

Lusíada



Repositório das Universidades Lusíada

Universidades Lusíada

Montero García-Noblejas, Pilar

Prácticas comerciales desleales en la Unión Europea

<http://hdl.handle.net/11067/5466>

<https://doi.org/10.34628/z6xj-dc64>

Metadata

Issue Date	2018
Type	bookPart

This page was automatically generated in 2024-02-28T22:08:06Z with information provided by the Repository

PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES EN LA UNIÓN EUROPEA

Pilar Montero García-Noblejas

Profesora Titular de Derecho Mercantil, Directora del Master de Propiedad Intelectual. Universidad de Alicante (España).

SUMÁRIO:

- I. Introducción
- II. Normativa de la unión europea sobre prácticas comerciales desleales
- III. Las prácticas comerciales desleales con consumidores
 - 1. Concepto de prácticas comerciales desleales
 - 2. Clausula general
 - 3. Supuestos tipificados
- IV. Las prácticas comerciales desleales en la cadena alimentaria
- V. Conclusiones
- VI. Bibliografía

I. Introducción

La libre competencia entre los que operan en el mercado se encuentra limitada por las deficiencias de los mecanismos del mercado como son por ejemplo las diferencias que existen entre los bienes y servicios que se ofertan, el hecho de que existan determinados poderes en el mercado, el intervencionismo estatal, así como el propio ordenamiento que en ocasiones restringe la libertad con la finalidad de proteger determinados intereses¹. En todo caso la competencia debe respetarse, es decir, no resultar falseada con prácticas restrictivas o colusorias, ni tampoco debe desarrollarse a través de conductas desleales². Es decir, en nuestro sistema se permite que la competencia sea en cierta medida agresiva³, en el sentido de que un empresario puede realizar actuaciones encaminadas a ponerse por encima de los demás. De hecho esta será normalmente su intención, obtener mayor clientela y mayor éxito que el resto de operadores en el mercado. Pero una cosa es que pueda llevar a cabo una actividad de competencia en cierta medida agresiva, y otra que pueda valerse de medios ilícitos o deshonestos⁴.

II. Normativa de la unión europea sobre prácticas comerciales desleales

La normativa sobre prácticas desleales se encuentra regulada por la Unión Europea de manera sectorial y parcial, en diversos textos legales como son fundamentalmente la Directiva sobre publicidad engañosa y comparativa (Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, que

¹ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal*, Madrid, 1988, pág. 22.

² MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal*, *op. cit.* págs. 22-23.

³ En sentido amplio, siempre que no se trate de prácticas desleales por agresivas.

⁴ GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Derecho Mercantil Parte Primera*, *op. cit.*, pág. 191; MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, P., "La importancia del derecho de la competencia en el sector turístico", *International Journal of Scientific Management and Tourism*, 2016.

deroga la anterior Directiva 84/450/CEE); la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de marzo de 2010 sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), que deroga la Directiva 89/552/CEE; Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano; Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores. Recientemente puede resaltarse la Directiva de 8 de junio de 2016 relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas, mediante la cual se trata de proteger un derecho inmaterial que no está amparado por un derecho de exclusiva, y que determina la necesidad de proteger a las empresas de las prácticas desleales que persiguen la apropiación indebida de secretos comerciales⁵.

De entre todas las normas sectoriales o parciales que tienen relación con las prácticas desleales, es preciso resaltar la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales, 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, 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.

⁵ RABASA MARTÍNEZ, I., "El anteproyecto de Ley de Secretos Empresariales y la Directiva 2016/943 relativa a los conocimientos técnicos e información empresarial no divulgados", *La Ley mercantil*, N.º. 47 (mayo), 2018, págs. 1 y ss.

El análisis de esta norma pone de manifiesto la fragmentación subjetiva existente en el derecho de la Unión Europea contra la competencia desleal, en la medida en que en esta última se regulan las prácticas comerciales desleales realizadas por las empresas en sus relaciones con los consumidores en perjuicio de los intereses de estos últimos, en particular de los intereses económicos. Fragmentación que merece un juicio negativo y que no es consecuencia de razones sustantivas, sino que se deriva de los condicionantes a los que se encuentra sometido el derecho de la Unión Europea⁶. Por este motivo se muestra condicionado por aspectos como la necesidad de justificación en el mercado interior y el respeto de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, así como la relevancia de la protección de los consumidores en las políticas de la Unión Europea⁷.

No obstante, esos condicionantes que han ocasionado la normativa de la Unión Europea no deberían comportar una ruptura en la unidad sistemática del régimen regulador de la competencia desleal en los diversos países, dado que esta normativa no obliga a los Estados a asumir esta fragmentación subjetiva. Esto solo se deriva de la falta de constatación de que existan obstáculos susceptibles de justificar la intervención del legislador de la Unión Europea en las prácticas que se producen entre los competidores⁸.

No es por tanto obligatorio que los países, como España o Alemania, en los que la regulación de la competencia desleal se basa en la defensa de la competencia económica en su totalidad, con el objeto de cumplir con las exigencias de conservación

⁶ MASSAGUER, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal*, op. cit. págs. 45 y ss.; FERNÁNDEZ NÓVOA, C., "La Directiva comunitaria sobre prácticas comerciales desleales", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N° 1, 2006, págs. 1 y ss.; TATO PLAZA, A., "Líneas generales de la reforma...(!)", op. cit. págs. 8 y 9; TATO PLAZA, A./ FERNANDEZ CARBALLO-CALERO, P./HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, Madrid, 2010, págs. 34 y ss.; MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, P. "La deslealtad en las prácticas comerciales agresivas entre competidores", *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, vol. 32, 2012.

⁷ MASSAGUER, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal*, op. cit. págs. 38 y ss.

⁸ MASSAGUER, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal*, op. cit. págs. 43 y ss.

del mercado y de la protección de todos los que participan en él⁹, sea necesario asumir un modelo de normativa de represión de la competencia desleal que se encuentre subjetivamente fragmentado¹⁰. Y en caso de hacerlo, esto debe censurarse dado que comporta una excesiva parcialidad y complejidad de aplicación de las normas, así como la existencia de lagunas en la normativa, que se muestran difícilmente justificables.

