de un código de conducta tiene una sustantividad propia e independencia material respecto de las demás, de modo que el incumplimiento del compromiso se produce con la vulneración de la norma, aunque posteriormente el empresario o profesional incumplidor se someta al procedimiento de resolución de conflictos y observe la resolución que se dicte; dicho en otros términos, la vulneración de una norma sustantiva de un código de conducta no se sana a estos efectos mediante el sometimiento de la controversia que ello pueda generar al correspondiente sistema de resolución de disputas y cumplimiento efectivo de la decisión que se adopte. No sólo no existe ningún apoyo sustantivo en el artículo 5.2 LCD que respalde esta última lectura, sino que además se compadece mal con la configuración de este acto de competencia desleal como acto de engaño y en todo caso deja a los interesados sin los remedios arbitrados por la ley: no sólo es dudoso que

---

<sup>28</sup>Véase TATO PLAZA, FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO y HERRERA PETRUS (2010, pp. 322-336).

<sup>29</sup>Véanse FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO (2008-2009, pp. 100-106) y FERNÁNDEZ NEIRA (2003).

el acatamiento de la resolución pueda hacer desaparecer el riesgo de continuación o repetición, pues se halla bien lejos del reconocimiento de la ilicitud de la conducta (que los propios códigos de conducta requieren para que no proceda la tramitación del procedimiento por incumplimiento<sup>30</sup>) o del compromiso de no reiterar bajo pena que se exige en la doctrina a estos efectos<sup>31</sup>, sino que además es circunstancia que no evita que el incumplimiento continúe produciendo efectos que justifican la declaración de deslealtad o la adopción de medidas de remoción o que haya ocasionado daños y perjuicios a cuya reparación se tenga derecho.

Ello no obstante y como se verá, a los solos efectos de la procedibilidad de las acciones de cesación o rectificación ante los tribunales, el incumplimiento, al menos cuando afecte a un compromiso sustantivo, habrá de ser previamente declarado por el órgano de resolución de conflictos del código de conducta (artículo 39.1 LCD), sin perjuicio de que, como es obvio, esa declaración no vincule a los tribunales en el caso de que el asunto llegue a su conocimiento.

## 6. Los presupuestos de deslealtad

El solo incumplimiento de las obligaciones libremente asumidas por virtud de un código de conducta no constituye un acto de competencia desleal *per se*. Para que su incumplimiento merezca esta calificación, el artículo 5.2 LCD exige la concurrencia de tres presupuestos: unos relacionados con la idoneidad del incumplimiento para inducir a error o, más precisamente, para defraudar las expectativas que respecto del cumplimiento de los compromisos asumidos por virtud del código podían tener los destinatarios (como son, por una parte, la exigencia de indicación de la vinculación a un código de conducta o publicación del compromiso de cumplir el código de conducta y, por otra parte, la firmeza y verificabilidad de ese compromiso), y otro relativo a la posible influencia de esas expectativas sobre el comportamiento de los destinatarios (como es la aptitud para distorsionar su comportamiento económico).

Como se ve y se ha anticipado, la inducción a error en los destinatarios no se halla entre los presupuestos del reproche de deslealtad expresamente considerados en el artículo 5.2 LCD. Ello no significa, sin embargo, que este elemento sea extraño a la estructura del ilícito. Como antes se indicó, en la estructura de este acto de competencia desleal por engaño, la inducción a error queda absorbida por el incumplimiento del compromiso por ser una consecuencia natural e inevitable de éste: del mismo modo que el artículo 5.1 LCD no precisa que la información falsa debe inducir a error porque éste (la falsa representación de la realidad) es consecuencia natural de aquélla, por lo que basta la comprobación de la falsedad para que deba asumirse la existencia de un error en los destinatarios sin necesidad de comprobar que ello es así (porque ello será siempre así), su artículo 5.2 tampoco incluye esta precisión porque nuevamente se trata de un efecto inevitable del incumplimiento. En consecuencia, comprobado el incumplimiento, no es necesario verificar si se ha producido además un error, por la sencilla razón de que siempre se

---

<sup>30</sup>Véase el artículo 13.2 del [Reglamento del Jurado de la Publicidad de Autocontrol](#).

<sup>31</sup>Véase PANTALEÓN PRIETO (1996, pp. 959-964).

habrá producido si, como es debido a estos efectos, concurren asimismo los presupuestos directamente vinculados con la generación de expectativas infundadas a los que se acaba de hacer referencia. Bien miradas las cosas, el incumplimiento no es en este sentido sino la prueba de la falsedad del compromiso firme y verificable anunciado y, por ello, la causa última y demostración misma de la falsa representación de la realidad de las cosas generada en los destinatarios: el incumplimiento del código, la publicación del compromiso y la condición de firme y verificable de ese compromiso encarnan el error determinante de la deslealtad de esta conducta. Dicho en otros términos, la inducción a error es en este caso un presupuesto de la deslealtad que se encuentra implícito y objetivado en el propio incumplimiento, en la publicación de la vinculación al código incumplido y en el carácter firme y verificable del compromiso de observancia del código.

### **6.1. Indicación de vinculación a un código de conducta en una práctica comercial**

La deslealtad del incumplimiento de compromisos asumidos en un código de conducta (o, más certeramente, como consecuencia de la vinculación, adhesión o aceptación de un código de conducta) requiere, en primer término, que el empresario o profesional esté vinculado por un código de conducta, esto es, que haya asumido el compromiso de observar los principios y reglas así como las normas sobre remedios y procedimientos establecidas en un código de conducta y, en segundo término, que haya indicado dicha vinculación “en una práctica comercial”.

Ello significa, por una parte, que el empresario o profesional debe haber proclamado, manifestado o hecho pública su vinculación al código de conducta, esto es, su adhesión o sometimiento al código de conducta del caso y, por tanto, su obligación de cumplir sus disposiciones con carácter previo al incumplimiento; y, por otra parte, que debe haberlo hecho precisamente en el contexto de una práctica comercial. Dado que el artículo 5.2 LCD traspone el artículo 6.2 *b*) Directiva 2005/29/CE, no parece dudoso que las prácticas comerciales a las que se refiere no son otras que las conductas de los empresarios y profesionales directamente relacionadas con la promoción, venta o suministro de productos o servicios del artículo 2 *d*) Directiva 2005/29/CE. De ahí no se sigue, sin embargo, una discrepancia entre el ámbito de aplicación general de la LCD, referido a los comportamientos realizados en el mercado y con fines concurrenciales (artículo 2.1 LCD), y el del acto de engaño consistente en el incumplimiento de códigos de conducta, referido a las prácticas comerciales (artículo 5.2 LCD). En efecto, cualquier diferencia que pudiera existir entre el artículo 2 *d*) Directiva 2005/29/CE y el artículo 2 LCD de 1991 (que parece más formal que sustantiva) debe entenderse superada con el nuevo artículo 2.3 Ley 29/2009 que, por lo que ahora importa, incluye en el ámbito de aplicación de la LCD los actos realizados antes, durante o después de una operación comercial o contrato con independencia de que se haya celebrado finalmente o no (que eran los únicos actos respecto de los cuales antes acaso podían existir dudas acerca de si quedaban encuadrados entre los comportamientos realizados en el mercado y con fines concurrenciales<sup>32</sup>).

---

<sup>32</sup>Véase MASSAGUER (2006, pp. 22 y 23).

