

LA CLÁUSULA GENERAL DE PROHIBICIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL*

JOSÉ MASSAGUER

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Pompeu Fabra.

SUMARIO:

- I. Introducción.- II. Significado sistemático.-
III. Funciones de la cláusula general: 1. La caracterización del acto de competencia desleal como acto ilícito; 2. La cláusula general como norma sustantiva.- IV. Grupos de casos:
1. Actos de espionaje o aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno: 1.1 Captación de clientela; 1.2 Parasitación de inversiones ajenas; 1.3 *Linking*; 1.4 *Framing*; 2. Actos de obstaculización:
2.1 Apropiación de signos distintivos ajenos; 2.2 Ciberguerra o apropiación de nombres de dominio; 2.3 limitación publicitaria; 2.4 Invasión de derechos de terceros obtenidos mediante contrato; 2.5 Saturación de mercados, distribución masiva de muestras y otras prácticas predatorias;
2.6 Otras prácticas obstaculizadoras; 3. Ofertas molestas; 4. Abuso de autoridad; 5. Actos de explotación de los seminimos; 6. Publicidad desagradable; 7. Actos de agresión.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal establece la cláusula general de prohibición de la competencia desleal. Se trata de un precepto sin precedentes en la anterior legislación española contra la competencia desleal: desde una perspectiva sistemática, por el mismo hecho de establecer una cláusula general de prohibición de la competencia desleal y, desde una perspectiva sustantiva, por encarnar un destacado cambio en los postulados político-legislativos así como en los contenidos materiales de la represión de la competencia desleal en relación con sus (parciales) precedentes inmediatos.

No han faltado en ningún caso, sin embargo, esfuerzos bienintencionados por encontrar una cláusula general de prohibición de la competencia desleal en alguna de las normas contra la competencia desleal históricamente vigentes. Con este propósito, la doctrina centró su atención particularmente en el artículo 131 de la Ley de Propiedad Industrial,¹ en el artículo 10 del Estatuto de la Publicidad² y en el artículo 10 bis del Convenio de la Unión de París.³ Pero todas estas disposiciones se revelaron, por una u otra razón, inhábiles para cumplir la pretendida función de cláusula general.

El artículo 131 de la Ley de Propiedad Industrial no sólo tenía una naturaleza penal⁴ que descartaba cualquier posibilidad de interpretación amplia y extensión por analogía, sino que, además y en cualquiera de los casos, estaba exclusivamente referido a actos de explotación de derechos de propiedad industrial inscritos; de hecho se trataba de una extensión de la protección jurídica de la propiedad industrial a algunos

* Artículo elaborado exclusivamente para su publicación en la Revista *ADVOCATUS* Nueva Época. Agradecemos al Doctor Ivo Gagliuffi, miembro consultivo de la revista *ADVOCATUS* Nueva Época por la cesión del presente artículo para su publicación.

¹ J. Giner. *Competencia Ilícita y Derecho de la Empresa. Adecuación de nuestro Derecho positivo*. FDP, 1944, p. 693 ss., pp. 704-707. M. Diez VELASCO. *Competencia Ilícita*. Diccionario de Derecho Privado, T. I. Labor, Barcelona, 1950, p. 1017 ss., pero maneja la reproducción de este trabajo publicada en M. Diez VELASCO. *Estudios sobre Propiedad Industrial* p. 665 ss., pp. 673-674. M. Bessera. *Manual de Derecho mercantil*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1986, p. 157. F. S. Herrero Caamaño. "Asociaciones de Derecho mercantil", 13ª ed., EDEBSA, Madrid, 1986, p. 80, y J. I. Forri. *Constitución económica y Derecho de la competencia*. Tecnos, Madrid, 1987, pp. 234-273.

² L. Diez Prieto. *Propiedad industrial y competencia desleal*. En *Diario Jurídico*, T. I, Civitas, Madrid, 1981, p. 237 ss., p. 244.

³ F. S. Herrero Caamaño. *XII Anales de Moral Social y Económica*, p. B. tesis que también acepta M. Bessera, *Manual de Derecho mercantil*, 6ª ed., p. 131.

⁴ Aunque no faltaron algunas pronunciamientos judiciales que aplicaron, rectius, que no rechazaron la aplicación de los artículos 131 y 132 LPI en materia civil. SSTS 501-1069 "Productos Cruz Verde, S. A. c. Gal S. A.", 16-II-1992 "H. A. Bailey c. Mentora, S. A."

actos que quedaban fuera del alcance material del correspondiente derecho de exclusión, como el aprovechamiento de fama ajena,⁵ con ulteriores y completas referencias. Por su parte, habían descartado el artículo 131 Ley de Propiedad Industrial como cláusula general, por estimar que únicamente enunciaba un acto concreto de competencia desleal: el aprovechamiento de la reputación ajena.⁶

El artículo 10 del Estatuto de la Publicidad, de su lado, recogía en efecto una verdadera cláusula general (cimentada en la contravención de "las normas de corrección y buenos usos mercantiles"), pero se trataba de una norma especial, cuyo ámbito objetivo de vigencia quedaba limitado, y no podía exceder, la actividad publicitaria, entonces entendida como divulgación para dirigir la atención del público o de los medios de difusión hacia una determinada persona, producto o servicio con el fin de promover de modo inmediato o mediato su contratación.⁷

El artículo 10 bis del Convenio de la Unión de París, no obstante su condición material de propia cláusula general y no obstante también su carácter autoejecutivo, se enfrentaba con dos graves obstáculos para convertirse en una eficaz cláusula general. En primer lugar, el artículo 10 bis del Convenio de la Unión de París no podía ser invocado por los nacionales españoles, puesto que faltaba la necesaria norma interna que así lo autorizase;⁸ no puede desconocerse, sin embargo, que no han faltado pronunciamientos judiciales que, al menos, han invocado este precepto para resolver conflictos entre españoles.⁹ En segundo lugar, su aplicabilidad práctica resultaba frustrada por la ausencia de las oportunas normas procesales que permitieran encauzar ordenadamente las diversas pretensiones propias de la acción de competencia desleal y, en particular, la pretensión de cesación.¹⁰

Por último, la más próxima Ley de Marcas de 1988, en su redacción original, tampoco supo dar respuesta a la demanda histórica de una cláusula general de prohibición de la competencia desleal, y ello a pesar de que ciertamente su original artículo 87 estableció una cláusula general de prohibición de la competencia desleal. Esta cláusula, sin embargo, se reveló inadecuada para cumplir tal papel: la cláusula general de la Ley de Marcas de 1988, en efecto, no dejó de ir precedida de un significativo "sin perjuicio de lo que se establezca en la legislación general sobre la materia", que advertía de su carácter parcial - por más que difícilmente concretable - y la situaba sistemáticamente (aunque ahora sin que pudiera dudarse de la naturaleza civil del ilícito) en el mismo plano en que anteriormente ocupó el artículo 131 de la Ley de Propiedad Industrial.

⁵ Expone y desarrolla acertada y conjuntamente estas dos afirmaciones A. Moneuz: *La competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 39-58, en la misma línea, Fernández Cordero: *La competencia desleal en la Ley y en la jurisprudencia españolas*, s. e., Madrid, 1996, p. 14, o H. Sarras: *Tratado de Derecho Industrial*, 1.ª ed., 1978, Civitas, Madrid, pp. 378-380. Para un análisis de esta norma desde una perspectiva penalista, véase M.ª J. Saez: *Derecho penal y propiedad industrial*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 84-75, 131-133.

⁶ C. Fernández Novoa: *La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias: Anotaciones al estudio de los principios generales de la publicidad*, RDM, núm. 107, 1969, p. 15 ss., pero también la reproducción de este trabajo publicada en C. Fernández Novoa: *Estudios de Derecho de la publicidad*, p. 57 ss., 85-87, texto que siguieron J. A. Gómez Sevóns: *El secreto industrial*, pp. 390-394, J. M. Ordo: *Aproximación a la figura de invención según X ADI*, 1985-86, p. 7 ss., p. 64, y C. Lina: *La propiedad de uno excluyente "Montecorini"*, Madrid, 1980, p. 438, y que también hizo referencia F. Vicens: *Compendio crítico de Derecho mercantil* T. I, 2.ª ed., Librería Bosch, Barcelona, 1996, pp. 588-594.

⁷ Véase C. Fernández Novoa: *Estudios de Derecho de la publicidad*, p. 67, y 103-61, M. Botas: *Disciplina de la competencia desleal y regulación de determinadas prácticas comerciales en España*, 9 ADI, 1983, 488, y A. Moneuz: *La competencia desleal*, p. 80.