La propia Directiva destaca que únicamente se rige por la necesidad de protección de los intereses económicos de los consumidores frente a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con ellos. Se pone por tanto de manifiesto cómo, de forma indirecta, esta orientación protege también a las empresas que operan lícitamente de aquellos de sus competidores que no cumplen lo dispuesto en la Directiva, garantizando así una competencia leal en el ámbito coordinado por ella. La Directiva reconoce también la existencia de otras prácticas comerciales que, si bien no perjudican al consumidor, pueden dañar a los competidores y a los clientes de las empresas. No obstante remite a un futuro análisis por parte de la Comisión respecto de la necesidad de una intervención a nivel de la Unión Europea en el campo de la competencia desleal más allá del ámbito de la Directiva para, en su caso, presentar una propuesta legislativa en este sentido¹¹. En este mismo sentido se pronuncia la Directiva sobre secretos comerciales, en la que se afirma que, aun cuando la presente Directiva no tenga por objeto reformar o armonizar el Derecho en materia de competencia desleal en general, convendría que la Comisión examinara detenidamente la necesidad de una actuación de la Unión en dicho ámbito¹².

En Derecho español, la finalidad de incorporar la Directiva de la Unión Europea sobre prácticas desleales supuso la

⁹ GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Derecho Mercantil Parte Primera*, op. cit., pág. 195.

¹⁰ Así MASSAGUER, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal*, Navarra, op. cit. pág. 45.

¹¹ Cfr. Considerando octavo de la Directiva 2005/29/CE.

¹² Cfr. considerando 17 de la Directiva de 8 de junio de 2016 relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas.

modificación de las leyes sobre competencia desleal así como sobre publicidad¹³. De esta forma, la modificación, además de incorporar la Directiva, elimina situaciones de conflicto que se producían anteriormente entre la Ley de Competencia desleal y la Ley general de publicidad. Como principales novedades de la Ley de Competencia desleal se produce una modificación del ámbito de aplicación de la misma, tanto de la cláusula general¹⁴, como de las concretas prácticas desleales. Se ha puesto de manifiesto como con esta reforma se ha producido en Derecho español una quiebra en la unidad estructural que caracterizaba la ley de competencia desleal. De manera que se va a consagrar, junto a la categoría de los actos de competencia desleal, otra categoría específica como son las denominadas “prácticas comerciales desleales con los consumidores”. Rompiendo así la unidad sistemática que caracterizaba a la Ley, dado que en ella la calificación como desleal de una conducta no se hacía depender de los destinatarios de la misma. Esta circunstancia ocasiona a su vez el inconveniente de que determinadas prácticas pueden verse sometidas a un doble régimen jurídico¹⁵.

¹³ Se modificaron las siguientes leyes: Ley 31991 de 10 de enero de Competencia Desleal, el Texto Refundido de la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de Noviembre, la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, y la ley 34/1988 de 11 de Noviembre, General de Publicidad.

¹⁴ Vid. sobre la misma con anterioridad a la ley GARCÍA-PÉREZ, R., “Las disposiciones generales y la cláusula general de la Ley de Competencia Desleal a la luz de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, N° 242, 2006, págs. 60 y ss. en esp. 66 y ss.; MAMBRILLA RIVERA, V., “Prácticas comerciales y competencia desleal: estudio del Derecho comunitario europeo y español. La incorporación de la Directiva 2005/29/CE a nuestro Derecho interno (incidencia en los presupuestos generales y en la cláusula general prohibitiva del ilícito desleal) (y Tercera parte)”, *Rcd*, N° 6, 2010, págs. 99 y ss. y 104 y ss. y con posterioridad a la promulgación de la ley GÓMEZ SEGADE, J.A., “La nueva cláusula general en la LCD”, en *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños / coord. por GÓMEZ SEGADE, J.A.; GARCÍA VIDAL, A.; OLIVENCIA RUIZ, M. (pr.)*, 2010, págs. 331

¹⁵ MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, P., “La deslealtad de las prácticas comerciales agresivas entre competidores”, *ADI*, 32, 2011-2012, págs. 174-175; TATO PLAZA, A., “Líneas generales de la reforma (I)”, *op. cit.* pág. 8; LEMA DEVESA, C., “Los actos de engaño en la ley de competencia desleal”, en *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños / coord. por GÓMEZ SEGADE, J.A.; GARCÍA VIDAL, A.; OLIVENCIA RUIZ, M. (pr.)*, 2010, pág. 355; BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A., *Apuntes de Derecho Mercantil*, Navarra 2010, pág. 376.

III. Las prácticas comerciales desleales con consumidores

1. Concepto de prácticas comerciales desleales

Las prácticas comerciales desleales se consideran, a nivel de la Unión Europea y con carácter general, como prácticas que se apartan manifiestamente de una buena conducta comercial, que son contrarias a la buena fe y la lealtad y que, de forma unilateral, un socio comercial impone a otro¹⁶.

En la Directiva sobre prácticas comerciales desleales se tipifica como práctica comercial desleal la práctica que sea contraria a los requisitos de la diligencia profesional y distorsione o pueda distorsionar de manera sustancial, con respecto al producto de que se trate, el comportamiento económico del consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica, o del miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores.

En lo que se refiere al concepto de “*práctica*” éste se caracteriza, de conformidad con su ámbito de aplicación, como “prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consumidores” y se definen como “todo acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores”¹⁷. En relación con esta cuestión se puede poner de manifiesto que la Ley española no se refiere a las prácticas, sino que utiliza el término “conducta”. Esto ha dado lugar a diversas reacciones doctrinales que afirman la improcedencia de modificar los

¹⁶ Vid. la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Hacer frente a las prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario entre empresas, Estrasburgo, 15.7.2014, COM (2014) 472 final.

¹⁷ Cfr. art. 2.d) de la Directiva 2005/29/CE.

términos establecidos por la ley española¹⁸, dado que la noción de práctica comercial se corresponde en lo esencial con la noción de acto de competencia, en la medida en que los actos que se contemplan en la definición que proporciona la Directiva son actuaciones con trascendencia externa y esta función de promoción, de venta o de suministro de un producto o servicio se encuentra en la finalidad concurrencial de la ley española. No obstante, el ámbito de aplicación de la Ley española es más amplio que el de la Directiva, dado que se incluyen prácticas que de forma indirecta sirven para la promoción o el afianzamiento de las prestaciones en el mercado. Esta mayor amplitud de la normativa española no debería comportar problemas de colisión con la Directiva, en la medida en que se trata de un aspecto que no ha sido objeto de armonización y, por lo tanto, en la que los legisladores internos conservan su libertad de actuación¹⁹.