Sea como fuere, de resultas de esta exigencia, la indicación de vinculación a un código de conducta debe ser ella misma una práctica comercial (esto es, debe ser por sí una comunicación comercial) o debe formar parte de una práctica comercial (esto es, debe estar integrada entre las manifestaciones contenidas en una práctica comercial).

Nada se dice en el artículo 5.2 LCD acerca de la relación que debe mediar entre la indicación del sometimiento al código de conducta y su incumplimiento y, en particular, no se concreta si esa indicación debe incluirse justamente en la práctica comercial que incumpla los compromisos derivados del código de conducta, en una práctica comercial que guarde relación con la conducta incumplidora del código de conducta o en cualquier práctica comercial aunque no esté relacionada con la conducta incumplidora<sup>33</sup>. A mi modo de ver, a estos efectos sólo es relevante la indicación de vinculación hecha en una práctica comercial que no sólo pueda ser conocida, sino que pueda haber sido tenida en cuenta efectivamente por el destinatario en el trance de decidir su comportamiento económico, pues de otro modo no podrá tener ninguna influencia sobre ese comportamiento. En este sentido obra tanto el encuadramiento de este supuesto de deslealtad entre los actos de engaño (pues si no media una relación entre la ocasión en que se indica la vinculación al código y la definición del comportamiento de mercado de los destinatarios no puede haber defraudación de expectativas de cumplimiento del código), como el mandato legal de atender al contexto fáctico a fin de determinar si el incumplimiento es adecuado para distorsionar significativamente el comportamiento económico de los destinatarios de la indicación.

En particular, la mencionada indicación de vinculación habrá contribuido a formar las expectativas de los destinatarios cuando conste de forma perceptible en la propia práctica incumplidora o en una práctica comercial que puede ser puesta en conexión por los destinatarios con la conducta incumplidora. En cambio, no es tan claro que ello sea así en los casos en los que esa indicación se haga en relación con una conducta distinta de la que ulteriormente constituye el incumplimiento del código de conducta, se haga con carácter general (por ejemplo en la página web del empresario o profesional si por el tipo prestación al que se refiere la conducta incumplidora o las circunstancias de los destinatarios no cabe esperar que consulten la página web antes de determinar su comportamiento de mercado), o se haga en un momento considerablemente anterior al de la realización de la conducta incumplidora y desconectado de ella (incluso si la indicación de vinculación fue hecha en relación con una práctica comercial idéntica o similar: el sometimiento voluntario a un código no puede ser eterno, ni por regla cabe esperar que el destinatario medio considere que es eterno), entre otros. Y no lo es porque, en principio, nada debe hacer pensar que el destinatario conoce y tiene en consideración que el empresario o profesional se ha proclamado vinculado por el código de conducta con carácter general, en el pasado o para conductas distintas, lo que constituye el punto de partida para que pueda tenerla presente al tiempo de definir el comportamiento que pudiera resultar distorsionado ante el incumplimiento.

---

<sup>33</sup>Parecen mostrarse partidarios de una lectura laxa TATO PLAZA, FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO y HERRERA PETRUS (2010, p. 149) y FERNANDO MAGARZO (2010, pp. 110-111).

Por lo demás, la manifestación de compromiso debe haber sido hecha por el propio empresario o profesional incumplidor de los compromisos asumidos; ninguna relevancia tiene a estos efectos, por tanto, las comunicaciones hechas por terceros, como puede ser la entidad responsable del código de conducta que publica una lista de empresas o profesionales sometidos al código, por un competidor adherido o no al código en cuestión, por un medio de comunicación o por un trabajo de divulgación, entre otros.

Y, en fin, la indicación de estar vinculado debe ser precisa, esto es, 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.

## 6.2. Compromiso firme y verificable

La deslealtad del incumplimiento requiere asimismo que el compromiso de observancia del código de conducta sea firme y pueda ser verificado. La firmeza del compromiso se debe entender determinada por contraposición a la idea de mera aspiración u objetivo de ajustar las propias prácticas a las normas de conducta de un código<sup>34</sup> y, por tanto, como obligación exigible en el ámbito subjetivo propio del código, esto es, por parte del responsable del código de conducta y de quienes estén adheridos a él. Precisamente, y sin perjuicio de las normas del código que proclamen beneficiarios de ellas a terceros, el efecto útil del artículo 5.2 LCD consiste en extender la posibilidad de controlar el incumplimiento de los compromisos derivados de un código de conducta a quien no es parte de él y, por otra parte, en reforzar el sistema de represión de los incumplimientos del código, añadiendo la acción de competencia desleal, en su plano sustantivo y procesal, a los remedios jurídico-obligacionales que pueda disponer el propio código y a los que en todo caso resulten del régimen de obligaciones y contratos.

La verificabilidad del compromiso no precisa o añade una nota adicional a la exigencia de publicación o manifestación de la vinculación al código de conducta y, en particular, no se cifra en que pueda comprobarse la realidad de la vinculación afirmada en la práctica comercial, lo que se relaciona con el engaño que pudiera resultar de la falsa afirmación de adhesión a un código de conducta y así con el artículo 21.1 a) LCD<sup>35</sup>. De hecho, sería nula la relevancia práctica de esta conducta desleal si se condicionara a que el destinatario estuviera en condiciones de comprobar la realidad del compromiso proclamado (pues ello exigiría que, además de hacer público el compromiso, se indicara la fuente en que pudiera verificarse), y en todo caso sería una circunstancia del todo ajena a la configuración del engaño como acto de competencia desleal, que

---

<sup>34</sup>Véase el artículo 6.2 b) y i) Directiva 2005/29/CE.

<sup>35</sup>Véase *infra* apartado 7.

obliga a estar a las manifestaciones o conductas realizadas y no a que el destinatario tenga la posibilidad de confirmar en algún medio que lo que se afirma es cierto. Antes bien, el requisito de verificabilidad, como indica un pasaje del artículo 6.2 b) i) Directiva 2005/29/CE omitido en el artículo 5.2 LCD, obedece de forma inmediata a la exigencia de que el compromiso de adhesión proclamado no sea una mera aspiración y, en este sentido, se relaciona con las características del compromiso y, más en particular, entraña la exigencia de que el efectivo cumplimiento del compromiso (y no la realidad del compromiso) pueda ser controlado, lo que a su vez pone en relación el artículo 5.2 LCD con el requerimiento del artículo 37.4 LCD de que los códigos de conducta se doten de mecanismos de resolución de disputas según lo que allí mismo se prevé. Ello no obstante, no puede pasarse por alto el hecho de que esta última previsión sólo es de aplicación a los códigos relativos a las prácticas comerciales con consumidores, mientras que aquella otra es de aplicación a todos los códigos de conducta, de donde se sigue que el medio de verificación de la efectividad del compromiso, en los primeros, es el sistema de resolución de controversias al que se refiere el artículo 37.4 LCD, mientras que en los segundos puede tener una configuración más flexible.

### 6.3. Distorsión del comportamiento económico

La deslealtad del incumplimiento de los compromisos asumidos por virtud de un código de conducta se condiciona a que dicho incumplimiento, *rectius*: la expectativa que despierta en los destinatarios la indicación de la vinculación a un código de conducta hecha en una práctica concurrencial y que frustra el incumplimiento, sea susceptible de distorsionar, de manera significativa, el comportamiento económico de los destinatarios.