⁸ Véase J. A. Enaso Sarras: *El secreto industrial (Know-how)*, Concepto y protección, Tecnos, Madrid, pp. 460-404, interpretación que compartieron J. Gómez Sevóns: *Compendio crítico de Derecho mercantil* T. I, 7.ª ed., s. e., Madrid, 1977, p. 247, M. Botas: 9 ADI 1983, p. 488, J. M. Ordo: X ADI 1985-86, p. 65, F. Vicens: *Compendio crítico de Derecho mercantil* T. I, ob. cit., pp. 596-597, y, últimamente, A. Moneuz: *La competencia desleal*, ob. cit., pp. 85-89.

⁹ Véase SSTS 22-11-1983 "Wile Horse/Caballo Blanco", 5-XI-1989 "Productos Cruz Verde", S. A. c. Ciel, S. A.

¹⁰ Como destaca A. Moneuz, ob. cit., ob., pp. 58-60.

Por su parte, la prohibición general de la publicidad desleal que todavía hoy se halla en su artículo 6 b) *in fine* de la Ley General de Publicidad únicamente alcanza a la actividad publicitaria y constituye en este sentido una mera actualización del artículo 10 del Estatuto de la Publicidad.

De su lado, la jurisprudencia tampoco acertó a sentar las bases de un ilícito general de deslealtad concurrencial y de una correspondiente acción de competencia desleal a partir del principio general de la responsabilidad extracontractual, no obstante el conocimiento de los precedentes franceses e italianos¹¹ y las fundadas propuestas que en este sentido se formularon entre los autores y la doctrina científica.¹² No obstante, sería injusto silenciar que tampoco faltaron importantes objeciones al empleo de este precepto con semejante objeto a causa de su inadecuación estructural.¹³ En la práctica, con todo, no dejaron de producirse fallos que aplicaron el artículo 1902 del Código Civil en casos de competencia desleal.¹⁴

II. SIGNIFICADO SISTEMÁTICO

La cláusula general de prohibición de la competencia desleal, con una redacción claramente influida por la legislación suiza,¹⁵ reputa ilícito *“todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”* (artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal). Los términos escogidos para la formulación de la cláusula general indican, en este sentido, un evidente cambio de paradigma en la fundamentación y vertebración del ilícito de deslealtad concurrencial. En particular, y por contraste con el artículo 87 de la Ley de Marcas (“contrario a las normas de corrección y buenos usos mercantiles”), pero también con el artículo 5 b) de la Ley General de Publicidad (“contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles”) o con el artículo 10 bis del Convenio de la Unión de París (“contrario a los usos honestos en materia comercial y mercantil”), en nuestro Derecho positivo vigente el criterio general de deslealtad es la objetiva disconformidad de la conducta concurrencial con las exigencias de la buena fe, y de ello era especialmente consciente el legislador.¹⁶ En la Ley de Competencia Desleal, la deslealtad se funda, por lo tanto, en la trasgresión de las exigencias del principio de buena fe objetiva tal y como rige en relación con el desarrollo de una actividad económica de producción o mediación de bienes o servicios en el mercado o, si se prefiere, en la trasgresión de las normas objetivas de conducta que emanan directamente del principio de competencia económica y pesan sobre todos los agentes que desarrollan una actividad económica en el mercado, y no en la incompatibilidad con unos usos o costumbres de clase que deslegitiman el daño que pueda producirse a los terceros con ocasión del desarrollo de una actividad competitiva.

¹¹ Vid. J. Ponsón, *El nombre comercial, las denominaciones, las indicaciones de procedencia y la competencia (nota según la Ley de Propiedad Industrial)*, Barcelona, 1912, pp. 45-55, citado apud C. Morales Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosas y desleal/Civitas, Madrid, 1990, p. 48, an. 5. (20).

¹² Vid. A. Morcillo Rueda, *Algunas consideraciones sobre la competencia (nota y el artículo 1.902 del Código Civil)*, RGLC, 1944, p. 59 ss., pp. 58 al final; J. García, *RDP*, 1944, pp. 710-729, y más adelante, J. A. García Sainza, “El secreto industrial”, *ob. cit.*, pp. 406-408; J. Garsaus, *Curso de Derecho mercantil*, *ob. cit.*, T. I, pp. 470, 474; M. Bonica, *Notas sobre la protección del secreto comercial adquirido por el medio usual*, *7 ADI* 1961, p. 205 ss., z. 236, o F. Ysosa, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, T. I, *ob. cit.*, p. 388.

¹³ Vid. J. I. Foré, *Constitución económica y Derecho de la competencia*, *ob. cit.*, pp. 186-212; F. Sánchez-Culero, *Las conductas de pérdida de la competencia y los secretos industriales*, *XI Anales de Moral Social y Económica*, p. 5, y A. Morales, *La competencia desleal*, p. 91.

¹⁴ Vid. J. I. Foré, *Constitución económica y Derecho de la competencia*, *ob. cit.*, pp. 186-212; F. Sánchez-Culero, *Las conductas de pérdida de la competencia y los secretos industriales*, *XI Anales de Moral Social y Económica*, p. 5, y A. Morales, *La competencia desleal*, p. 91.

¹⁵ Cf. intervención del Sr. Cerco del Grupo Parlamentario Socialista en el Senado, Cortes Generales, *Boletín de Sesiones del Senado, Comisiones*, IV Legislatura, núm. 56, p. 16 *col. dicho*.

¹⁶ Cf. la intervención del Sr. Gabón del Grupo Parlamentario Socialista, Cortes Generales, *Boletín de Sesiones del Senado, Comisiones*, IV Legislatura, núm. 56, p. 11 *col. dicho*.

En consonancia con este planteamiento, el ilícito de deslealtad concurrencial se ha generalizado e institucionalizado: es el abuso de la competencia como institución que gobierna todos los sectores de la actividad económica,¹⁷ aunque para su expresión positiva se haya recurrido a la cláusula de la buena fe como estándar de conducta, que impone, al tiempo, pautas y límites al derecho a desarrollar libremente una actividad económica en el mercado y a concurrir para ello con otros [vide *infra* (17) a (22)]. El cambio de parámetro de antijuridicidad, del abuso de la institución a la violación de la buena fe, es irreprochable desde un punto de vista técnico: la buena fe encarna la esencia de la antijuridicidad del abuso del derecho y, desvestida su estructura de elementos subjetivos, técnicamente se revela más apropiada para formular una norma de conducta y edificar un ilícito de naturaleza estrictamente objetiva.¹⁸ Debe advertirse, además, que la proximidad funcional entre abuso de derecho y principio de la buena fe ha llevado a la jurisprudencia a considerarlos facetas diferentes de una misma institución, cuya finalidad es impedir la obtención de un resultado contrario a la justicia al amparo de un derecho subjetivo. De hecho, el artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal se ha encuadrado en el marco del artículo 7 del Código civil tanto por parte de la jurisprudencia¹⁹ como por parte de los autores.²⁰

La crítica a que, por razón del criterio de deslealtad escogido, ha sido sometido el artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal no ha respondido, a mi modo de ver, a una recta y justa valoración de su significado político, sistemático y técnico, ni tampoco ha ofrecido argumentos realmente convincentes para preferir el mantenimiento de una fórmula corporativa.²¹ En efecto, parecerían haberse olvidado los importantes inconvenientes que, como demuestra la experiencia de otros ordenamientos, desparan el fundamento subjetivo e incluso la incorporación de elementos estructurales subjetivos en la prohibición de la competencia desleal y los déficits de protección del sistema de competencia que todavía es posible apreciar en aquellos ordenamientos debido a estas opciones.

Por otro lado, tampoco parecería haberse advertido suficientemente que el cambio en los términos de la cláusula general no trae una solución que en última instancia no pudiera haber sido asimismo desarrollada jurisprudencial y doctrinalmente a partir de la fórmula anteriormente vigente: las cláusulas basadas en la contravención de normas de corrección y buenos usos mercantiles son, en efecto y como demuestra la evolución conocida en otros ordenamientos,²² política y estructuralmente adecuadas para dar cabida a las exigencias propias de un sistema de protección institucional de la competencia económica (como el que sin duda impone el tratamiento que la Constitución dedica a la competencia económica). De ahí que, en última instancia, la fórmula vigente

¹⁷ Las bases dogmáticas que inspiran la solución legislativa se encuentran en: A. Meisoid, *La competencia desleal*, pp. 104-121, en especial pp. 108-111; vid. también SSAP Barcelona 1-IX-1985 "ventas de oficinas bancarias", Barcelona 1-II-1990 "vareaderos", Gubuxcoa 11-V-1990 "Bisto de Nochevia en las instalaciones del Instituto Municipal de Deportes de San Sebastián", Barcelona 26-I-2000 "Codornis, S. A. c. Castellblanch, S. A.", Barcelona 30-XI-2000 "Rhone-Poulenc Agri. S. A. c. Comercial Quinica Massi, S. A."