En todo caso, los actos a los que se hace referencia deben tener finalidad concurrencial, es decir debe tratarse de actos dirigidos a atraer clientes, sean consumidores o posibles consumidores de bienes o servicios²⁰. Esto es así en la medida en que la finalidad puede lograrse bien atrayendo directamente clientes o bien potenciando su propia organización, sin que sea relevante la intención o el conocimiento de los efectos de la conducta por parte del sujeto agente, y que incluye tanto la posibilidad de influir en la estructura y procesos de mercado en la actualidad o en un futuro²¹. En relación con esta cuestión la Sentencia del Tribunal de Justicia 9 de Noviembre de 2010 (TJCE/2010/322), afirmaba que la Directiva se caracteriza

¹⁸ MASSAGUER, J./MARCOS, F./SUÑOL, A., "La transposición al derecho español de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales", Informe del Grupo de trabajo constituido en el seno de la Asociación española de Defensa de la Competencia, *Boletín n° 213*, pág. 30; MARTÍNEZ SANZ, F./PUETZ, A., "Ámbito de aplicación y cláusula general de competencia desleal", *RCD*, n° 7, 2010, pág. 24.

¹⁹ MASSAGUER, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal*, *op. cit.* pág. 22.

²⁰ MASSAGUER, J., *Comentario a la ley de competencia desleal*, *op. cit.* pág. 122. El acto concurrencial podrá así consistir en un contrato o en un acto no negocial *vid.* ASCARELLI, T., *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, Barcelona, 1970, págs. 33 y ss.

²¹ Incluyendo conductas ajenas a la lucha concurrencial que sean adecuadas para promover o asegurar la difusión de las prestaciones de su autor o de un tercero, *vid.* MASSAGUER, J., *Comentario a la ley de competencia desleal*, *op. cit.* págs. 122 y ss.

por tener un ámbito de aplicación especialmente amplio que se extiende a cualquier práctica comercial que presenta un vínculo directo con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores. Por tanto solo se excluyen de su ámbito de aplicación las normativas nacionales relativas a prácticas comerciales desleales que menoscaben “solo” los intereses económicos de los competidores o que se refieran a una transacción entre comerciantes. De manera que se puede considerar que todas las conductas objetivamente idóneas para promover o asegurar la difusión en el mercado, ya sea de forma directa o indirecta, de las prestaciones propias o de un tercero, son prácticas relacionadas con la promoción, venta o suministro de productos a las que se refiere la Directiva²².

2. Clausula general

La Directiva establece, como es habitual en numerosas normas de competencia desleal, una prohibición general que a su vez se desarrolla en relación con dos grupos de prácticas desleales, como son las prácticas comerciales engañosas y las prácticas comerciales agresivas.

Respecto de la cláusula general, es posible resaltar que la Directiva prohíbe las prácticas comerciales desleales, que tendrán esta consideración siempre que sean contrarias a los requisitos de la diligencia profesional y distorsionen o puede distorsionar de manera sustancial, con respecto al producto de que se trate, el comportamiento económico del consumidor

²² Se afirma por parte de la doctrina la concordancia de la ley española con la Directiva, vid. MARTÍNEZ SANZ, F./PUETZ, A., “Ámbito de aplicación y cláusula general de competencia desleal”, *op. cit.* pág. 25; TATO PLAZA, A./FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P./HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, *op. cit.* pág. 36, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A., Artículo 2 “Ámbito objetivo”, en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. (Dir), Navarra, 2011, pág. 82. Aunque existen también interpretaciones que estiman que se produce una modificación del ámbito de aplicación en el caso de la Directiva vid. EMPARANZA SOBEJANO, A., “El régimen jurídico de las prácticas comerciales con los consumidores y usuarios”, *RCD*, nº 7, 2010, pág.76; GARCÍA-PÉREZ, R., “La reforma del derecho contra la competencia desleal: ¿Hacia el derecho de la lealtad?”, en *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI*: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños / coord. por GÓMEZ SEGADÉ, J.A.; GARCÍA VIDAL, A.; OLIVENCIA RUIZ, M. (pr.), 2010, págs. 326 y ss, vid. RUIZ PERIS, J.I., “El laberinto de la cláusula general de la ley de competencia desleal”, *ADI* 30 (2009-2010), págs.444 y ss.

medio al que afecta o al que se dirige la práctica, o del miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores²³.

Considerándose la diligencia profesional como el nivel de competencia y cuidado especiales que cabe razonablemente esperar del comerciante en sus relaciones con los consumidores, acorde con las prácticas honradas del mercado o con el principio general de buena fe en el ámbito de actividad del comerciante²⁴.

De conformidad con este precepto la susceptibilidad de alterar el comportamiento económico del consumidor configura las prácticas desleales como un ilícito de peligro o de riesgo, dado que no se requiere que efectivamente se distorsione la conducta de los destinatarios, sino que sea susceptible de hacerlo, sin que por tanto esto implique la introducción de un elemento subjetivo en este ilícito de deslealtad²⁵.

El comportamiento tiene que ser susceptible de distorsionar de forma significativa la libertad de elección o conducta del destinatario, distorsión que se producirá cuando esta conducta sea susceptible de afectar a su comportamiento económico. En este comportamiento el consumidor puede ser tanto el destinatario de la práctica como el afectado por la misma²⁶. A diferencia de lo que sucede en la Ley española que en ella se refiere únicamente al consumidor destinatario de la práctica. Podemos apreciar la importancia de esta matización, por ejemplo, en la influencia de los menores en la decisión de compra de los padres, dado que los menores son

²³ Cfr. art. 5 Directiva 2005.

²⁴ Cfr. art. 1.h) Directiva 2005.

²⁵ Vid. por todos MASSAGUER, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal*, *op. cit.* págs. 79-80.

²⁶ Cfr. art. 5 b) de la Directiva vid. GÓMEZ SEGADÉ, J.A., “La nueva cláusula general en la LCD”, *op. cit.* pág. 341. Siendo por tanto irrelevante que las decisiones económicas se adopten personalmente por los destinatarios o por otros que obran a petición suya, MASSAGUER, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal*, *op. cit.* págs. 93-94.

los destinatarios de la práctica pero normalmente no son los afectados²⁷.

El uso del término “distorsionar” tiene una connotación negativa, de manera que no será suficiente una mera influencia en la conducta de los consumidores, sino que debe tratarse de una influencia indebida que tuerce o deforma esa conducta y que impide autonomía y racionalidad en sus decisiones²⁸. Si acudimos a las versiones de la Directiva en los distintos idiomas, podemos apreciar que las versiones francesa y alemana son las únicas que emplean un solo término para referirse a la “distorsión”. Se observa por tanto que en la versión francesa se emplea el término “*altération*” (tanto en el art. 2.e) como en los arts. 5 y 8). Y en la versión alemana se emplea en los tres casos el mismo término “*unzulässige Beeinflussung*”. En ambos casos se trata de palabras con significados negativos que, si bien podrían estimarse parecidos a la traducción oficial al español, no son idénticos, en la medida en que la distorsión se refiere a una deformación de algo y mermar hace referencia a una disminución o limitación de algo²⁹, motivo por el cual se estima adecuada la traducción oficial al alemán³⁰.