Ante todo, ha de advertirse que el mero incumplimiento de los compromisos asumidos por virtud de un código de conducta no implica en todo caso una distorsión del comportamiento económico de los destinatarios aun cuando estén presentes los presupuestos antes indicados, como por demás resulta del encuadramiento de este acto de competencia desleal fuera del catálogo de prácticas comerciales desleales con los consumidores del artículo 19.2 LCD. Dicho en otros términos, establecidos los presupuestos hasta ahora examinados, para afirmar la deslealtad de la conducta, aún será preciso comprobar si, a la vista del contexto fáctico, la indicación de la vinculación incumplida es apta para distorsionar y, además, para distorsionar significativamente el comportamiento de los destinatarios en el caso enjuiciado, lo que, a mi juicio, es tanto como verificar si la expectativa de cumplimiento del código de conducta generada en los destinatarios pudo determinar su comportamiento económico. Como es obvio y del modo ya apuntado, éste es un ejercicio que sólo puede hacerse una vez producido el incumplimiento y, por ello, entraña un juicio retrospectivo que indaga acerca de lo que habría hecho el destinatario si el empresario no hubiera comunicado su vinculación al código de conducta del caso, con lo que este particular acto de engaño carece de la naturaleza de ilícito de peligro propia de los actos de competencia desleal en general, puesto que no puede establecerse mediante un juicio prospectivo o *ex ante* sin una tan imposible como indebida anticipación o suposición del incumplimiento futuro.

Sobre lo anterior y atendido el origen comunitario de la configuración legal de este acto de competencia desleal<sup>36</sup>, no es dudoso que la distorsión significativa aludida es la merma de la capacidad del destinatario de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, de modo que tome una decisión que de otro modo no habría tomado<sup>37</sup>. Como se ve, esa distorsión es el resultado de la interferencia en el proceso racional de toma de decisiones de mercado y, en particular, deriva de la falta de correspondencia con la realidad de las cosas de uno de los presupuestos de hecho tomados en consideración por el destinatario al definir su comportamiento económico, lo que entronca plenamente con las bases del reproche de deslealtad tradicional de los actos de engaño. Bajo este aspecto, la novedad que entraña el artículo 5.2 LCD, y no es poca, consiste en determinar que la vinculación a un código de conducta es un extremo relevante al tiempo de definir el comportamiento económico y, por ello, un extremo sobre el que una falsa representación de la realidad puede determinar un engaño y, en consecuencia, el reproche de deslealtad. Ahora bien, de ello no se sigue que, por esta misma circunstancia y a la luz de los presupuestos fácticos antes referidos, el incumplimiento resulta irremisiblemente en un acto de engaño desleal. En efecto, para ello todavía es preciso establecer que la indicación de vinculación al código es susceptible de llevar al destinatario a decidir en un sentido distinto del que, en el caso de que pudiera haber anticipado el incumplimiento, habría tenido su decisión, como revela a las claras tanto la propia noción de distorsión del comportamiento económico, como la exigencia de atender al contexto fáctico al tiempo de concretar si la conducta considerada es susceptible o no de ocasionar esa distorsión.

Finalmente, y a la vista de la forma en que el legislador interno ha precisado su alcance (aunque ello se haya hecho sólo para prácticas producidas en las relaciones con consumidores), el comportamiento económico relevante a estos efectos, susceptible de ser distorsionado de manera significativa y por lo tanto de determinar la deslealtad del incumplimiento considerado, comprende desde la selección de la oferta hasta el ejercicio de los derechos contractuales que resulten de una operación comercial cerrada con el empresario o profesional incumplidor, pasando por la propia contratación, la ejecución de las obligaciones derivadas del contrato celebrado<sup>38</sup>.

## ***7. Otros actos de engaño relacionados con los códigos de conducta***

### **7.1. La inclusión de las conductas relacionadas con códigos de conducta entre las prácticas comerciales desleales con los consumidores**

---

<sup>36</sup>Véase el artículo 6.2 b) Directiva 2005/29/CE.

<sup>37</sup>Véase el artículo 2 e) Directiva 2005/29/CE.

<sup>38</sup>Véanse los artículos 4.1 III LCD y 2 k) Directiva 2005/29/CE.

El tratamiento sustantivo de los actos de competencia desleal relacionados con códigos de conducta no se limita al supuesto de incumplimiento engañoso previsto en el artículo 5.2 LCD. En efecto, y como resulta de los artículos 19.2 y 21 LCD, ciertas conductas caracterizadas por la falsedad de lo afirmado, sea acerca de la propia relación con un código de conducta, sea acerca del propio código de conducta, se cuentan entre los actos de competencia desleal que tienen la consideración y tratamiento de prácticas comerciales desleales con los consumidores por ser engañosas, esto es, se hallan entre los actos realizados por empresarios o profesionales en el marco de sus relaciones con los consumidores y, más en particular, entre sus conductas relativas a la promoción, venta o suministro de un producto o servicio a consumidores<sup>39</sup> calificados como prácticas comerciales desleales “en todo caso y en cualquier circunstancia”.

En particular, en estos términos se reputa desleal por engañosa la práctica comercial que afirme, sin ser cierto, que el empresario o profesional está adherido a un código de conducta [artículo 21.1 a) LCD], que un código de conducta ha recibido el refrendo de un organismo público o cualquier otro tipo de acreditación [artículo 21.1 b) LCD] y, por otra parte, la práctica consistente en la exhibición de un sello de confianza o de calidad o distintivo equivalente sin haber recibido la necesaria autorización (artículo 21.2 LCD).

En estos casos, la determinación de la deslealtad de la práctica se condiciona sólo a la comprobación de los elementos específicamente indicados en el artículo 21 LCD, sin que para ello sea por tanto preciso establecer además los elementos generales de los actos de engaño desleales, esto es, si inducen a error a los consumidores, si ese error versa sobre uno de los extremos relevantes indicados en el artículo 5 LCD y si es adecuado para distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor en cada caso relevante. En relación con este último extremo no puede dejar de señalarse que la asunción de que estas conductas llevan a los consumidores a tomar decisiones que de otro modo no habrían tomado [pues en ello consiste la esencia de la distorsión de su comportamiento económico: véase artículo 2 e) Directiva 2005/29/CE] parece, a la luz de la experiencia española y conocimiento de los códigos de conducta que puede suponerse a los consumidores de cualquier sector, un tanto alejada de la realidad. Sea como fuere, y, por lo que ahora importa, esta asunción debe quedar confinada al marco de los supuestos del artículo 21.1 LCD y no puede trasladarse, ni como conclusión ni como punto de partida, a los supuestos del artículo 5.2 LCD. Así resulta tanto del propio tenor de este último precepto, que no en vano exige la comprobación positiva caso por caso de la adecuación del incumplimiento para distorsionar el comportamiento de los destinatarios, como de la jurisprudencia comunitaria, que claramente ha situado la diferencia entre la formulación del reproche de deslealtad de los supuestos del Anexo I Directiva 2005/29/CE y el propio de todas aquellas conductas que no se encuentran en dicho Anexo I precisamente en que respecto de estas últimas se requiere comprobar siempre, caso por caso, que en efecto se dan los presupuestos

---

<sup>39</sup>Véase los artículos 19.2 II TRLCU y 2 d) Directiva 2005/29/CE.

legales de la deslealtad<sup>40</sup>, entre los que, en el caso del artículo 5.2 LCD y como queda dicho, se encuentra la aptitud para ocasionar la distorsión a la que se hace referencia.

Estos supuestos de prácticas comerciales desleales por ser engañosas en todo caso y en cualquier circunstancia (si, como se ha indicado, se realizan en el marco de relaciones comerciales con consumidores) proceden del Anexo I Directiva 2005/29/CE; en particular, el artículo 21 LCD transpone al ordenamiento interno las prácticas comerciales en consumidores desleales *per se* de los apartados 1), 2) y 3) del citado Anexo.