¹⁸ Cf. J. M.ª Moya, en C. Paz-Ares, L. Del-Pozo, R. Sainz de Vicuña y P. Sainza, *Comentarios del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, artículo 7.1, pp. 37-50.

¹⁹ Cf. SSTS 20-III-1996 "sin la solvencia de la primera firma de aparcería", 15-IV-1998 "Cadena Clorín, S. L. c. SSAP Madrid 17-V-1998 "captación de clientes de auditoría", Granada 6-XI-1997 "difusión por de complejo de manifestaciones sobre su anterior empresa", Valencia 23-VII-1999 "Credito Bancosant"

²⁰ Vid. C. Ferrer-Noya, *La Ley*, 1991-2, p. 1190.

²¹ Vid. C. Ferrer-Noya, *La Ley*, 1991-3, pp. 1175-1180; J. M. Otero, *La Ley*, 1991-2, pp. 1087-1095; R. Luján, en G. Jorcano (coord.), *Doctrinas de Derecho mercantil*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 1995, p. 137, y en esta línea también, A. Sainz de Vicuña, *DA*, núm. 20, 1992, pp. 8-9.

²² Vid. C. Paz-Ares, *El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista a la política antitrust*, RDM, 1991, p. 788, *passim*; in "Constitución económica y competencia desleal", ADC, 1991, p. 327 ss., *passim*.

haya ahorrado las incertidumbres anudadas a la formación de esta corrección por vía jurisprudencial (formación que, a mi juicio y como queda apuntado, era debida por exigencia de la constitución económica) y los riesgos históricamente probados del conservadurismo inherente a las fórmulas corporativas empleadas en esta materia. Y tampoco parecería haberse advertido, en fin y como han probado los pronunciamientos judiciales habidos hasta la fecha, que la cláusula general basada en la objetiva contravención de las exigencias de la buena fe no priva de toda relevancia a los buenos usos y prácticas en la determinación de la ilicitud concurrencial de las conductas enjuiciadas.

Desde otro punto de vista, y aun considerando el contraste de la fórmula del artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal con la establecida en el artículo 6 c) de la Ley General de Publicidad, tampoco puede decirse que la elección del legislador haya introducido una fractura sistemática o sustantiva en el sistema de represión de la competencia desleal. Dejando de lado que la falta de armonía entre el tenor de las cláusulas generales de estos preceptos sólo puede servir para criticar (con razón) la más que discutible decisión de no haber incluido los preceptos de la Ley General de Publicidad sobre publicidad ilícita y sobre las acciones contra la publicidad ilícita entre los derogados por la Ley de Competencia Desleal y el actual empeño en revitalizar esta Ley mediante la incorporación de las normas de transposición de la Directiva sobre publicidad comparativa a su articulado con un paralelo e injustificable olvido de la Ley de Competencia Desleal, lo cierto es que la cláusula general de la Ley General de Publicidad debe entenderse superada por la establecida en la Ley de Competencia Desleal como norma posterior que regula de forma unitaria todo el fenómeno de la actividad concurrencial y, en todo caso, como norma que responde a unos distintos postulados político-legislativos, y que por ello, e incluso en el caso de que (equivocadamente, a mi juicio) se mantenga la especialidad de la materia publicitaria y de su regulación, cualquier contradicción que pueda resultar entre estos textos legales por razón de los distintos términos de sus respectivas cláusulas generales ha de resolverse siempre a favor de una interpretación que asegure el respeto a las exigencias de la Ley de Competencia Desleal.²¹

III. FUNCIONES DE LA CLÁUSULA GENERAL

La cláusula general, por lo demás, asume en el interior del entero sistema de la represión de la competencia desleal, y de modo particular en el seno de la Ley de Competencia Desleal, un doble cometido: de un lado, fija los caracteres generales del acto de competencia desleal como ilícito objetivo, de peligro y de naturaleza extracontractual y, de otro lado, establece una norma sustantiva, suficiente para determinar la deslealtad de las conductas que la contravengan.

1. La caracterización del acto de competencia desleal como acto ilícito

Como queda dicho, la cláusula general deja definido el acto de competencia desleal, desde una perspectiva positiva, como ilícito objetivo, de peligro y de naturaleza extracontractual. Esta caracterización se impone a la totalidad de la regulación contra la competencia desleal, y habrá de ser debidamente observada en la interpretación de las normas que tipifican los actos de competencia desleal en particular. No es lícito, en efecto, dar cabida a notas que han quedado marginadas de la cláusula general en el marco de la interpretación y aplicación de las normas que tipifican particulares actos

²¹ Expresamente en este sentido: SAP Barcelona de 20-XI-1996 "Asociación de Video Clubs de Catalunya v. Warner Home Video España, S. A."

de competencia desleal (salvo que el tipo en particular las haya incluido). Desde esta perspectiva, el artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal disciplina la construcción del reproche de deslealtad concurrencial en relación con las conductas que han sido objeto de un tipo propio o, si se prefiere, asegura que la interpretación y aplicación de las normas relativas a actos de competencia desleal en particular se ajustará a la caracterización general del acto de competencia desleal.

En primer término, el reproche de deslealtad concurrencial no se hace depender de la presencia de ningún requisito de orden subjetivo. La deslealtad concurrencial, en efecto, no depende del dolo o la culpa del sujeto agente,²⁴ sin perjuicio, como es obvio, de su condición de presupuesto de la responsabilidad civil derivada de los actos de competencia desleal. En este mismo orden de cosas, el reproche de deslealtad concurrencial tampoco se condiciona al conocimiento de las circunstancias de hecho en que se funda la deslealtad,²⁵ sin perjuicio de que en algún caso se exija en particular el conocimiento de dichas circunstancias.²⁶ Como tampoco se supedita a la presencia de finalidades específicas en la conducta relevante; no obsta a lo anterior, con todo, que en ciertos casos se requiera la finalidad de impedir u obstaculizar el asentamiento de un competidor en el mercado o de eliminar a un competidor del mercado (artículos 11.3, 14.2 y 17.2 c) de la Ley de Competencia Desleal), pues esta exigencia, en mi opinión, ha de ser necesariamente interpretada en clave objetiva: la fórmula legal comprende toda conducta que, atendidas las circunstancias del caso, carezca de una justificación razonable desde el punto de vista de las estrategias y comportamientos conformes con el modelo de competencia por méritos de las propias prestaciones.

La única excepción a esta configuración objetiva de la ilicitud en materia de competencia desleal es la violación de secretos empresariales, en cuya estructura encuentran cabida elementos subjetivos puros, como son en particular el ánimo de obtener provecho o de perjudicar (artículo 13.3 de la Ley de Competencia Desleal). Sin embargo, parece oportuno avanzar ahora que este planteamiento es deudor del más amplio alcance sistemático que se ha conferido a este específico acto de competencia desleal. Con aquella exigencia, en efecto, se trata de posibilitar la aplicación de la Ley de Competencia Desleal a todas las conductas de divulgación, explotación y apropiación de secretos empresariales allí consideradas cualquiera que sea su finalidad. Y se trata, además, de ubicar la protección jurídico-civil general de los secretos empresariales en el ámbito de la represión de la competencia desleal, como por otro lado deja patente que la introducción de este elemento subjetivo siga justamente a una derogación del artículo 2 de la Ley de Competencia Desleal. No se trata, en cambio, de alterar la caracterización del ilícito en los supuestos en que la acción considerada pudiera tener propiamente una dimensión concurrencial, circunstancia que sin duda ha de merecer una especial atención y de hecho puede por ser decisiva en la determinación de la existencia del ánimo de obtener un provecho.

Como ilícito de peligro, el reproche general de deslealtad concurrencial tampoco se hace depender de los resultados prácticos del acto enjuiciado. Y ello tanto en relación con la verificación de los efectos en que, en particular, se encarna la deslealtad de una determinada conducta (confusión o asociación, inducción a error, menoscabo del crédito en el mercado...), pues simplemente basta con el riesgo de que la conducta realizada

²⁴ Véase STS 15-IV-1996 "Cadena Claret", SSAP Granada 6-III-1995 "litigios por ex-empleado de manifestaciones sobre su anterior empresa", Votoxy 3-VI-1996 "prensa de recambio de automóviles", Alicante 30-IV-2001 "Banco".

²⁵ Véase SAP Madrid 26-II-1999 "asistencia técnica especializada".

²⁶ Véase artículo 14.2 de la Ley de Competencia Desleal.

o preparada resulte objetivamente idónea para ocasionar tales efectos, como en relación con la producción de un daño o lesión competitiva, esto es, de una efectiva alteración de la estructura del mercado o distorsión de la normal formación y desenvolvimiento de las relaciones económicas en el mercado, ni tampoco en relación con la producción de un daño o lesión patrimonial, que sólo es relevante como elemento estructural de la responsabilidad civil derivada de los actos de competencia desleal.