En cuanto a la distorsión de este comportamiento económico, se precisa que la distorsión supone una disminución de la capacidad de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa³¹. Si se tiene en cuenta que pleno conocimiento de causa no es sinónimo de autonomía y racionalidad económica en la toma de la decisión, en la medida en que podría existir la primera y no la segunda, es posible afirmar la conveniencia de

²⁷ MASSAGUER, J., *Comentario a la ley de competencia desleal*, op. cit. págs. 234-235.; se pone de relieve que este círculo de destinatarios no siempre coincide con el consumidor final, ni con el concepto de cliente potencial, dado que en ocasiones la prestación puede ser adquirida por orden de un prescriptor, vid. así PALAU RAMIREZ, F., “El consumidor medio y los sondeos de opinión en las prohibiciones de engaño en el Derecho español y europeo”, *ADI*, 19, 1998, pág. 372.

²⁸ MASSAGUER, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal*, op. cit. pág. 84.

²⁹ Las versiones inglesa e italiana sí que utilizan términos distintos, y equivalentes a los elegidos por la versión española (así en inglés se emplean: “distort” e “impair” y en la italiana: “falsare” y “limitare”).

³⁰ En la versión portuguesa de la Directiva se emplean también términos negativos como: *distorcer* y *prejudicar*.

³¹ De conformidad con la letra e) del art. 2 de la Directiva de 2005.

integrar el conocimiento de causa con la finalidad de la represión de las prácticas comerciales desleales, incluyendo también la falta de autonomía o racionalidad en el comportamiento de los consumidores³².

Por comportamiento económico deberá entenderse toda decisión por la que éste opta por actuar o por abstenerse de hacerlo en relación con: la selección de una oferta u oferente, la contratación de un bien o servicio, así como, en su caso, de qué manera y en qué condiciones contratarla, el pago del precio, total o parcial, o cualquier otra forma de pago, la conservación del bien o servicio, el ejercicio de los derechos contractuales en relación con los bienes y servicios³³.

Las definiciones que se realizan en la Directiva respecto del “comportamiento económico de los consumidores” así como la de “decisión sobre una transacción”, podrían permitir una cierta identificación entre el comportamiento económico del consumidor y la adquisición de un producto. Siendo así, sería posible proponer una interpretación restrictiva según la cual únicamente se extiende el control de deslealtad a las prácticas que se refieran a las decisiones de compra de un producto, excluyéndose a las prácticas anteriores que conforman el proceso de toma de decisiones de los consumidores, que sólo puedan influir en la captación de su atención y formación de sus preferencias³⁴. Si bien, frente a esta interpretación, sería posible alegar la necesidad de tener en consideración la finalidad

³² MASSAGUER, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal*, op. cit. págs. 85-86, así lo entiende MARTÍNEZ SANZ, F./PUETZ, A., “Ámbito de aplicación y cláusula general de competencia desleal”, op. cit. pág. 38.

³³ De conformidad con la definición de “decisión sobre una transacción” de la letra k) del art. 2 de la Directiva. En el considerando 7 de la Directiva se precisa este extremo, afirmándose que: *La presente Directiva aborda las prácticas comerciales que influyen directamente en las decisiones de los consumidores sobre transacciones relacionadas con productos. No se refiere a prácticas comerciales realizadas fundamentalmente con otros fines, como las comunicaciones comerciales dirigidas a inversores, por ejemplo, informes anuales y publicaciones de promoción empresarial. La Directiva no trata de los requisitos legales en relación con el buen gusto y el decoro, los cuales varían considerablemente de un Estado miembro a otro (...)*

³⁴ GARCÍA PEREZ, R., “Consideraciones preliminares sobre la incidencia en la Ley de Competencia Desleal del Anteproyecto de Ley que incorpora la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales”, *Diario La Ley*, 2008, pág. 6.

que inspira la Directiva, a saber, la voluntad de garantizar un aumento en el nivel de protección de los consumidores. En este sentido, se especifica en los considerandos de la misma que la prohibición general abarca las prácticas comerciales desleales que distorsionan el comportamiento económico de los consumidores. Aunque se añade que, con la finalidad de fomentar la confianza del consumidor, la prohibición general debe aplicarse también a las prácticas comerciales desleales que se produzcan fuera de cualesquiera relaciones contractuales existentes entre un comerciante y un consumidor o tras la celebración de un contrato y durante su ejecución. En el considerando siguiente se resalta además la conveniencia de considerar prácticas comerciales engañosas aquellas prácticas, incluida la publicidad engañosa, que al inducir a engaño al consumidor, le impiden elegir con el debido conocimiento de causa y, en consecuencia, de manera eficiente³⁵. Si bien, también habría sido posible proponer la posibilidad de que se hubiera realizado una traducción algo más precisa de la Directiva al español en relación con el término “decisión sobre una transacción”, traduciéndolo por ejemplo con el término “decisión comercial”. De este modo se haría una referencia más clara al hecho de que esta decisión incluye, dentro del ámbito de aplicación, además de la adquisición de un producto o servicio, también el proceso de toma de decisión sobre dicho producto³⁶.

³⁵ Considerandos 13 y 14 de la Directiva. MASSAGUER, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal*, op. cit. págs.80 y ss. considera que debe realizarse una interpretación amplia que incluya las fases anteriores del proceso de toma de decisiones de los consumidores; RUIZ PERIS, J.I., “Una reforma consumerista...”, op. cit. págs. 56-57 considera que, en derecho español, la enumeración de las conductas debe considerarse meramente ejemplificativa, y deben por tanto quedar incluidas conductas tanto activas como omisivas, que se refieran al ámbito de la contratación o no.

³⁶ La normativa española admite expresamente, dentro de lo que se entiende por comportamiento económico del consumidor o usuario toda decisión por la que éste opta por actuar u abstenerse de hacerlo en relación con, entre otras cuestiones, la selección de una oferta u oferente, como paso anterior a la contratación que incluiría por tanto la formación de preferencias en los consumidores Vid. art. 4 LCD; Interpretación defendida por la doctrina así MASSAGUER, J., “Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal”, *Actualidad Jurídica Uribe Menéndez/ 27-2010*, págs. 17 y ss; TATO PLAZA, A./FERNANDEZ CARBALLO-CALERO, P./HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, op. cit. págs. 88 y ss; Artículo 4 “Cláusula general”, en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A., Artículo 4 “Cláusula general”, op. cit. pág. 110; MARTÍNEZ SANZ, F./PUETZ, A., “Ámbito de aplicación y cláusula general de competencia desleal”, op. cit. pág. 37.