Las normas internas, salvadas las diferencias obligadas por la diferente estructura del Anexo I Directiva 2005/29/CE (relación de prácticas) y del Capítulo III Ley 29/2009 (preceptos que necesariamente deben expresar, cada uno de ellos, el juicio de desvalor que merece la práctica considerada), son considerablemente fieles al texto comunitario que trasponen. Ello no obstante, ha de advertirse que el artículo 21 LCD introduce ciertas discrepancias cuya necesidad y justificación no es en absoluto fácil de comprender y que, relativas a una materia sujeta a un mandato de fidelidad comunitaria especialmente intenso<sup>41</sup>, deben (y de hecho pueden) ser interpretadas de tal modo que el resultado práctico, esto es, el ámbito objetivo y el alcance material del reproche de deslealtad coincidan con los previstos en los correspondientes apartados de la Directiva 2005/29/CE. Así la condición de “signatario de un código de conducta” del apartado 1) del Anexo I Directiva 2005/29/CE se ha transmutado en la LCD en estar “adherido a un código de conducta” [artículo 21.1 a) LCD], lo que no parece tener un sentido distinto y en particular no restringe el alcance de la conducta desleal a quienes se vinculan a un código predispuesto por un tercero; el “refrendo de un organismo público o de otro tipo” del apartado 3) Directiva 2005/29/CE pasa a ser en la Ley en el “refrendo de un organismo público o cualquier otro tipo de acreditación” [artículo 21.1 b) LCD], lo que al menos literalmente parece modificar y ampliar el alcance de la norma comunitaria, puesto que ésta sólo contempla “refrendo” mientras que la norma interna considera “refrendo” y “acreditación”, que si significara lo mismo sería redundante y si significara otra cosa determinaría una indebida ampliación respecto de la Directiva 2005/29/CE, y, finalmente, mientras que la norma comunitaria contempla el refrendo de un “organismo público o de otro tipo”, la norma interna sólo considera la primera clase de refrendo sin mencionar el de otro tipo, lo que para salvar la conformidad comunitaria del artículo 21.1 b) LCD exige interpretar que “cualquier otro tipo de acreditación” es el “refrendo (...) de otro tipo” de la Directiva, esto es, el refrendo que no proviene de un organismo público.

## 7.2. Falsa afirmación de adhesión a un código de conducta

El primero de los actos de competencia desleal relacionados con códigos de conducta que tiene la consideración de práctica comercial desleal con los consumidores engañosa en todo caso y en

---

<sup>40</sup>Véase últimamente, la STJUE 9.11.2010, *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG c. Österreich-Zeitungsverlag GMBH*, apartado 34 (C-540/08).

<sup>41</sup>Véanse el Considerando (17) y el artículo 5.5 Directiva 2005/29/CE, tal y como han sido interpretados por las SSTJUE 23.4.2009, 14.2.2010 y 9.11.2010.

cualquier circunstancia es la afirmación falsa de estar adherido a un código de conducta hecha por un empresario o profesional. Ciertamente esa afirmación es adecuada para despertar en los consumidores si no necesariamente la confianza de que sus prácticas son leales, sí al menos la expectativa de que están sometidas a los mecanismos de resolución de disputas que han de establecer (artículo 37.4 LCD) y, por ello, de que será especialmente fácil y rápido el control de las conductas desleales, lo que a su vez se ha entendido adecuado para distorsionar su comportamiento. Como se ve, el objeto sobre el que recae el error que propicia esta afirmación inveraz coincide con aquel sobre el que se defraudan las expectativas en el ámbito del artículo 5.2 LCD; la diferencia radica en la conducta determinante de esa falsa representación, que en el caso del artículo 21.1 a) LCD es la sola proclamación (falsa) de vinculación al código y en el del artículo 5.2 LCD, el incumplimiento (y no la sola indicación de estar vinculado al código).

La determinación de la comisión del correspondiente ilícito sólo exige comprobar que el empresario o profesional ha realizado la oportuna afirmación; que en efecto ha expresado estar adherido a un código de conducta, esto es, estar comprometido al cumplimiento de un código de conducta, cualquiera que fuere el título o acto del que resulte ese compromiso; que el código al que ha manifestado estar adherido es precisamente un código de conducta en el sentido del artículo 2 f) Directiva 2005/29/CE (puesto que ésta es, como se ha dicho, materia en la que rige un estricto mandato de fidelidad comunitaria y el entendimiento de código de conducta de la Ley no necesariamente se ajusta a esa definición), y en fin que esa afirmación es falsa, esto es, que no se corresponde objetivamente con la realidad. La estructura del ilícito no exige, en cambio, que la afirmación falsa se haga en el marco de la oferta o de la contratación de un producto o servicio en particular, por lo que igualmente puede producirse con ocasión de la promoción del conjunto de la actividad, como por ejemplo en una documentación comercial general o en la página web corporativa.

Así las cosas, queda fuera del ámbito de este ilícito la afirmación de pertenecer a un código de conducta inexistente (que es falsa por su propia naturaleza y deberá ser enjuiciada a la luz del artículo 5.1 LCD) o la afirmación incierta de pertenecer a una asociación responsable de un código de conducta (igualmente sometida al juicio del artículo 5.1 LCD), salvo que del contexto resulte que el consumidor medio pueda entender que lo manifestado expresa asimismo el sometimiento o vinculación al código de conducta, como también queda excluida la afirmación falsa de pertenencia a un código de conducta hecha por otro en relación con el sujeto supuestamente sometido al código, como podría ser la afirmación falsa que hiciere el responsable del código de conducta.

### **7.3. Falsa afirmación de refrendo o acreditación de un código de conducta**

En segundo término, se considera desleal por engañoso, en todo caso y en cualquier circunstancia, la afirmación falsa de que un código de conducta cuenta con el refrendo de un organismo público o cualquier otro tipo de acreditación. Del modo anticipado, la exigencia de conformidad comunitaria debe llevar a equiparar esa acreditación a un refrendo de cualquier tipo distinto del recibido de un organismo público. A estos efectos, y teniendo en cuenta que se trata de una práctica engañosa, el refrendo exigido significa, a mi modo de ver, tanto como

autorización, convalidación o aprobación. Por su parte, el organismo público refrendante al que alude la norma puede ser de cualquier naturaleza, como también puede ser una entidad de Derecho privado la entidad que otorgue la certificación igualmente aludida a estos efectos.

Así pues, la determinación de la deslealtad de la conducta exige establecer la existencia de una afirmación, hecha por un empresario o profesional, en el marco de una conducta constitutiva de una práctica comercial con consumidores; la manifestación, en ese contexto, de que un código de conducta cuenta con el refrendo antes indicado, y la inexistencia de ese refrendo. A diferencia de lo que sucede en el caso anterior, no se exige que la afirmación haya sido hecha en este caso por el empresario o profesional ni que se encuadre en el contexto de la manifestación de pertenencia o sometimiento al código en cuestión, lo que sin embargo no determina que las afirmaciones de este tipo queden sujetas al reproche de deslealtad establecido en este precepto cuando se realicen por el responsable del código de conducta en cuestión<sup>42</sup> salvo que pueda establecerse que la realiza en su condición de empresario o profesional y en el contexto de su relación con consumidores<sup>43</sup>. Al igual que en el supuesto anterior, en ninguno de los casos es preciso que la afirmación se haga con ocasión de la promoción o contratación de un producto o servicio en particular, sino que igualmente se encuentra comprendida en el alcance de este ilícito la correspondiente afirmación hecha en relación con el conjunto de la propia actividad desenvuelta con consumidores.