Finalmente, la ilicitud de los actos de competencia desleal nace, como ya se señalara anteriormente, de la contravención de deberes generales de conducta, y no del quebrantamiento de una relación contractual que vincule a la persona que la realiza con aquella a cuyos derechos e intereses afecta la actuación considerada. A este propósito ha de advertirse que, con carácter general, el incumplimiento contractual no puede reputarse *per se* constitutivo de un acto de competencia desleal,²⁷ incluso en el caso de que la infracción depare una ventaja competitiva al infractor (que, por ejemplo, puede vender más barato porque no paga a sus proveedores) o a un tercero (que, por ejemplo, puede sustituir la oferta de un competidor incapaz de suministrar un producto por causa del incumplimiento de su proveedor). Por definición, los contratos no establecen normas generales de conducta (para todos los que actúen en el mercado con finalidad concurrencial) y, por ello, su infracción es infracción de una norma general y objetiva de conducta en el tráfico. No puede excluirse, sin embargo, la posibilidad de que el incumplimiento de una obligación de naturaleza contractual quede encuadrado entre las conductas con finalidad concurrencial, como se sigue con facilidad del texto legal (*cf.* artículo 13.1 de la Ley de Competencia Desleal). Ahora bien, esto sólo parece posible si el incumplimiento sirve directamente como medio de promoción o aseguramiento de las prestaciones propias o ajenas en el mercado, y por ello sus efectos reales o potenciales no se proyectan únicamente sobre la contraparte del contrato quebrantado. Así puede suceder en los casos en los que concurren las dos circunstancias siguientes: en primer lugar, que los pactos de que se trate aseguren una posición de exclusividad frente a terceros (como sucede, precisamente, con los pactos relativos a la confidencialidad y utilización de secretos empresariales), o bien que se trate de la infracción de contratos que regulen actividad concurrencial mediante normas de alcance general, que se impongan uniformemente a una pluralidad de sujetos o al menos a un grupo homogéneo de operadores (como pudieran ser los distribuidores selectivos de los productos de una misma marca o los franquiciados de una misma red) y, en segundo lugar, que dispongan un contenido obligatorio conforme con las normas de defensa de la competencia. Y ello siempre que, sobre lo anterior, concurren, como es obvio, circunstancias determinantes de la ilicitud de la conducta distinta del mismo incumplimiento contractual y, en particular, de las circunstancias determinantes de la ilicitud concurrencial según las normas que definen actos de competencia desleal en particular o según la cláusula general.²⁸

2. La cláusula general como norma sustantiva

La cláusula general del artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal no formula un principio abstracto que es objeto de desarrollo y concreción en las normas siguientes, en las que se tipifican los actos de competencia desleal en particular. Al contrario,

²⁷ *Vel.* STS 25-X-2000 "Gráficas Mendocú, S. A." (*per.* STS 16-X-2001 "Purita Crédito, S. A. c. Olyacom, S. L. P y otros" "contrato contrario a la forma lo que debe prevalecer las relaciones contractuales nacidas de una comisión mercantil"); y SSAP Barcelona 1-I-1996 "transición", VOJ 19-V-1996 "carnita de México", Bolejeor 12-I-1995 "incumplimiento de Estatuto de una Comisión de Bienes", AAMP Barcelona 6-III-1992 "Business Center", Bolejeor 10-XI-1990 "incumplimiento de pacto de no competencia".

²⁸ *Vel.* SAP Barcelona 26-IV-1995 "Asociación de Video Clubs de Catalunya c. Warner Home Video España, S. A."

establece una norma jurídica en sentido técnico, esto es, una norma completa de la que se derivan deberes jurídicos precisos para los particulares, tal y como por lo demás sucede con el artículo 7.1 del Código Civil, cuya infracción, por lo tanto, constituye también un acto de competencia desleal y puede servir de base para el ejercicio de la acción de competencia desleal.²⁹ Bajo este aspecto, la cláusula general juega fundamentalmente el papel de válvula de autorregulación del sistema: asegura su adaptación a las cambiantes circunstancias del mercado y de las conductas concurrenciales y, en general, permite especialmente que los comportamientos extravagantes a los tipos actualmente establecidos puedan someterse al control de deslealtad concurrencial sin necesidad de esperar a una modificación legal,³⁰ en este sentido, puede decirse que la cláusula general salva el anquilosamiento de un sistema de competencia desleal construido a partir de unos tipos principalmente referidos a las conductas que, precisamente a la vista de la experiencia del momento, se han considerado necesitadas de una respuesta específica y constreñidos, en consecuencia, por definiciones que necesariamente se han de ajustar a la configuración de las actuaciones consideradas y a las consecuencias que poseen o se conocen al tiempo de su tipificación.

La cláusula general, como queda apuntado, tipifica un acto de competencia desleal en sentido propio, dotado de sustantividad frente a los actos de competencia desleal que han merecido un tipo específico en el catálogo de actos de competencia desleal recogido en los artículos 6 a 17 de la Ley de Competencia Desleal. Así las cosas, la prohibición general de la competencia desleal no dispone un ilícito que deba o pueda aplicarse general e indiscriminadamente de forma conjunta o acumulada a las normas que tipifican actos de competencia desleal en particular. La conculcación de una de estas normas no constituye fatalmente, al mismo tiempo y *per se* una violación de la cláusula general. Por el contrario, la aplicación de la cláusula general debe hacerse de forma autónoma respecto de los tipos (entre aquella y estos media la relación propia de las normas generales y especiales) y procede, en especial, para reprimir conductas o aspectos de conductas que no han encontrado acomodo entre los supuestos de hecho comprendidos en el catálogo de actos de competencia desleal objeto de un tipo específico.³¹ Como consecuencia de ello, no procede la aplicación de la cláusula general en los casos en los que la conducta enjuiciada encaja en todos sus aspectos en cualquiera de los actos que han merecido un tipo propio. De ahí que la comprobación de que la conducta enjuiciada se corresponde con la tipificada en particular impida enjuiciarla a la luz de la cláusula general, esto es, impida que pueda considerarse contraria a la cláusula general. Y ello, tanto si se estimó desleal por concurrir en la conducta enjuiciada las circunstancias determinantes de la deslealtad establecidas en el tipo correspondiente,³² como sobre todo si se estimó que no se dan cita en ella ninguna de tales circunstancias.³³ Es precisamente en este último grupo de supuestos donde con mayor claridad se pueden apreciar las consecuencias del

²⁹ *vid.* SSAP *Pavlovich 184X-1997* "Taego, S. L. c. Inega, S. L.", *Barcelona* 10-IV-1998 "Balleta de Mar" (Girona) 16-XI-2000 "Cormasani, S. A. c. Sertec Primors, S. A. y otros".

³⁰ *vid.* STS 264X-2001 "Bajard y Compañía, S. A. c. Directi, S. L. y otros", SSAP *Barcelona* 27-I-1995 "U.A.P.", *Barcelona* 11-X-1999 "Ricardo de Marul, S. A. c. S.P.S. Technologies, Ltd".

³¹ *vid.* SSTs 10-IV-1999 "Cadena Clavé", 7-VI-2000 "Oré, S. A. c. Emília, S. A. y otros", 16-VI-2000 "torrás de apertura de oficina de farmacia", 13-X-2001 "Planeta Calés, S. A. c. Gjetrom, S. L. P. y otros".

³² *vid.* SSAP *Barcelona* 26-I-2000 "Commis, S. A. c. Castellblanch, S. A.", *Barcelona* 10-II-2000 "The Wm. Grey Company y otro c. Procefs de Promociones Cas, S. A. y otro".

³³ *vid.* SSAP *Barcelona* 12-I-1999 "Industrias Lorenzo, S. A. y otro c. Cikan's, S. A.", *Barcelona* 19-VI-1999 "Provisión Sanitaria Nacional c. Colegio Oficial de Médicos de Barcelona y Mediocredito Central de Seguros del Colegio Oficial de Médicos de Barcelona", *Navarra* de 1-VI-1999 "Viel Sinter metalor Spain, S. A. c. Bta Bta Bta Comunicación i servició, S. A. (I)", 24-IV-2001 "Barcelona" "Luria" "Arco-Alonda", así como AAP *Barcelona* 11-XI-1998 "Arto Edició, S. A. c. Comercial Fergon, S. A. y otros".

alcance sustantivo de la cláusula general y su relación con los tipos particulares: no es lícito acudir a la cláusula general para reprimir conductas objetivamente encuadradas en tipos específicos (de los que, sin embargo, escapan) según un criterio de deslealtad (la genérica contravención objetiva de las exigencias de la buena fe) distinto de los específicamente recogidos en las normas correspondientes.