Como consecuencia del principio de proporcionalidad, para que la aptitud de la práctica para mermar la libertad de elección o conducta del destinatario pueda comportar su deslealtad, no es suficiente con que exista, sino que ésta debe ser sustancial. De conformidad con este principio se pone de manifiesto que la Directiva protege a los consumidores de las consecuencias de las prácticas comerciales desleales cuando éstas sean sustanciales, reconociendo que, en determinados casos, no se considerará el comportamiento como desleal si la incidencia para el consumidor se muestra insignificante³⁷.

Será por tanto sustancial aquélla practica que tenga la suficiente entidad como para ser susceptible de comportar una alteración del comportamiento económico de los destinatarios, haciendo que adopten una decisión distinta a la que habrían adoptado en el caso de no existir esta práctica desleal. Es preciso compartir la opinión de que no se trata aquí de una regla de *mínimis* o cláusula de bagatela, es decir, que no se debe exigir que la práctica afecte o pueda afectar a la conducta de un número significativo de consumidores, sino sólo que la posibilidad de que afecte y de que distorsione la conducta de los consumidores sea probable, y no una mera probabilidad en abstracto³⁸.

No obstante, no se exige que esta conducta distorsione efectivamente la conducta del destinatario, ni que sea lo que determine la declaración de voluntad³⁹, sino que solo es necesario demostrar que puede incidir en la conducta del

³⁷ Cfr. considerando 6 de la Directiva en el que se precisa que ésta no afecta tampoco a las prácticas publicitarias y de comercialización aceptadas, como la publicidad indirecta (*product placement*) legítima, la diferenciación de marcas o la oferta de incentivos que pueden afectar legítimamente a la percepción que tienen los consumidores de los productos e influir en su comportamiento, *pero sin mermar su capacidad de tomar una decisión con el debido conocimiento de causa*.

³⁸ vid. MASSAGUER, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal*, *op. cit.* pág. 87; MARTÍNEZ SANZ, F./PUETZ, A., "Ámbito de aplicación y cláusula general de competencia desleal", *op. cit.* págs. 38-39. Si bien estiman que si nos encontramos ante una regla de *mínimis* o cláusula de bagatela GÓMEZ SEGADÉ, J.A., "La nueva cláusula general en la LCD", *op. cit.* pág. 342; TATO PLAZA, A./ FERNANDEZ CARBALLO-CALERO, P./HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, *op. cit.* pág. 88.

³⁹ Tal y como sucede en los contratos, en el ámbito de los vicios del consentimiento RUIZ PERIS, J.I., "Una reforma consumerista de la Ley de competencia desleal o reforma no siempre significa mejora", en *La reforma de la Ley de competencia desleal: (estudios sobre 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 mejora de la protección de los consumidores y usuarios)*, Valencia, 2010, págs. 21 y ss.

destinatario de forma significativa, es decir, que la conducta del destinatario podría ser distinta si esa práctica no existiera⁴⁰.

Las características que se tienen en cuenta para valorar la entidad de la práctica pueden ser diversas como su naturaleza, persistencia, la forma en que se realiza, el momento o el lugar, el contenido...etc. Pero en todo caso se trata de una relación entre la práctica y la conducta del destinatario, sin que cobre relevancia en este sentido la importancia del mercado o el número de consumidores a los que pueda afectar. Se excluyen no obstante de la aplicación de este precepto a las afirmaciones exageradas o respecto de las cuales no se pretenda una interpretación literal. En este sentido se estima, por parte de la Directiva, que se trata de prácticas que no son susceptibles de mermar la capacidad para tomar una decisión con el debido conocimiento de causa.

En la Directiva, así como en diversos ordenamientos de nuestro entorno⁴¹, en la toma de la decisión solo se hace referencia al producto. Esto no ocurre en Derecho alemán, francés, ni portugués, en los que no se limitan las prácticas respecto de los productos, permitiendo la inclusión de los servicios⁴². En derecho español se precisa de manera concreta que la decisión deberá referirse a un determinado bien o servicio. Esta circunstancia no supone ningún cambio de aplicación de la Directiva, en la medida en que en ella se incluye los servicios dentro de la definición de producto. Entendiéndose por producto: cualquier bien o servicio, incluidos los bienes inmuebles, así como los derechos y obligaciones⁴³.

⁴⁰ MASSAGER, J., "Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal", *op. cit.* pág. 31 considera así que la aptitud para influir negativamente en el comportamiento económico de los destinatarios deberá afirmarse en todos los casos en los que el destinatario no pueda escapar a la influencia a la que se le somete de forma razonablemente sencilla y sin caer en aquello que el destinatario evitaría dejándose vencer por el acoso, coacción o influencia indebida.

⁴¹ Así sucede en derecho Italiano, cfr. art. 24 del DECRETO LEGISLATIVO 2 Agosto 2007, en derecho inglés (art. 7 The consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008), Luxemburgo art. 7 de la Loi du 29 avril 2009 relative aux pratiques commerciales déloyales y Bélgica art. 92 de la Loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur du 6 avril 2010.

⁴² Cfr. §2.(1).1 de la UWG, art. L122-11 *Code de la Consommation* y art. 11 ley portuguesa, Decreto-Lei n.º 57/2008 de 26 de Março.

⁴³ Art. 2 Directiva 2005.

3. Supuestos tipificados

Tal y como ha sido avanzado, la Directiva desarrolla dos grupos de prácticas desleales con la finalidad de promover la seguridad jurídica, así como la existencia de un máximo nivel de armonización. Estas son las prácticas comerciales engañosas y las prácticas comerciales agresivas. Si bien, en cuanto a su caracterización debe resaltarse que no se trata de cláusulas que alteren el fundamento de la cláusula general, sino que asumen todos sus elementos y concretan ciertos extremos⁴⁴.

La relación entre ambos tipos de prohibiciones, es decir, las específicas que se refieren a las prácticas engañosas y agresivas, respecto de la cláusula general, tiene el mismo significado que se aplica en la normativa española respecto de la cláusula general y los supuestos tipificados. De este modo se trata de prácticas que incorporan todos los elementos para considerar esas prácticas como desleales de conformidad con la cláusula general. Motivo por el cual para enjuiciar su ilicitud será suficiente el análisis de la conducta respecto de lo establecido en los correspondientes preceptos de la Directiva. Sin que sea necesario analizar si además se dan los requisitos establecidos en la cláusula general, dado que nos encontramos ante normas de desarrollo de la prohibición general, y no normas especiales⁴⁵. De manera que se trata de ilícitos extracontractuales, objetivos y de peligro⁴⁶. La Directiva pone de manifiesto este carácter de desarrollo de la cláusula general puesto que se afirma que: *“Esta prohibición general se desarrolla mediante normas sobre dos tipos de prácticas comerciales que son, con mucho, las más*

⁴⁴ MASSAGUER, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal*, op. cit. pág. 98; suponiendo una cierta especificación de la cláusula general GALLEGOS SÁNCHEZ, E., *Derecho Mercantil Parte Primera*, pág. 199.