#### 7.4. Indebida exhibición de sellos de confianza

Finalmente, se reputa desleal *per se* la exhibición de un sello de confianza o de calidad o distintivo equivalente sin la necesaria autorización, siempre naturalmente que esa exhibición pueda considerarse que, ella misma o la conducta en cuyo marco se realiza, está comprendida en el ámbito de las prácticas comerciales con consumidores<sup>44</sup>.

La conexión de esta práctica con los códigos de conducta resulta de la posibilidad, no infrecuente en la práctica, de que la adhesión a un código de conducta confiera al empresario o profesional el derecho a exhibir un sello de confianza o un distintivo de esta naturaleza. Aunque con carácter general no se ha definido qué es un sello de confianza o distintivo equivalente a estos efectos, desde la perspectiva que nos ocupa, no parece dudoso que merecerá esta condición todo medio que formalmente (por haberlo previsto así el responsable del código) o de hecho (por indicarlo de este modo y ser así entendido por los consumidores) expresa, informa o advierte al consumidor de que el empresario o profesional que lo exhibe se ha obligado a cumplir un código de conducta.

---

<sup>42</sup>Véase el artículo 2 g) Directiva 2005/29/CE.

<sup>43</sup>Véanse los artículos 19.2 LCD, 19.2 II TRLCU y el apartado 3) del Anexo I Directiva 2005/29/CE en relación con las definiciones de práctica comercial desleal y comerciante del artículo 2 b) y d) Directiva 2005/29/CE.

<sup>44</sup>Véanse los artículos 19.2 LCD y 19.2 II TRLCU.

En consecuencia, y desde la óptica ahora considerada, para proclamar que se ha realizado esta práctica desleal será preciso establecer la utilización del sello o distintivo y la falta de la necesaria autorización, esto es, la falta de legitimidad del uso (pues acaso el responsable del código no somete el uso del sello correspondiente a una autorización previa, sino al sólo sometimiento o adhesión al código).

## ***8. Aspectos procesales***

### **8.1. La exigencia de recurso previo a los órganos de control de los códigos de conducta**

La regulación del engaño por incumplimiento de los compromisos asumidos por virtud de un código de conducta se completa con el establecimiento de un específico requisito de previo cumplimiento para el ejercicio de las acciones de cesación y rectificación reguladas en el artículo 32 LCD (y sólo de estas acciones). En efecto, el artículo 39.1 LCD, con una redacción especialmente oscura que parece especialmente criticable en una materia que puede tener grave incidencia en el ejercicio de las acciones de competencia desleal, establece que la demanda de competencia desleal con la que se sustancie una acción de cesación o de rectificación fundada “en las causas previstas en el artículo 5.2” LCD sólo puede ejercitarse tras haber instado, con carácter previo, la cesación (incluida la prohibición de realizar) o rectificación del acto o práctica comercial ante el órgano de control del código de conducta. Y, en particular, lo prevé en los siguientes términos:

“Cuando la acción se fundamente en las causas previstas en el artículo 5.2, se instará, con carácter previo al ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32.1, 2.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup>, ante el órgano de control del código de conducta, la cesación o rectificación del acto o la práctica comercial de quienes de forma pública estén adheridos al mismo, así como el compromiso de abstenerse de realizar el acto o la práctica desleal cuando éstos todavía no se hayan producido.

El órgano de control estará obligado a emitir el pronunciamiento que proceda en el plazo de 15 días desde la presentación de la solicitud, plazo durante el cual, quien haya iniciado este procedimiento previo, no podrá ejercitar la correspondiente acción judicial.

Transcurrido el plazo previsto en el párrafo anterior, sin que se haya notificado al reclamante la decisión o cuando ésta sea insatisfactoria o fuera incumplida, quedará expedita la vía judicial”.

Esta previsión del artículo 39.1 LCD no es resultado de la transposición inmediata de un precepto de la Directiva 2005/29/CE, en la que no existe precepto que disponga un requisito de esta naturaleza y alcance para la represión de la práctica engañosa de su artículo 6.2 *b*) ni de ninguna otra práctica desleal. Antes bien, el Considerando (21) de la Directiva 2005/29/CE establece, a modo de necesario dato de partida para la construcción del sistema de represión de las prácticas comerciales desleales, que las personas que tengan un interés legítimo en combatir dichas prácticas “deben” contar con la posibilidad de ejercitar las acciones pertinentes, sea ante los tribunales, sea ante los órganos de la administración. De conformidad con este planteamiento, ya en el texto articulado, la Directiva 2005/29/CE dispone, en términos que no dejan duda acerca de

lo imperativo de la previsión, que los Estados miembros no sólo establecerán medios adecuados para reprimir las prácticas comerciales desleales, sino que arbitrarán los medios precisos para que quienes tengan un interés legítimo en reprimirlas puedan proceder en vía judicial o administrativa (artículo 11.1 Directiva 2005/29/CE). Y, en esta línea y justamente en relación con los códigos de conducta, igualmente dispone que el recurso a los procedimientos de control de los códigos de conducta sea, por una parte, sólo adicional al recurso a los tribunales o a la Administración y, por otra parte, no implique una renuncia a las vías judicial o administrativa (artículo 10 Directiva 2005/29/CE), mandato éste que, conviene recordar, se alinea con la posición reiteradamente mantenida por las instituciones comunitarias en los textos que han tratado del recurso a los sistemas de resolución de disputas propios de la autorregulación, como son las Recomendaciones de la Comisión Europea 98/257/CE y 2001/310/CE a las que se refiere la propia Exposición de Motivos de la Ley 29/2009 precisamente en este contexto (aunque con un propósito distinto).

Ello no obstante, la Directiva 2005/29/CE no dejó de admitir que la legislación interna pudiera prever la necesidad de acudir a los mecanismos de resolución de conflictos propios de los códigos de conducta con carácter previo a su resolución por los tribunales o por la Administración. Así lo hizo, en particular, el artículo 11.1 III Directiva 2005/29/CE, como aun antes lo hiciera el artículo 5.1 II de la [Directiva 2006/114/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa](#)<sup>45</sup> (en adelante, Directiva 2006/114/CE). Ahora bien, la posibilidad de exigir ese trámite no se dejó, al menos literalmente, en manos de los legisladores de los Estados miembros, sino de los tribunales y de la Administración. En efecto, el artículo 11.1 I y II Directiva 2005/29/CE exige, como se ha dicho, que los Estados miembros arbitren procedimientos judiciales y/o administrativos que permitan combatir las prácticas comerciales desleales y, por otra parte -pero sólo en segundo término y siempre sin perjuicio de lo anterior -, les permite, si lo estiman conveniente, facultar a los órganos judiciales y/o administrativos ante los que se interpongan los correspondientes procedimientos para exigir el recurso previo a un sistema alternativo de resolución de disputas, como puede ser precisamente el organizado para resolver las disputas que resulten del incumplimiento de un código de conducta.