El recurso al artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal obliga, en suma, a descartar previa y razonadamente que la conducta considerada quede comprendida en uno de los tipos contenidos en los artículos 6 a 17 de la Ley de Competencia Desleal y, sólo una vez superado este análisis, a identificar con detalle las razones en que se funda la deslealtad de dicha conducta, esto es, a precisar las bases a que obedece y que justifican la formulación del reproche de deslealtad en el caso considerado. Este segundo paso requiere, como es obvio, dotar de contenido a las exigencias de la buena fe, primero en un plano abstracto (que es el que ahora corresponde considerar) y ulteriormente en relación con el supuesto de hecho enjuiciado (en que se resuelve su aplicación al caso). Necesario punto de partida a estos efectos es la finalidad de la represión de la competencia desleal (artículo 1 de la Ley de Competencia Desleal) y, en particular, la conexión de la cláusula general con el bien jurídico protegido y con los intereses a que obedece su tutela, o si se prefiere: la función institucional de la represión de la competencia desleal y su inserción entre las normas de disciplina de la actividad económica, a decir verdad su encubramiento a disciplina general de las conductas desarrolladas en el mercado con finalidad concurrencial por todos cuantos participan en el mismo (artículos 2 y 3 de la Ley de Competencia Desleal), de ordenación de la conducta que debe ser observada por todos los operadores económicos en el diseño y desarrollo de sus estrategias y actuaciones en el mercado.²⁴ Bajo este aspecto y como ya se indicara anteriormente, el artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal establece un límite jurídico al ejercicio del derecho subjetivo a desarrollar una actividad económica en el mercado en concurrencia con otros, fundado en el artículo 38 de la Constitución (del que igualmente se benefician los poderes públicos por virtud del principio de coactividad económica que se consagra en el artículo 129 de la Constitución). Este planteamiento ha encontrado expreso reflejo tanto en los postulados político-legislativos que inspiran la Ley de Competencia Desleal (cfr. párrafo 4º del apartado II del Preámbulo de la Ley de Competencia Desleal), como en los pronunciamientos judiciales.²⁵ En este entorno se deben definir las exigencias de la buena fe relevantes a estos efectos y apreciar su eventual quebrantamiento. Dicho en otros términos, a estos efectos no puedan traerse cualesquiera normas de conducta aceptadas en otros ámbitos de las relaciones sociales y jurídicas, sino sólo aquellas vigentes en el ámbito de las relaciones consideradas en la Ley de Competencia Desleal, esto es, en el ámbito de las relaciones económicas promovidas o formadas en el mercado.²⁶

Siendo todo ello así, esto es, si el derecho de cuyo ejercicio se trata es el de libre actividad económica en el mercado, las pautas para dotar de contenido propio a la cláusula general se hallan en las exigencias políticas y, sobre todo, normativas que la constitución económica liga a la competencia: respeto del contenido mínimo de la

²⁴ ver SSTs 15-IV-1998 "Cadenera Claret", 7-VI-2000 "Ori. S. A. s. Enyria, S. A. y otro", 16-IV-2003 "boveda de apertura de cierre de Sarmola", 15-X-2001 "Planeta Cerdá, S. A. c. Dycorn, S. L. P. y otros".

²⁵ cfr. STS 6-VI-1997 "Pelagosa Iba", SSAP Barcelona 1-III-1995 "ventas en oficinas bancarias", Barcelona 1-II-1998 "Hendón", Granada 6-XI-1995 "distorsión por ex-empleado de manifestaciones sobre su anterior empresa", Girona 19-XI-2001 "Górrizano, S. A. c. Soltec Prisma, S. A. y otros".

²⁶ ver SSAP Barcelona 11-X-1998 "Ricardo de Masat, S. A. c. S.P.S. Technologies, Ltd.", Barcelona 24-IV-2001 "Luna Yano-Alcalá", y AAP Barcelona 14-IV-2000 "PB Larix, S. A. y otro c. Casas del Ampurdán, S. A. y otro".

libertad de empresa y omisión de conductas que supriman, restrinjan o falseen la dimensión organizadora y ordenadora de la competencia, amenazando de forma más o menos directa la estructura competitiva del mercado, el *modus operandi* institucionalmente típico de sus partícipes y la libre formación y desarrollo de las relaciones económicas en el mercado. En este sentido y como manifestaba el finalmente desechado artículo 5 del Proyecto de Ley de Competencia Desleal, la cláusula general incorpora una exigencia de que los agentes económicos compitan por méritos o por eficiencia de las propias prestaciones.³⁷ Ello significa, en particular y desde una perspectiva positiva, que los operadores económicos que actúan en el mercado deben buscar su éxito a través de la más conveniente configuración objetiva de sus prestaciones, de sus productos o servicios, y a través de la más atractiva combinación de precio, calidad, condiciones de contratación. Y, desde una perspectiva negativa, significa, especialmente, que los operadores que actúan en el mercado deben abstenerse de poner en peligro el contenido mínimo de la libertad de empresa - libertad de acceso y salida del mercado, libertad de determinación de las condiciones de organización y desarrollo de la actividad económica en el mercado, de los oferentes y de los demandantes, incluidos especialmente los consumidores-.

Sentado lo anterior, la primera fuente de integración de las exigencias de la buena fe a los efectos de concretar el contenido normativo de la cláusula general son los principios o criterios determinantes del reproche de deslealtad concurrencial acogidos en las normas que tipifican ciertos supuestos de hecho como actos de competencia desleal en particular. No puede olvidarse, en efecto, que dichos criterios constituyen el desarrollo legal de los postulados de política legislativa que inspiran la represión de la competencia desleal y encarnan en un plano positivo los valores protegidos y las conductas combatidas. A decir verdad, a estos principios ha de prestarse atención en la tesitura de concretar el contenido de las exigencias de la buena fe tanto en una vertiente positiva como negativa, esto es, tanto para determinar la ilicitud como para afirmar la licitud de un determinado comportamiento a la luz de la cláusula general. Bajo este aspecto, no parece dudoso que la Ley de Competencia Desleal expresa en su conjunto un juicio negativo en relación con las conductas que frustran o dificultan la libre formación de preferencias y adopción de decisiones en el mercado, particularmente las preferencias y las decisiones de los consumidores, como en general son las conductas que restan transparencia al mercado (artículos 5, 7, 8, 9 y 10 de la Ley de Competencia Desleal) y, en particular, las técnicas de presión sobre el consumidor (artículos 8.1 y 9 de la Ley de Competencia Desleal); el aprovechamiento o expolio del esfuerzo ajeno y sus resultados (artículos 11.2, 13 y 14.2 de la Ley de Competencia Desleal); con la obstaculización (artículos 11.2, 12 y 17.2.b) de la Ley de Competencia Desleal); el uso de la fuerza de mercado (artículo 16.2 de la Ley de Competencia Desleal), o la predación (artículos 11.3, 14.2, 17.2.c) de la Ley de Competencia Desleal).

Sin perjuicio de todo ello, en la determinación del contenido preciso de la norma de conducta emanada del artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal deben tenerse en cuenta asimismo los imperativos ético-jurídico-económicos de orden general³⁸ de la misma manera que en el ámbito del artículo 7.1 del Código Civil se exige con carácter general un ejercicio honesto y leal de los derechos.³⁹ La conformidad de las

³⁷ Asimismo está reconocida por los tribunales. S.SAP Barcelona de 29-XI-1995 "Asociación de Video Club de Catalunya c. Warner Home Video España, S.A.", Adujcas 19-XI-1995 "copiación de cintas de sesión de empresas", Girona 19-XI-2000 "Comarcas, S.A. c. Sorles Prensas, S.A. y otros".

³⁸ Expresión que ha hecho propia la SAP Girona 19-XI-2000 "Comarcas, S.A. c. Sorles Prensas, S.A. y otros".

³⁹ véase STS 15-VI-1992 "modificación por edictos".

conductas realizadas en el mercado con finalidad concurrencial con dichos imperativos es, en efecto, elemento que debe ser igualmente considerado en la apreciación de la contravención de las exigencias de la buena fe.⁴³ Así ha tenido ocasión de establecerse específicamente en relación con el artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal tanto en el proceso de elaboración parlamentaria,⁴⁴ como en los fallos de los tribunales,⁴⁵ que a este propósito han atendido, en particular, a criterios de valoración de las conductas tales como el comportamiento justo y adecuado;⁴⁶ la moral comercial, las concepciones sociales vigentes en cada momento, el uso y la costumbre;⁴⁶ las normas de la buena práctica comercial o ética comercial;⁴⁵ la honestidad y juego limpio.⁴⁶ En esta línea se ha llegado a explicar, llanamente, que “objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe” es aquel “comportamiento que no observe las normas de corrección y buenos usos mercantiles”,⁴⁷ e incluso aquel que sea contrario a la buena fe que debe presidir las relaciones contractuales.⁴⁸ En cualquier caso y como he advertido anteriormente, a las inmediatas exigencias de la competencia económica y a los principios a través de los que toman cuerpo en el elenco de actos de competencia desleal objeto de un tipo específico corresponde una primacía sistemática en la concreción del contenido de la cláusula general. En consecuencia, la atención a estos otros límites de carácter general -básicamente identificados, como se ha visto, con los buenos usos y prácticas mercantiles - se encuentra claramente subordinada desde una perspectiva sistemática a la de aquellas exigencias enraizadas de forma inmediata en el principio de competencia económica. De ahí que en ningún caso pueda reprimirse a través de la cláusula general contra la competencia desleal y con apoyo en límites éticos una conducta que se revele concurrencialmente eficiente, que promueva las prestaciones de quien la ejecuta o de un tercero por sus méritos, sin provocar una alteración en la estructura competitiva o en el normal funcionamiento del mercado.