⁴⁵ Existe así en Derecho español una amplia jurisprudencia que afirma que el precepto que regula la cláusula general no establece una norma integrativa o complementaria de la ilicitud de los actos descritos en los artículos posteriores, así MASSAGUER, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal*, op. cit. págs. 98 y ss; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La ampliación del concepto de competencia desleal”, en *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI*: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños / coord. por GÓMEZ SEGADÉ, J.A.; GARCÍA VIDAL, A.; OLIVENCIA RUIZ, M. (pr.), 2010, págs. 398-399.

⁴⁶ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *La Competencia desleal*, Madrid, 1988, pág. 130; MASSAGUER, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal*, op. cit. págs. 98 y ss.

*comunes: las prácticas comerciales engañosas y las prácticas comerciales agresivas*⁴⁷.

La Directiva dispone además, con la voluntad de reforzar la seguridad jurídica, un catálogo de prácticas que se consideran desleales *per se*, y en las cuales será innecesario examinar que se cumplen los requisitos de existencia de alguna de las conductas previstas, ni tampoco de susceptibilidad de afectar el comportamiento económico de los consumidores. En estos supuestos se presume directamente que se dan ambos requisitos y por tanto se reputarán prácticas desleales por ser engañosas o agresivas. No obstante, para que sea posible llegar a esta conclusión es necesario que se prueben los requisitos exigidos en cada una de las cláusulas agresivas *per se*⁴⁸. Pues en otro caso, si no se cumplen todos los requisitos exigidos por el precepto, será necesario acudir a los preceptos generales sobre prácticas engañosas o agresivas y/o a la cláusula general, al objeto de poder determinar si se trata o no de una práctica desleal.

Este listado de prácticas engañosas y agresivas de la Directiva se encuentra condicionada a que nos encontremos ante relaciones con consumidores pues, en otro caso, exigirán un examen previo de su ilicitud de conformidad con lo establecido en los artículos correspondientes reguladores de la competencia desleal en cada Estado miembro. No obstante, en la realización de este examen pondrá tener influencia el hecho de que pudieran considerarse como prácticas desleales *per se* en relación con los consumidores⁴⁹.

⁴⁷ Cfr. considerando 13 de la Directiva.

⁴⁸ Teniendo en cuenta la dificultad para generar una prueba de los hechos, resultará una labor extremadamente difícil, así CARBAJO CASCÓN, F., "Otras prácticas agresivas", en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. (Dir), Navarra, 2011, pág. 821.

⁴⁹ TATO PLAZA, A./FERNANDEZ CARBALLO-CALERO, P./HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, op. cit. pág. 190 nota 273; ARROYO APARICIO, A., "Prácticas agresivas", en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. (Dir), Navarra, 2011, pág. 210; FERNANDEZ CARBALLO-CALERO, P./SALGADO ANDRÉ, E., "Actos de engaño y omisiones engañosas en la ley de competencia desleal (análisis de los arts. 5 y 7 LCD)", *ADI*, (2009-2010), pág. 227 critica que la ley española no haya unificado el presupuesto subjetivo de aplicación de la ley, extendiendo la aplicación también a los empresarios y profesionales.

El legislador español ha optado por realizar una clasificación de las prácticas engañosas y agresivas, a diferencia de lo que se ha realizado a nivel de la Unión Europea. En este sentido es posible recordar que la Directiva únicamente establece el listado de las prácticas desleales engañosas y agresivas *per se*, sin realizar ningún tipo de diferenciación. Esta clasificación realizada en derecho español no siempre merece un juicio positivo, puesto que no siempre se utilizan criterios homogéneos de clasificación y, además, en ocasiones determinadas prácticas se muestran difícilmente encuadrables en uno u otro grupo de casos⁵⁰.

IV. Las Prácticas Comerciales Desleales en la Cadena Alimentaria

En el ámbito de la Unión Europea es posible poner de manifiesto la reciente evolución que puede apreciarse respecto de la normativa sobre competencia desleal, muy particularmente ligada a la cadena alimentaria. En este sentido se muestra oportuno destacar como la Unión Europea estima que es preciso llevar a cabo una protección eficaz y específica destinada a los agricultores, ganaderos, transformadores, intermediarios, mayoristas, minoristas y consumidores en su calidad de agentes en la cadena de suministro alimentario. La finalidad de llevar a cabo esta protección se deriva de la constatación de que los agentes más pequeños de esa cadena se encuentran más propensos a verse expuestos a prácticas comerciales desleales, dado que suelen tener escaso poder de negociación que pueda equipararse al de los agentes que compran sus productos en fases posteriores de la cadena. Todo ello además es una consecuencia de las pocas alternativas que tienen a la hora de hacer llegar sus productos a los consumidores.

⁵⁰ TATO PLAZA, A./FERNANDEZ CARBALLO-CALERO, P./HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, *op. cit.* pág. 206; MASSAGER, J., "Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal", *op. cit.* pág. 27; CARBAJO CASCÓN, F., "Otras prácticas agresivas", *op. cit.* págs. 822 y ss.

La Unión Europea reconoce que, ante la ausencia de una normativa horizontal a nivel de la Unión Europea que discipline las prácticas desleales entre los competidores, se pone de manifiesto la conveniencia de establecer una normativa que proteja los intereses de los agentes de la cadena alimentaria. La cadena de suministro alimentario se puede definir como una sucesión continua de mercados interrelacionados verticalmente, y se caracteriza por la existencia de grandes diferencias entre el poder de negociación de las pequeñas y medianas empresas y el de las empresas de mayor tamaño⁵¹. Se trata por tanto de una medida que se conecta a los objetivos de la Política Agrícola Común (PAC). En este sentido es posible recordar que uno de los objetivos esenciales de la Política Agrícola Común es garantizar un nivel de vida equitativo a la población agrícola⁵².

Esta finalidad es difícil de lograr en los casos en los que se producen prácticas comerciales desleales. Circunstancia tanto más frecuente, cuanto que la normativa sobre competencia desleal en los diversos estados de la Unión Europea carece de la uniformidad que sería deseable.

La Comisión pone de manifiesto que, en una situación en la que la política agrícola se encuentra más claramente orientada al mercado, la buena gobernanza de la cadena de suministro alimentario es cada vez más importante para los agentes, en particular para los productores agropecuarios. Según palabras de la Propuesta de Directiva, ésta debería garantizar que esos agentes puedan competir en condiciones equitativas y contribuir así a la eficacia global de la cadena. Dado que en otro caso, el hecho de que los agentes que ostentan poder de negociación

⁵¹ Vid. Propuesta de DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro alimentario.