De esta clara discrepancia no puede deducirse, en mi opinión, que la LCD haya incumplido la Directiva en este punto. Y ello, haciendo ahora abstracción del alcance material del artículo 39.1 LCD (de los actos de competencia desleal a los que afecta y de los sujetos a los que compromete), porque aquellos que tengan un interés legítimo en combatir los actos de competencia desleal tienen reconocida, de forma innegable tanto la posibilidad de plantear las acciones contra los actos de competencia desleal ante los tribunales [artículos 32 y ss. LCD y concordantes de la [Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil](#)<sup>46</sup> (en adelante, LEC)], como la de promover, por medio de la oportuna denuncia, la incoación de procedimientos administrativos sancionadores

---

<sup>45</sup> DOUE L376, de 12.12.2006.

<sup>46</sup>BOE núm. 7, de 8.1.2000.

contra las prácticas comerciales desleales [artículos 19, 47.3 y 49.1 l) TRLCU en relación con los artículos 31 y 68 de la [Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común](#)<sup>47</sup> (en adelante, LRJPAC)], en el que la noción de “interesado” se ha interpretado por los tribunales en un sentido amplio que desde la perspectiva que ahora importa incluye sin duda no sólo a los consumidores y a sus asociaciones, sino también a los competidores y a sus asociaciones<sup>48</sup>. Esta posibilidad no resulta eliminada por la exigencia (por otra parte, de alcance objetivo y subjetivo limitado) de acudir a los sistemas de resolución de disputas de los códigos de conducta prevista en el artículo 39 LCD. Por una parte, los interesados tienen en todo caso inmediatamente expedita la vía administrativa para combatir las prácticas comerciales desleales, que son justamente las únicas conductas a las que se extienden las exigencias de los artículos 10.2 y 11.1 Directiva 2005/29/CE, lo que determina que lo allí dispuesto acerca del acceso de los interesados a procedimientos de represión haya sido plenamente respetado aun con la más estricta de las lecturas que pudiera hacerse al respecto. Por otra parte, la exigencia que nos ocupa, bien miradas las cosas y siempre en su ámbito de aplicación, ni entraña, desde luego, una renuncia a las acciones ante los tribunales ni tampoco su pérdida para combatir actos de competencia desleal, sino que tan sólo lo difiere durante 15 días, lo que en la más estrecha de las interpretaciones posibles se revela compatible con el citado artículo 11.1 Directiva 2005/29/CE (y, en relación con los actos constitutivos de publicidad engañosa y desleal, con el artículo 5.1 II Directiva 2006/114/CE) y está, por demás, bajo la salvaguarda de los artículos 37.5 y 39.1 III de la propia LCD.

## 8.2. Alcance objetivo

De acuerdo con el artículo 39.1 LCD, el recurso a los órganos de resolución de disputas de los códigos de conducta, como requisito previo a la interposición de una demanda de competencia desleal, sólo se prevé en los casos en los que la conducta ilícita sea el acto de competencia desleal del artículo 5.2 LCD y sólo se establece en relación con la acción de cesación y rectificación.

### a) Actos de competencia desleal

Por más ambigua que sea la locución “acción (que) se fundamente en las causas previstas en el artículo 5.2”, la única causa en que puede fundarse una acción de cesación o rectificación en ese precepto es la comisión de esa modalidad particular de acto de engaño que es el incumplimiento de un código de conducta. Desde un punto de vista objetivo, por tanto y del modo en que se ha

---

<sup>47</sup>BOE núm. 285, de 37.11.1992.

<sup>48</sup>Véase *per omnia* las SSTs, 3ª, 8.4.1994 (RJ 3016) y 15.12.1997 (RJ 713), que entronca con la jurisprudencia constitucional sobre legitimación activa en el procedimiento contencioso administrativo establecida, entre otras muchas, en la STC, 1ª, 26.1.2009 (RTC 28), y que, desarrollada sobre la base del artículo 24.1 CE, es igualmente aplicable al procedimiento administrativo del modo en que tiene dicho, por ejemplo, la STS, 3ª, 23.3.1984 (RJ 1766) y así procede hacer a la luz de lo indicado en los Considerandos (8) y (21) y en el artículo 11.1 I Directiva 2005/29/CE.

expuesto antes<sup>49</sup>, sólo es exigible el recurso previo al procedimiento de resolución de disputas en relación con el acto de engaño consistente en la defraudación (debida al incumplimiento del código de conducta) de la confianza que legítimamente se pudo depositar en que el empresario o profesional, por razón de su vinculación pública y firme a un código de conducta, cumpliría ciertas normas -distintas de las impuestas legal, reglamentaria o administrativamente [ex artículo 2 f) Directiva 2005/29/CE]-, cuando esa confianza (ulteriormente defraudada) hubiera podido distorsionar el comportamiento económico del destinatario.

Por ello mismo y atendido el alcance de los compromisos cuyo incumplimiento es relevante a los efectos del artículo 5.2 LCD<sup>50</sup>, la previa reclamación ante los órganos de resolución de disputas de un código de conducta en los casos en que se desee interponer una acción de cesación o rectificación por competencia desleal contra un empresario o profesional adherido a ese código sólo es exigible, como paso previo a la interposición de las correspondientes acciones ante los tribunales de justicia, cuando el acto de competencia desleal que deba servir de base a la acción sea en acto de engaño resultante de la vulneración de las obligaciones del código que vayan más allá de lo previsto legalmente (como son, por ejemplo, las relativas al sometimiento necesario de los contenidos la publicidad a un control previo, que admite el artículo 37.4 LCD, o las relativas a la observancia de resoluciones dictadas por los órganos de resolución de disputas del código) y debe dirigirse precisamente a la obtención de la declaración de infracción del código de conducta y adopción de los remedios que al efecto se prevean en el propio código (no así de la distorsión del comportamiento de mercado de los destinatarios de la proclamación de vinculación al código). Desde la perspectiva opuesta, el planteamiento previo de la controversia ante los órganos de autorregulación no es exigido si la norma incumplida del código de conducta reitera o concreta una disposición de la LCD o que por vía de los artículos 1 o 18 LCD deba entenderse integrada en ella, precisamente porque ese incumplimiento no es la base de la conducta desleal del artículo 5.2 LCD; en estos supuestos, el legitimado activamente para el ejercicio de la acción de competencia desleal puede presentar la demanda con la que sustancie acciones de cesación y rectificación, así como las demás reconocidas legalmente, contra el correspondiente acto de competencia desleal.

Así las cosas, no podrá condicionarse el ejercicio de la acción de competencia desleal contra quien haya cometido, por ejemplo, un acto de engaño del artículo 5.1 LCD, un acto de comparación desleal o una violación de normas desleal, al previo recurso al sistema de resolución de disputas del código de conducta al que esté adherido el demandado por el solo hecho de que éste haya expresado su vinculación a un código de conducta en una práctica comercial, y sea dicha vinculación firme y verificable; sí, en cambio, cuando el acto de competencia desleal consista en el incumplimiento de la obligación de observar la decisión adoptada por el órgano de resolución de disputas correspondiente, aunque esa decisión resuelva una controversia relativa a la vulneración de la norma del código que reitera lo previsto legalmente para cualquiera de esos actos de competencia desleal.

---

<sup>49</sup>Véanse *supra* los apartados 5 y 6.

<sup>50</sup>Véase *supra* el apartado 5.2.

Otro entendimiento, siempre desde mi punto de vista, no tiene cabida en el tenor del artículo 39.1 LCD, que (por tortuosa que sea su redacción) sólo prevé el recurso previo que establece en relación con el acto de competencia desleal del artículo 5.2 LCD, que es precisamente el incumplimiento de un código de conducta como una práctica autónoma y distinta de la comisión de un acto de competencia desleal definido legalmente.