En todo caso, en la apreciación de las circunstancias que en cada caso han de permitir la aplicación de la cláusula general como norma sustantiva debe procederse con cuidada prudencia. Así lo exige, en particular, el carácter represor de esta normativa,⁴⁹ esto es, su carácter limitador de la actividad económica desarrollada en el mercado, de un lado. Y así lo exige también, y en consonancia con esta caracterización, la orientación político-legislativa que ha inspirado la estructuración de los distintos actos de competencia desleal que han merecido un tipo específico y, en particular, la configuración restrictiva propia de estos tipos, abiertamente reconocida en el Preámbulo de la Ley de Competencia Desleal.

⁴³ ver A. Bercovert, en A. Bercovert (coord.), *La regulación contra la competencia desleal*, p. 25.

⁴⁴ cf. la intervención de Sr. Berenguer del Grupo Parlamentario Socialista, Cortes Generales, Diario de Sesiones del Senado, Comisiones, IV Legislatura, núm. 67, pp. 1005.

⁴⁵ ver STS 20-11-1995 “Un la gravación de la primera firma de ascensor”, SAP Lleida 9-V-1997 “se prohibe la entrada”.

⁴⁶ STS 13-IV-1998 “Cadena Clavin”.

⁴⁷ SAP Madrid 22-IV-1996 “Burgalo con fondo verde y blanco”.

⁴⁸ SAP Pontevedra 18-IX-1997 “Telaga, S. L. c/ Inrega, S. L.”.

⁴⁹ SAP Asturias 18-III-1995 “captación de clientes de asesoría de empresas”.

⁵⁰ STS 7-III-1995 “Cambios Espectores de Laveria, S. A. c/ J. S. Distribuciones, S. A.”, ver también SAP Granada 6-III-1996 “dilación por desempleo de manifestaciones sobre su anterior empresa”.

⁵¹ STS 16-X-2001 “Planeta Crédito, S. A. c/ Dysicom, S. L. P y otros”.

⁵² ver SAP Barcelona 24-IV-2001 “Pruque Azú, S. A. c/ Sopropéctre, SA y otro”.

IV. GRUPOS DE CASOS

1. Actos de expolio o aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno

Los actos de expolio o aprovechamiento del esfuerzo ajeno son supuestos de utilización de prestaciones o resultados alcanzados por un tercero sin su consentimiento, que no se encuentran protegidos por un derecho de propiedad industrial o propiedad intelectual y no constituyen tampoco actos de imitación desleal. La aplicación del artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal a estas conductas está plenamente sometida a las exigencias del principio de libre imitabilidad. La deslealtad de los actos de expolio o aprovechamiento del esfuerzo ajeno bajo la cláusula general no puede fundarse, en consecuencia, en la mera utilización o aprovechamiento de la prestación o resultado del esfuerzo ajeno (el artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal, como en su momento se dirá respecto del artículo 11 de la Ley de Competencia Desleal, no puede convertirse en el instrumento normativo para la creación de nuevos derechos de exclusiva), sino en el modo y la forma en la que se llega a estar en condiciones de aprovechar esa prestación o resultado, apreciados como es obvio a la luz de las particulares circunstancias de cada caso. Así las cosas, y en atención a la amplitud de la noción de imitación y los criterios de deslealtad que se manejan en el artículo 11 de la Ley de Competencia Desleal, lo cierto es que existe un reducido margen para aplicar la prohibición general de competencia desleal a esta clase de conductas. Entre ellas se cuentan, en particular, ciertos supuestos de captación de clientela, la parasitación de las inversiones hechas por un tercero sea para el lanzamiento y consolidación de un producto o servicio en el mercado sea para su misma creación.

1.1 Captación de clientela

La relación existente entre un empresario o profesional y sus clientes no es objeto de ninguna clase de derecho de exclusiva que permita a aquél impedir a los terceros y, en particular, a sus ex-empleados y ex-colaboradores dirigirse y contratar con ellos. Aún más, la concepción y puesta en práctica de estrategias de captación de la clientela ajena es, en principio, una conducta no sólo lícita, sino esperable y deseable en un sistema de competencia económica. Los actos tendentes a la captación de clientela, por tanto y en línea con lo anteriormente señalado, no pueden constituir *per se* actos desleales por expolio o aprovechamiento del esfuerzo ajeno al amparo del artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal. Esta calificación debe reservarse para aquellos supuestos (distintos de aquellos en los que intervienen conductas merecedoras de un tipo propio, como la confusión, el engaño, la denigración o la inducción a la ruptura contractual) en los que la captación de clientela se ha efectuado valiéndose precisamente de los medios materiales y humanos de esta empresa y sirviéndose del conocimiento y acceso a su clientela que la relación que tiene con la empresa afectada presta a quien lleva a cabo esta conducta.

Así, se ha considerado desleal la captación de clientela efectuada por parte de trabajadores en el marco de los servicios prestados para su nuevo principal y por parte del nuevo principal valiéndose de listas de clientes del antiguo empleador,⁵⁰ por parte de trabajadores que ulteriormente se establecen por su cuenta pero contactan con la clientela cuando todavía prestan sus servicios para su antiguo empleador y lo hacen

⁵⁰ Sobre la base de que la lista de clientes no constituye un secreto empresarial, ver STS 26-X-1999 (Banco de Paraiso, S. A. v. Banco de Crédito Ecológico Español, S. A. y otros).

precisamente desde el interior y con los medios de la empresa que se proponen abandonar,³¹ por parte de socios a favor de sí mismos valiéndose de los listados de clientes de la sociedad³² o a favor de otra sociedad distinta haciéndose pasar por la sociedad de la que son socios y les permite el contacto con la clientela,³³ o por parte de una sociedad cuyo administrador negoció para su antiguo principal las condiciones de ciertas obras o suministros.³⁴ Circunstancia que, esencialmente desde la perspectiva de las exigencias ético-jurídicas también relevantes en el ámbito de la cláusula general, no puede dejar de considerarse en estos casos, y sin perjuicio de una eventual violación de secretos, es el abuso de confianza que pueda haber detrás de aquellas conductas, como se advierte especialmente en la fundamentación del reproche de deslealtad formulado en relación con un supuesto de desviación de clientela desde el interior de la empresa para la que todavía se trabaja.³⁵

No se ha considerado constitutiva de un acto de competencia desleal la captación de clientela, en cambio, cuando ha sido realizada por el antiguo principal tras la extinción del contrato de distribución exclusiva en la zona objeto de la antigua exclusiva,³⁶ como tampoco se ha considerado constitutiva de competencia desleal *per se* la sola comunicación a la clientela del cese o abandono de un determinado puesto de trabajo, incluso en el caso de que se efectúe con anterioridad a la fecha en que resulte efectivo,³⁷ ni aun la toma de contacto con clientes y proveedores hecha por sociedad en la que se han integrado los ex-trabajadores de otra tras la finalización de su relación laboral y con clara indicación de la constitución de una nueva sociedad para desarrollar la misma actividad y su plena desvinculación respecto del principal anterior.³⁸

1.2 Parasitación de inversiones ajenas

A este grupo de casos pertenece también la parasitación de los esfuerzos publicitarios y promocionales de otro y, en particular, el aprovechamiento de las actividades e inversiones publicitarias y de difusión realizadas por un tercero para el lanzamiento del propio producto (acoge y formula este principio en términos generales³⁹). Así sucede en el caso en el que, de forma incontestada, se emplee el producto o medio publicitario ajeno como elemento para trasladar a los consumidores una oferta competidora.⁴⁰ Por el contrario, no constituye aprovechamiento del esfuerzo ajeno desleal, sino conducta amparada por el principio de libre imitación, el simple lanzamiento de un producto o servicio competidor de otro anterior sólo una vez que las inversiones publicitarias hechas por el primer entrante lograron generar el mercado y

³¹ ver SSAP Huesca 21-4-1995 "Escolástica, S. L. y otro c. A. G. Empresas, S. L. y otro", Sala IV 14-XI-1998 "Quero!, S. A. c. Don Dingo, S. A.", Cáceres 5-V-1999 "G. A., S. L. c. D. Maximiano G. D.", aunque aplica el artículo 12 LCD. Madrid 29-IV-1999 "Madar, S. L. c. Sección Nómada Tres, S. L.", y éste es aparentemente también el caso resuelto por SAP Alava 26-V-1999 "Gestión 52", y a contrario SSAP Asturias 18-VI-1997 "Carbones Manuel Asturias, S. L. c. Carbones Mendiz y Navarreda, S. L. y otros", Bizkaia 19-XII-2000 "Compañeros, S. A. c. Sottlec Pinturas, S. A. y otros", Oviedo 15-II-2001 "Miguel Ángel González Juliá e Hijos, S. L. c. Orgadesa, S. L. y otros".