⁵² Cfr. art. 39 TFUE: "1. Los objetivos de la política agrícola común serán: a) incrementar la productividad agrícola, fomentando el progreso técnico, asegurando el desarrollo racional de la producción agrícola, así como el empleo óptimo de los factores de producción, en particular, de la mano de obra; b) garantizar así un nivel de vida equitativo a la población agrícola, en especial, mediante el aumento de la renta individual de los que trabajan en la agricultura; c) estabilizar los mercados; d) garantizar la seguridad de los abastecimientos; e) asegurar al consumidor suministros a precios razonables".

actúen con un comportamiento comercial desleal que no esté prohibido, o respecto del cual las vías de recurso sean ineficaces, puede socavar la viabilidad económica de agentes de la cadena. Por otra parte, una gobernanza débil también podría fragilizar la confianza en la lealtad y el funcionamiento de la cadena de suministro alimentario⁵³.

Ante esta situación es preciso resaltar que, si bien numerosos países europeos cuentan con una normativa específica que regula la competencia desleal, en otros países en cambio ésta no recibe un tratamiento expreso. Además, las normas de los diversos estados carecen de la uniformidad deseable, así como los organismos de control de cada Estado, de manera que se producen desigualdades en los diversos mercados, lo cual puede tener consecuencias perjudiciales para el funcionamiento del mercado único.

La Propuesta de Directiva destaca en este sentido que la Iniciativa de la Cadena de Suministro, ha tenido un importante papel para concienciar a los participantes en la cadena alimentaria, así como para reducir las prácticas de competencia desleal, permitiendo la existencia de un foro que facilite y desjudicialice los conflictos que se puedan producir. Si bien esta iniciativa no puede considerarse que vaya a solucionar los problemas existentes por diversos motivos. En primer término porque se trata de una iniciativa voluntaria, de manera que no abarca a todos los participantes en el mercado. Por otra parte, esta iniciativa carece de capacidad sancionadora, ni puede realizar investigaciones por iniciativa propia.

La fragmentación del derecho de la competencia desleal a nivel de la Unión Europea se pretende solucionar, en palabras de la propuesta de Directiva, en la cadena de suministro alimentario introduciendo un nivel mínimo común de protección en toda la Unión Europea, mediante la introducción de una lista

⁵³ Vid. Propuesta de DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro alimentario.

de prácticas comerciales desleales prohibidas. La protección se extiende a los pequeños y medianos proveedores de la cadena de suministro alimentario, siempre que vendan productos alimenticios a compradores que no sean pequeñas y medianas empresas. Se pone de manifiesto por tanto que se regulan las prácticas realizadas entre empresas, aspecto que en cambio no entra dentro del ámbito de aplicación de otras normas de la Unión Europea sobre competencia desleal, como la Directiva anteriormente referida. Si bien es este sentido se resalta que el planteamiento conceptual subyacente a las normas de la Unión Europea aplicables a las relaciones entre empresas y consumidores comparte algunas características importantes con las normas de los Estados miembros en materia de prácticas comerciales desleales que rigen las transacciones entre empresas, a saber, la protección de las partes que son más débiles en una transacción comercial⁵⁴.

Esta propuesta normativa tiene como base garantizar los objetivos de la Política Agrícola Común (PAC), en particular uno de sus objetivos esenciales como es la necesidad de garantizar un nivel de vida equitativo a la población agrícola⁵⁵. Se pone así de manifiesto que esta falta de uniformidad, o incluso la ausencia de las normas sobre prácticas comerciales desleales puede menoscabar la finalidad de garantizar un nivel de vida equitativo a la población agrícola, arriesgando la rentabilidad de los productores agropecuarios⁵⁶.

La Directiva enumera por tanto una lista mínima de prácticas comerciales desleales prohibidas entre compradores y proveedores en la cadena de suministro alimentario, prevé normas mínimas en relación con el control del cumplimiento de esa prohibición, diversas disposiciones relacionadas con

⁵⁴ GONZÁLEZ VAQUE, L., "La futura regulación de las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro de alimentos de la UE", *REVISTA DE DERECHO AGRARIO Y ALIMENTARIO* 125 SEGUNDA ÉPOCA. N° 72 AÑO XXXIV, pág. 19 considera que la propuesta de Directiva no satisface las expectativas de los empresarios y consumidores de la UE.

⁵⁵ Artículo 39 del TFUE.

⁵⁶ Vid. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro alimentario, págs. 4 y 5.

el control, así como con la coordinación entre los organismos encargados de ese control. Organismos de control que se muestran esenciales, en la medida en que se trata de una Directiva con una finalidad armonizadora limitada⁵⁷. Teniendo en cuenta su ámbito de aplicación, la Directiva se aplica a prácticas comerciales desleales que se producen en las ventas de productos alimenticios de un proveedor que es una pequeña y mediana empresa a un comprador que no es una pequeña y mediana empresa.

En lo que se refiere a la tipificación de las prácticas comerciales desleales, la propuesta de Directiva prohíbe de forma concreta determinadas prácticas, como son, por una parte, la práctica según la cual un comprador pague a un proveedor unos productos alimenticios percederos más de treinta días naturales después de la recepción de la factura del proveedor o más de treinta días naturales después de la fecha de entrega de los productos alimenticios percederos, en el caso de que esta última fecha fuese posterior. También se considera desleal la conducta por la cual un comprador cancela un pedido de productos alimenticios percederos en un plazo tan breve que el proveedor no puede razonablemente esperar encontrar una alternativa para comercializar o utilizar esos productos. Del mismo modo lo será el hecho de que un comprador modifique de forma unilateral y con carácter retroactivo los términos y condiciones del acuerdo de suministro en relación con la frecuencia, el calendario o el volumen del suministro o de la entrega, las normas de calidad o los precios de los productos alimenticios, así como el hecho de que un proveedor pague por las pérdidas de alimentos producidas en los locales del comprador, sin que esas pérdidas se deban a negligencia o culpa del proveedor⁵⁸.

⁵⁷ GONZÁLEZ VAQUE, L., "La futura regulación de las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro de alimentos de la UE", *op. cit.*, pág. 18.

⁵⁸ Cfr. Art. 3 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro alimentario.