Y todo ello, por supuesto, sin perjuicio de que, con los límites que establece el artículo 37.5 LCD y exige el artículo 10 Directiva 2005/29/CE, los propios códigos de conducta puedan comprometer válidamente a sus miembros a someter las disputas que puedan suscitarse entre ellos en relación con el cumplimiento de cualquiera de sus normas, también de las que reiteran o concretan preceptos legales, a sus mecanismos de resolución de disputas<sup>51</sup>. Como también debe entenderse lo anteriormente expuesto sin perjuicio de la previsión, contenida en los propios códigos de conducta, de que los terceros no asociados puedan plantear con carácter general reclamaciones contra quienes estén adheridos a ellos por medio de los mecanismos allí establecidos para la resolución de controversias y establecer la correspondiente obligación de los miembros del código de someterse a los procedimientos que así se inicien, o de la previsión de que los terceros puedan someterse a sus sistemas de resolución de disputas también por causa de la inobservancia de esas normas cuyo contenido sustantivo reitera la regulación legal o reglamentaria cumpliendo las exigencias que al respecto puedan disponerse.

#### **b) Acciones**

La exigencia de sustanciación previa de la controversia ante los órganos de resolución de disputas del código de conducta en cuestión no alcanza a las acciones del artículo 32 LCD distintas de las de cesación y rectificación.

En su limitado ámbito de aplicación, el mandato de acudir previamente al sistema de resolución de conflictos del código incumplido no puede eludirse por medio de la acumulación de pretensiones en la misma demanda, de las mencionadas en el artículo 39.1 LCD y de otra u otras de las previstas en su artículo 32; esto es, el ejercicio conjunto de la acción de cesación o de la acción de rectificación y, por otra parte, de la acción de declaración, remoción o indemnización de daños y perjuicios no exime, en lo que se refiere a aquellas primeras, del cumplimiento del requisito impuesto en el artículo 39.1 LCD. Pero como es obvio, esos otros remedios (y singularmente remoción e indemnización de daños y perjuicios), a menos que hayan sido previstos en el propio código de conducta con carácter obligatorio para quienes estén vinculados a él, deben obtenerse de los tribunales, a los que singularmente, y a la vista del contenido que en la actualidad tienen los códigos de conducta más relevantes de nuestra práctica, habrá que acudir para obtener una indemnización de daños y perjuicios. Y como es evidente, y más allá de lo satisfactoria que pueda haber sido la decisión del órgano de solución de disputas del código de conducta infringido del reclamante y lo efectivo que haya sido su acatamiento por el reclamado,

---

<sup>51</sup>Véase la SAP Madrid, Sec. 11ª, 18.1.2007 (AC 996).

en el trance de resolver sobre esas otras acciones no están los tribunales en absoluto vinculados por aquella decisión, y bien pueden concluir que el incumplimiento establecido, en el marco de un juicio deontológico, por el órgano de resolución de conflictos no existió, que la vinculación al código no se indicó en una práctica comercial, que el compromiso expresado no fue firme, etc. Dicho en otros términos, si se ejercitan esas otras acciones, que tienen como presupuesto fáctico-jurídico necesario el incumplimiento desleal del código de conducta, el previo enjuiciamiento del órgano de resolución de disputas, no evita que el asunto sea enteramente enjuiciado por los tribunales, que pueden rechazar que la conducta desleal antes apreciada en el órgano de autorregulación con arreglo a las normas propias de los códigos de conducta lo sea en Derecho. Y aún más, este recurso previo, también en los casos en que la resolución deontológica sea la deseada, no evita el tener que plantear la acción de cesación y en su caso la de rectificación si, no obstante lo resuelto por el órgano de resolución de disputas del código y no obstante la aplicación de las sanciones al efecto previstas por el código de conducta, el reclamado, mientras no haya sido expulsado del código, sigue cometiendo el incumplimiento desleal denunciado y declarado, como por lo demás prevé el propio artículo 39.1 III LCD, sin que tampoco en este caso pueda haber sujeción de los tribunales a la decisión previa del organismo de resolución de disputas del código.

Por otra parte, no puede dejar de repararse en que el acto de engaño por incumplimiento de un código de conducta tiene la calificación de práctica comercial desleal en relación con los consumidores, cuando la conducta incumplidora se produzca en ese ámbito (artículo 19.1 LCD) y que, como tal, constituye un ilícito en materia de defensa de los consumidores y usuarios [artículo 49.1 l) de la TRLCU], del que conocen las “autoridades competentes” (artículo 47.3 LCD) en el seno del correspondiente procedimiento administrativo sancionador. Ello no obstante, y como se ha expuesto anteriormente, el requisito previsto en el artículo 39.1 LCD no opera en relación con la denuncia ante estas autoridades y solicitud de incoación del oportuno expediente sancionador.

### 8.3. Alcance subjetivo

Aun con el alcance objetivo limitado que se acaba de esbozar, la excepción al recurso directo a los tribunales que se prevé en el artículo 39.1 LCD puede suscitar dudas en cuanto a su alcance subjetivo y, en particular, en cuanto si debe tener carácter general y por ello afectar a todos los que tuvieran legitimación para interponer la acción de competencia desleal contra un acto de engaño por incumplimiento de un código de conducta, o si en cambio debe quedar restringida a los que se hayan vinculado al código de conducta en cuestión.

A este respecto parece conveniente recordar que, antes de la reforma de 2009 y desde la perspectiva de la legitimación pasiva, los tribunales negaron heteroeficacia al sistema de resolución de disputas de los códigos de conducta al rechazar la posibilidad de que esos sistemas conocieran y resolvieran procedimientos contra sujetos que no se hubiera sometido voluntariamente al código de conducta y su sistema de resolución de disputas o, al menos, al

procedimiento instado en el caso<sup>52</sup>. Y parece también oportuno recordar que las Recomendaciones de la Comisión Europea 98/257/CE y 2001/310/CE condicionaron la sujeción a los procedimientos de los sistemas de autorregulación al consentimiento expreso de los implicados.

Sin embargo, estos planteamientos no pueden trasladarse a la determinación del ámbito de los sujetos sometidos a la exigencia del artículo 39.1 LCD, para limitarlo a aquellos que se encuentren adheridos al código de conducta en cuestión con carácter previo o, si se prefiere, para excluir del círculo subjetivo de esta norma a aquellos sujetos que no están adheridos al código incumplido. Y ello, porque, como se acaba de exponer, el ámbito objetivo de aplicación de esta exigencia no tiene carácter general, sino que está circunscrito al acto de competencia desleal del artículo 5.2 LCD. Por lo tanto, si bien se mira, sólo compromete a los terceros a no acudir a los tribunales (de forma directa e inmediata, sin trámites previos) para resolver conflictos que tienen como base el incumplimiento de aquellas normas del código que no tienen correspondiente legal y, en su caso y por lo demás, tan sólo difieren a un segundo momento el conocimiento por los tribunales tanto del propio incumplimiento como de la eventual aptitud de la defraudación de expectativas que comporta ese incumplimiento para distorsionar la conducta de mercado de los destinatarios. Así, la exigencia del artículo 39.1 LCD, no priva a los terceros no adheridos de la posibilidad de que el incumplimiento de las normas de la LCD, distintas de las que son sólo establecidas en un código de conducta, sea planteado y resuelto de forma directa e inmediata ante los tribunales de justicia o, en su caso, ante la Administración. En este contexto, y atendida la completa ordenación de conductas concurrentemente relevantes contenida en la LCD y lo satisfactorio de la respuesta legal, parece razonable y justificado por motivos de eficiencia y eficacia dejar en manos de los propios sistemas de autorregulación el esclarecimiento de si en efecto se ha producido un incumplimiento del código correspondiente (en cuanto no reitera o concreta una disposición legal) y la adopción de los correspondientes remedios, y dejar el acceso a los tribunales para un momento posterior en los casos previstos en el artículo 39.1 III LCD. Aún más, teniendo en cuenta que el presupuesto de la deslealtad se encuentra en el incumplimiento de una norma privada, no parece juicioso que se trate de solucionar el problema en el ámbito privado antes que acudir a unos tribunales crónicamente sobrecargados, que en ningún caso han de quedar vinculados por la resolución que emita el organismo de se trate y a los que en todo caso puede acudirse sin trámites previos cuando la norma del código infringida sea reiteración o concreción de una disposición legal o incluso cuando se trata de la inobservancia de una decisión del órgano de solución por vulneración de una norma de conducta que reitera o concreta una norma legal.