³² ver SAP Zaragoza 26-II-1999 "apertura de farmacia veterinaria".

³³ SUPJ Cádiz 22-II-1998 "desviación de clientela por socio".

³⁴ SAP Pontevedra 18-IX-1997 "Tisega, S. L. c. Inenga, S. L.".

³⁵ ver SSAP Murcia 21-4-1995 "Elizaba, S. L. y otro c. A. G. Empresas, S. L. y otro", Asturias 18-XI-1998 "captación de clientes de asesoría de empresas", Valencia 14-XI-1995 "Quero!, S. A. c. Don Dingo, S. A.".

³⁶ ver SAP Barcelona 22-VI-1995 "competencia tras terminación de distribución exclusiva".

³⁷ ver SSAP Barcelona 27-VI-2000 "Fundación Familiar Castells c. Moor & Associates, S. L. y otro", Sala IV 29-I-2001 "Adaptar Valencia, S. L. / Polencia Assorens, S. L.".

³⁸ ver SAP Navarra 3-XI-2001 "competencia de extrajudicial".

³⁹ SAP Asturias 9-VI-2000 "Danco, S. A. c. Central Lechera Asturiana SAI y otro".

⁴⁰ Como hace, por ejemplo, la productora distribuidora cinematográfica colsey un ofrecimiento de venta de videos de ciertas películas de actualidad en la parte correspondiente a los avances de novedades que contienen los videos adquiridos por video club a sus clientes. ver SAP Barcelona 29-XI-1995 "Asociación de Video Club de Catalunya C. Warner Home Video España, S. A.".

crear la demanda correspondiente, por muy importante que hayan sido estas inversiones y muy destacada la posición y reconocimiento de la prestación pionera.

En este contexto, y cuando no sea posible acudir a derechos de exclusiva o se trate de combatir aspectos no cubiertos por estos derechos, ha de construirse igualmente el juicio de deslealtad de la captura de las oportunidades de negocio abiertas por la actividad de un tercero y que jurídicamente afluyen a quien asume el riesgo de su organización. En este caso se encuentra la grabación clandestina de un evento deportivo,⁶⁶ o, con independencia de la forma en que se ha llegado a tener conocimiento de la información relevante (que podría situar la conducta en la órbita de la violación de secretos o de la inducción a la infracción contractual) y de la forma en que se alcanzan o presentan los resultados así logrados (que podrían colocar la conducta en el ámbito de la imitación), la utilización de los planos, proyectos, maquetas, prototipos ajenos para realizar la propia prestación o para estructurar la propia organización interna, ejecutar una determinada promoción, diseñar la propia estrategia comercial, o la composición o integración de la propia prestación con medios y contenidos ajenos sin la debida autorización, como sucede, señaladamente, con algunas prácticas no del todo infrecuentes en el ámbito de Internet, conocidas como *linking* y *framing*, de las que se tratará a continuación.

1.3 Linking

Se conoce como *linking* al establecimiento de una conexión o vínculo entre una página web y otra parte de la misma página web o con una página web distinta a través de una referencia de hipertexto (*hypertext reference* o HREF), que es el supuesto que ahora interesa. El vínculo aparece en la pantalla del usuario destacado con ciertos recursos gráficos (de común, subrayado y color), y tras del vínculo se esconde (en forma de orden dirigida al programa de búsqueda del ordenador del usuario) la dirección electrónica de la página web con la que se ha establecido la conexión, de tal forma que activando el texto marcado se accede directamente a ella, e incluso única y directamente a la parte de dicha página con la que se ha establecido el vínculo (*deep linking*), sin necesidad de previa localización a través de las herramientas de búsqueda y, en el caso de *deep linking*, sin necesidad tampoco de ulterior revisión de los índices o del contenido completo de la página web vinculada, y así de la publicidad que se pudiere haber contratado, de las indicaciones de uso que se pudieren haber establecido y de la demás información de carácter general que se hubiere podido incorporar.

Así las cosas, el *linking* presenta dos aspectos de interés: la puesta a disposición de los contenidos incluidos en otra página web o en otros recursos Internet, lo que suscita problemas desde la perspectiva del Derecho de propiedad intelectual o desde la perspectiva de la difusión de contenidos ilícitos si es que los contenidos enlazados tienen esta consideración, y el empleo de las marcas ajenas para establecer el vínculo gráfico con el recurso enlazado, que es el aspecto que ahora interesa considerar.

El sometimiento del *linking* a las exigencias del Derecho de propiedad intelectual radica en su aptitud para posibilitar el acceso a la página web vinculada. Desde esta perspectiva, sin embargo, los actos de reproducción que, como se ha explicado, están implícitos en el acceso a contenidos a través de Internet son realizados por el usuario que activa el vínculo y los prestadores de servicios de red y de acceso que le permiten acceder a la página web vinculada, y no por quien establece el vínculo. Y no es

⁶⁶ Véase J. Massaguer, *Naturaleza, protección y titularidad de los derechos audiovisuales sobre eventos deportivos*, XVI ACJ 1997, p. 383 ss., *passim*, y en especial pp. 233-235.

especialmente probable que, en el caso de que el *link* consista en un título, pueda apreciarse que reúne la originalidad suficiente para merecer *per se* protección mediante derecho de autor y que, en consecuencia, su inserción en la página web desde la que se establece constituya un acto de reproducción de una obra protegida. Tampoco parece más fundado entender que la inclusión del vínculo en la propia página web traiga consigo una transformación de la página vinculada, ni tan siquiera su integración en la primera a modo de pieza de una obra derivada. En cambio, no parece aventurado sostener que el *linking*, en principio, puede comprenderse como un supuesto de comunicación al público, en la medida en que a estos efectos es suficiente con que se permita al público acceder a la obra, que es precisamente lo que se consigue a través del vínculo: el *link*, de hecho, pone el contenido vinculado a disposición del público de modo que resulta posible acceder al mismo en el momento en que los usuarios de Internet decidan activarlo. Además, esta práctica puede asimismo enjuiciarse *prima facie* como infracción del derecho *sui generis* reconocido al productor de bases de datos (artículo 133 de la Ley de Propiedad Intelectual), al menos en los casos en que el *linking* tenga carácter masivo y se reconozca a las páginas web (como parece que debe hacerse) la condición de bases de datos. Ahora bien, y sobre todo a la vista del papel esencial de los *links* en la configuración y funciones de Internet, parece posible mantener que no en todos los casos ha de estimarse que su establecimiento sin autorización del titular de los contenidos vinculados comporta una infracción de derechos de propiedad intelectual. A tal efecto no parece aventurado invocar la existencia de una licencia implícita (en realidad, la existencia de un *venire contra factum proprium* en caso de que se interpusiera una demanda) en la colocación del correspondiente contenido en la web, sobre todo cuando media, como sin duda debe suponerse, un perfecto conocimiento de las posibilidades técnicas y de los hábitos en el sector y, sin embargo, no se ha incluido la prohibición de establecer vínculos o no se han adoptado las medidas técnicas, en realidad disponibles, que permiten impedir establecer vínculos sin autorización o establecerlos sin pasar por la primera página. De ahí que no pueda extrañar que algunos tribunales, atendido el rol fundamental que esta práctica asume en la difusión y utilidad de Internet, hayan estimado la licitud de su establecimiento y, por tanto, la inexistencia de un acto de infracción de derechos de propiedad intelectual o, desde otra perspectiva, de un acto de competencia desleal, aun sin mediar autorización por parte del titular de los contenidos de la correspondiente página web vinculada.