La Propuesta prevé asimismo que los Estados miembros deberán velar porque se prohíban determinadas prácticas, salvo en caso de que se hayan acordado en términos claros e inequívocos en el momento de la celebración del acuerdo de suministro. Estas prácticas se refieren al hecho de que un comprador devuelva productos alimenticios no vendidos al proveedor, o bien un comprador imponga al proveedor un pago por el almacenamiento, la exposición o la inclusión en una lista de precios de productos alimenticios del proveedor. También lo será el hecho de que un proveedor pague por la promoción de productos alimenticios vendidos por el comprador; antes de una promoción, y si la promoción la ha iniciado el comprador, este especificará el período de la promoción y la cantidad prevista de los alimentos que vayan a encargarse. O bien que un proveedor pague por el marketing de productos alimenticios vendidos por el comprador.

V. Conclusiones

Después de analizar ciertos aspectos relacionados con la normativa de la Unión Europea sobre prácticas comerciales desleales, se muestra conveniente realizar algunas reflexiones. Por una parte resulta acertada la preocupación de la Unión Europea respecto de la necesaria regulación de las prácticas desleales, en la medida en que se trata de un inconveniente que impide y dificulta el correcto funcionamiento del mercado.

No obstante, dados los problemas que plantean estas conductas en diversos sectores, se considera que sería altamente conveniente que se llevara a cabo una unificación del derecho contra la competencia desleal a nivel de la Unión Europea, de manera que se lograra un cuerpo normativo uniforme y único, que permitiera la persecución y la sanción de estas conductas de manera uniforme en todo el territorio de la Unión Europea, con independencia de los destinatarios o del sector. Esto no significa que no se puedan tener en consideración las peculiaridades

existentes en diversos sectores dignos de protección especial, o con problemas específicos. Pero ayudaría que las diversas normas se incluyeran en un cuerpo normativo único y armónico, que a su vez facilitara la armonización de la normativa reguladora de la competencia desleal en todo el mercado y que agilizaran su buen funcionamiento.

VI. Bibliografía

- ARROYO APARICIO, A., “Prácticas agresivas”, en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. (Dir), Navarra, 2011, págs. 197 y ss.
- ASCARELLI, T., *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, Barcelona, 1970.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A., Artículo 2 “Ambito objetivo”, en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. (Dir), Navarra, 2011.
- CARBAJO CASCÓN, F., “Otras prácticas agresivas”, en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. (Dir), Navarra, 2011, págs. 817 y ss.
- EMPARANZA SOBEJANO, A., “El régimen jurídico de las prácticas comerciales con los consumidores y usuarios”, RCD, nº 7, 2010, págs. 423 y ss.
- FERNÁNDEZ NÓVOA, C., “La Directiva comunitaria sobre prácticas comerciales desleales”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 1, 2006, págs. 1 y ss.
- FERNANDEZ CARBALLO-CALERO, P./SALGADO ANDRÉ, E., “Actos de engaño y omisiones engañosas en la ley de competencia desleal (análisis de los arts. 5 y 7 LCD)”, *ADI*, (2009-2010), págs. 225 y ss.

- GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Derecho Mercantil Parte Primera*, Valencia, 2017.

- GARCÍA-PÉREZ, R., “Las disposiciones generales y la cláusula general de la Ley de Competencia Desleal a la luz de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, N° 242, 2006, págs. 60 y ss.

- “La reforma del derecho contra la competencia desleal: ¿Hacia el derecho de la lealtad?”, en *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños* / coord. por GÓMEZ SEGADE, J.A.; GARCÍA VIDAL, A.; OLIVENCIA RUIZ, M. (pr.), 2010, págs. 323 y ss.

- “Consideraciones preliminares sobre la incidencia en la Ley de Competencia Desleal del Anteproyecto de Ley que incorpora la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales”, *Diario La ley*, 2008, págs.

- GÓMEZ SEGADE, J.A., “La nueva cláusula general en la LCD”, en *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños* / coord. por GÓMEZ SEGADE, J.A.; GARCÍA VIDAL, A.; OLIVENCIA RUIZ, M. (pr.), 2010, págs. 331 y ss.

- GONZÁLEZ VAQUE, L., “La futura regulación de las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro de alimentos de la UE”, *REVISTA DE DERECHO AGRARIO Y ALIMENTARIO* 125 SEGUNDA ÉPOCA. N° 72 AÑO XXXIV, pág. 19.

- LEMA DEVESA, C., “Los actos de engaño en la ley de competencia desleal”, en *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños* / coord. por GÓMEZ SEGADE, J.A.; GARCÍA VIDAL, A.; OLIVENCIA RUIZ, M. (pr.), 2010, págs. 355 y ss.

- MAMBRILLA RIVERA, V., “Prácticas comerciales y competencia desleal: estudio del Derecho comunitario europeo y español. La incorporación de la Directiva 2005/29/CE a nuestro Derecho interno (incidencia en los presupuestos generales y en la cláusula general prohibitiva del ilícito desleal) (y Tercera parte)”, *Rcd*, Nº. 6, 2010 , pags. 75-116.

- MASSAGUER, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal*, Navarra, 2006.

- “Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal”, *Actualidad Jurídica Uria Menéndez/ 27-2010*, págs. 17 y ss.

- MASSAGUER, J./MARCOS, F./SUÑOL, A., “La transposición al derecho español de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales”, *Informe del Grupo de trabajo constituido en el seno de la Asociación española de Defensa de la Competencia*, Boletín nº 213, págs. 5 y ss.

- MARTÍNEZ SANZ, F./PUETZ, A., “Ámbito de aplicación y cláusula general de competencia desleal”, *RCD*, nº 7, 2010, 17 y ss.

- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal*, Madrid, 1988.

- MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, P. “La deslealtad en las prácticas comerciales agresivas entre competidores”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, vol. 32, 2012, págs. 173 y ss.

- “La importancia del derecho de la competencia en el sector turístico”, *International Journal of Scientific Management and Tourism*, 2016.

- PALAU RAMIREZ, F., “El consumidor medio y los sondeos de opinión en las prohibiciones de engaño en el Derecho español y europeo”, *ADI*, 19, 1998, pág. 372.
- RABASA MARTÍNEZ, I., “El anteproyecto de Ley de Secretos Empresariales y la Directiva 2016/943 relativa a los conocimientos técnicos e información empresarial no divulgados”, *La Ley mercantil*, N.º. 47 (mayo), 2018, págs. 1 y ss.
- RUIZ PERIS, J.I., “El laberinto de la cláusula general de la ley de competencia desleal”, *ADI* 30 (2009-2010), págs.435 y ss.
- TATO PLAZA, A., “Líneas generales de la reforma del derecho español contra la competencia desleal (Parte I)”, *Autocontrol*, N.º. 149, 2010, págs. 7-14.
- TATO PLAZA, A./FERNANDEZ CARBALLO-CALERO, P./HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, Madrid, 2010, págs. 34 y ss.