#### **8.4. Acceso a los tribunales**

Como se ha adelantado, el artículo 39 LCD no impide, en el reducido ámbito en que resulta de aplicación, que las acciones relativas a un acto de competencia desleal del artículo 5.2 LCD sean planteadas ante los tribunales. Simplemente retrasa esa posibilidad para un segundo momento, tanto en relación con las acciones de cesación y rectificación, como en relación con las demás

---

<sup>52</sup>Véase la SAP Madrid, Sec. 11<sup>a</sup>, 24.5.2004 (JUR 227317).

acciones que se ejerciten conjuntamente. Este acceso a la vía judicial sólo se suspende durante los quince días siguientes a la presentación de la correspondiente reclamación (artículo 39.1 II LCD) y sólo se condiciona a la falta de resolución en ese plazo, a la falta de satisfacción con la decisión que se adopte, sin que se hayan limitado en forma alguna las razones de la falta de satisfacción relevantes a estos efectos, y al incumplimiento de la decisión que se dicte (artículo 39.1 III LCD).

En cambio, el artículo 39 LCD, no contempla de forma directa el acceso a la justicia del reclamado y vencido en el procedimiento de aplicación del código de conducta. El reclamado que esté disconforme con lo resuelto acerca del incumplimiento de las normas en él contenidas, incluidas aquellas cuya vulneración pueda servir de base al acto de competencia desleal del artículo 5.2 LCD, no puede recurrir directamente ante los tribunales. Con todo, nada impide que la cuestión puede acabar por plantearse ante los tribunales, sea por medio del incumplimiento de lo acordado por el órgano de resolución del controversias del código, quedando a la espera de que el reclamante se torne en demandante por competencia desleal o por vulneración de las obligaciones jurídico-contractuales asumidas con la adhesión al código<sup>53</sup>, sea por medio del planteamiento de la acción de cesación y rectificación contra el propio código de conducta, *rectius*: contra la entidad responsable del código de conducta, al amparo de lo previsto en el artículo 38 LCD.

---

<sup>53</sup>Véanse REBOLLO PUIG (2010, pp. 335-338) y SORO RUSSELL (2010, pp. 16-27).

## 9. Tabla de sentencias

*Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

<i>Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Asunto</i>
23.4.2009	C-261/07 y C-299/07	VTB-VAB c. Total Belgium NV y Galatea BVBA c. Sanoma Magazines Belgium NV
14.2.2010	C-304/08	Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV c. Plus Warenhandelsgesellschaft GmbH
9.11.2010	C-540/08	Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG c. Österreich- Zeitungsverlag GmbH

*Sentencias del Tribunal Constitucional*

<i>Sala y fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
1ª, 26.1.2009	RTC 28	María Emilia Casas Baamonde

*Sentencias del Tribunal Supremo*

<i>Sala y fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
3ª, 23.3.1984	RJ 1766	Fernando Roldán Martínez
3ª, 8.4.1994	RJ 3016	Jaime Rouanet Moscardó
3ª, 15.12.1997	RJ 713	Fernando Martín González
1ª, 15.1.2010	RJ 415	José Ramón Ferrándiz Gabriel

*Sentencias de Audiencias Provinciales*

<i>Resolución y fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
SAP Madrid, Sec. 11ª, 24.5.2004	JUR 227317	Jesús Gavilán López
SAP Madrid, Sec. 11ª,	AC 996	Jesús Gavilán López

18.1.2007		
SAP Madrid, Sec. 11 <sup>a</sup> , 29.4.2008	AC 1075	Félix Almazán Lafuente
SAP Burgos, Sec. 3 <sup>a</sup> , 22.3.2010	AC 364	María Esther Villimar San Salvador

## 10. Bibliografía

Alberto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2010), “Los códigos de conducta, la autorregulación y la nueva Ley de Competencia Desleal”, en José Antonio GÓMEZ SEGADE y Ángel GARCÍA VIDAL (Eds.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires.

José María DE LA CUESTA RUTE (2010), “La autorregulación como regulación jurídica”, en Alicia REAL PÉREZ (Coord.), *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, pp. 31-54.

Emilio DÍAZ RUIZ (2010), “Códigos de conducta y mercados financieros”, en Alicia REAL PÉREZ (Coord.), *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, pp. 263-290.

Pablo FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO (2008-2009), “Algunas notas sobre la autorregulación en la nueva legislación contra la competencia desleal”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, T. 29, pp. 89-114.

Carmen FERNÁNDEZ NEIRA (2003), “Vientos de regulación para la autorregulación: la futura Directiva marco sobre prácticas desleales”, *Autocontrol*, núm. 74, pp. 1-6.

María Rosario FERNANDO MAGARZO (2008), “La consolidación de la autorregulación publicitaria en España: fomento normativo y reconocimiento jurisprudencial”, *Autocontrol*, núm. 135, pp. 18-30.

--(2010), “Códigos de conducta”, *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm. 7, pp. 91-118.

Helmut KÖHLER y Joachim BORNKAMM (2010), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 28<sup>a</sup> ed., C. H. Beck, Munich.

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

--(2006), *El nuevo Derecho contra la competencia desleal*, Thomson-Civitas, Madrid.

--(2010), "Aproximación a la autorregulación publicitaria", en Alicia REAL PÉREZ (Coord.), *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, pp. 105-114.

Ángel Fernando PANTALEÓN PRIETO (1996), "La acción de cesación o de prohibición en la Ley de Competencia Desleal", en Juan Luis IGLESIAS PRADA (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. I, Civitas, Madrid, pp. 953-968.

Manuel REBOLLO PUIG (2010), "La resolución extrajudicial de conflictos publicitarios", en Alicia REAL PÉREZ (Coord.), *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, pp. 335-361.

Juan Ignacio RUIZ PERIS (2010), "Una reforma consumerista de la Ley de Competencia Desleal o reforma no siempre significa una mejora", en Juan Ignacio RUIZ PERIS (Dir.), *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Olivier SORO RUSSELL (2010), "Veinte años de resoluciones judiciales de interés civil y mercantil en materia de códigos de conducta: una repercusión todavía muy limitada", *InDret 2/2010* ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

Anxo TATO PLAZA (1997), "El nuevo sistema de autodisciplina publicitaria en España", *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, T. 18, pp. 161-186.

Anxo TATO PLAZA, Pablo FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO y Christian HERRERA PETRUS (2010), *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal*, La Ley, Madrid.

Francisco URÍA FERNÁNDEZ (2010), "Códigos de conducta en el ámbito de la actividad bancaria", en Alicia REAL RUIZ (Coord.), *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, pp. 307-324.