Desde otra perspectiva, el establecimiento de vínculos no autorizados podría constituir un supuesto de violación de marca en el caso de que la referencia a la página vinculada contenga un signo protegido como marca. No es dudoso que se trata de una utilización en el tráfico económico que, por ello, debe estimarse comprendida en el ámbito del *ius prohibendi* atribuido al titular de una marca (artículo 34.2 de la Ley de Marcas): el ofrecimiento de esta clase de pasarelas entre páginas web no deja de ser un ofrecimiento de contenidos constitutivo de parte de un servicio de la sociedad de la información. Ahora bien, ha de advertirse que el vínculo no distingue productos o servicios, sino que establece una conexión inmediata con una página web o con otro recurso Internet ajeno. Siendo esto así, la única posibilidad de apreciar que de este modo se lleva a cabo un uso relevante a efectos del Derecho de Marcas pasa por establecer previamente que la marca en cuestión cubre los servicios propios de Internet (y en particular, el ofrecimiento de enlaces) y, además, que el usuario deduce que son ofrecidos por el titular de la marca, y no por quien establece el vínculo, o que para el establecimiento del vínculo éste ha contado con la autorización de aquél. Y ello, en ausencia de textos u otros elementos que indiquen lo contrario, no ha de ser especialmente probable si el enlace se produce, como suele suceder, con una página

web o recurso de Internet perteneciente al titular de la marca empleada al efecto y, menos aún, en un sector en el que, en este momento, es sobradamente conocido que los vínculos constituyen un puente entre recursos generalizado en la Red, una forma de compartir información característica de este medio. No más probable parece que la presencia de la marca ajena en el hipervínculo pueda constituir, por sí misma, un supuesto de aprovechamiento indebido o menoscabo del renombre de la notoriedad o capacidad distintiva de la marca ajena, lesivos de la exclusiva atribuida a los titulares de marcas notorias y renombradas (artículo 34.2 c) de la Ley de Marcas).

Tampoco se presenta *prima facie* más fructífera la aproximación desde la perspectiva del Derecho de la Competencia Desleal. Las mismas razones que dificultan la apreciación de una infracción del derecho de marca mediante la realización de hipervínculos pueden considerarse válidas para el contexto que ahora nos ocupa. Si, como es debido, se atiende a las características de los usuarios de la red, no parece en efecto que el empleo de una marca ajena o de otro signo distintivo reconocido en el tráfico como perteneciente a tercero en un vínculo (forma de uso que resulta especialmente evidente por causa de los recursos técnicos empleados: subrayado y cambio de color) les deba llevar, hoy por hoy y en una hipótesis normal, a establecer la clase de conexiones que determinan el riesgo de confusión (artículo 6 de la Ley de Competencia Desleal) o el aprovechamiento indebido de la reputación ajena (artículo 12 de la Ley de Competencia Desleal). Tampoco ha de ser más factible afirmar que el *linking* constituye un supuesto de obstaculización o de aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, ni tan siquiera en los casos en que el acceso al recurso Internet desde el que se realiza el vínculo sea oneroso. En este sentido, no puede olvidarse, en particular, que el titular de la marca o de otro signo distintivo reconocido en el mercado como perteneciente a una determinada persona que la integra en su nombre de dominio, en sus direcciones URL o en su dirección de correo electrónico y, siendo ello técnicamente viable y conocedor de las posibilidades y costumbres del medio, no adopta las medidas adecuadas para impedir que los terceros establezcan vínculos sin su consentimiento, difícilmente puede pretender que la actuación de esos terceros sea desleal. Abundando en ello, y al tiempo completando el anterior razonamiento, tampoco es posible pasar por alto que el objetivo de la colocación de determinados contenidos en la Red es precisamente que los usuarios visiten las páginas web o recursos Internet en que se encuentran, y éste es justamente el efecto que tienen los vínculos.

Dicho esto, conviene apresurarse a precisar, no obstante, que esta argumentación desenvuelta en relación con la confusión, el aprovechamiento del esfuerzo ajeno y la obstaculización únicamente es válida para enjuiciar el solo empleo de una marca ajena o signo distintivo reconocidamente perteneciente a tercero en el vínculo. No lo es, en cambio, para enjuiciar los supuestos que antes se denominaron *deep linking*. En estos casos, el enlace no refiere al usuario simplemente a otras direcciones de Internet, sino que lleva de contenido la página web o recurso desde la que se establece (aunque técnicamente se abandone dicha dirección, lo cierto es que siempre es posible volver a ella mediante la función de retroceso del programa de navegación, que es la forma en la que de común se procede) y, así, puede permitir que quien lo realiza entre en competencia con el titular de la página o recurso vinculado, sea en el mercado de los servicios en cuestión, sea en el mercado de la contratación de espacio publicitario, y en principio tanto con quien opera la página o recurso vinculado como con terceros que actúan en estos mercados. En atención a las circunstancias del caso, esta práctica puede implicar, por ello, la expropiación del resultado del esfuerzo ajeno, la construcción de la propia prestación mediante la incorporación de la de un tercero y, al tiempo, la

apropiación de las posibilidades de negocio que dicho esfuerzo reportó al tercero. Aunque menos probable, no es descartable además que, en atención a la forma en la que en cada caso se presente el *deep linking* en la página desde la que se establece, pueda igualmente producirse un riesgo de confusión, como sucederá si de una forma u otra se da a entender que los contenidos enlazados son propios, y no del titular de la marca o del signo que reconocidamente pertenece a tercero y se utiliza para efectuar el *deep linking*, o que para su realización se cuenta con la autorización de este último.

1.4 Framing

El *framing* no es una actuación muy alejada del *linking* en sus resultados, si bien difiere en los aspectos técnicos y las implicaciones que presenta desde la óptica del Derecho. Una aplicación informática permite dividir la propia página web en diversas ventanas que pueden operar las unas con independencia de las otras, siendo posible acceder a una página web ajena a través de una de estas ventanas y, así, que el usuario de una página web que tiene esta configuración acceda a través de ella a otras páginas web, manteniéndose el resto de ventanas de la primera, lo que a su vez posibilita que el contenido de la página web capturada sea rodeado por los contenidos propios de la página web captora. Como el establecimiento de vínculos entre páginas web, el *framing* consiste en la conexión entre dos páginas web, si bien en este caso, y a diferencia de lo que sucede en el anterior, la conexión no se establece de forma que el usuario accede en su propio ordenador y con empleo de las herramientas de búsqueda instaladas en su ordenador a la página web con la que se ha establecido el *hyperlink*, sino de tal forma que el acceso se produce directamente a través de la página web desde la que se establece la conexión, con la que el usuario no pierde en ningún momento la conexión (en el espacio de la pantalla en que se identifica la dirección visitada continúa la dirección de la primera página web), y los contenidos procedentes de la página web capturada aparecen en la pantalla del ordenador del usuario como contenidos propios de la página web a la que se accedió en un principio y desde la que se establece la conexión, de común "enmarcados" por los elementos identificadores de la dicha página web y ocultos en cambio por el marco los elementos identificadores de la página web capturada.

A diferencia de lo que sucede con el *linking*, la valoración del *framing* como acto de explotación de los derechos de propiedad intelectual de que sean objeto las páginas web capturadas o sus contenidos parece en principio más clara. En efecto, el *framing* no remite al lector a la fuente, sino que pone al lector en posesión de la fuente, y para ello se ordena la realización de actos de reproducción (los implícitos en la transmisión digital y en el acceso en línea a contenidos) así como se permite al público acceder a los contenidos sin distribución de ejemplares y para ello, además, se integra materialmente la página web capturada en la propia página web, lo que para algunos constituye por sí mismo un acto de transformación. En suma, el *framing* comporta la realización de actos de reproducción, de comunicación pública y tal vez de transformación. En este caso, de otro lado, no parece argumentable que pueda entenderse concedida una licencia implícita, puesto que, además de las objeciones que se han apuntado anteriormente, el *framing* permite un aprovechamiento de la página web capturada a quien establece la conexión que es distinto del que resulta del mero acceso a la misma a través de Internet (que es el máximo contenido que podría darse razonablemente a una licencia implícita en este contexto).

Desde otra perspectiva, el *framing* puede igualmente constituir un supuesto de violación de marca y un supuesto de competencia desleal. En este supuesto, la

utilización constituye un uso a título de marca: distingue, en efecto, productos o servicios, como son los que ofrece el titular de la marca en los recursos Internet que de este modo de apropian y, al menos en principio, parece adecuado para generar un riesgo de inducción a confusión, probablemente no para que los usuarios tiendan a pensar que el recurso Internet desde el que se establece el *framing* pertenece al titular de la marca afectada o a una empresa de su grupo (aunque tampoco puede descartarse que en algunos casos así sea: *ad ex.* como consecuencia del uso de un nombre de dominio idéntico o similar a la marca), pero sí para que asuman la existencia de una licencia u otra clase de vínculo jurídico o económico que autorice la utilización de la marca y de los contenidos así capturados. En su caso de forma acumulativa, el *framing* además puede constituir un acto de competencia desleal por aprovechamiento del esfuerzo ajeno, y ello por las mismas razones que se han expuesto respecto del *linking*.

2. Actos de obstaculización

Constituyen actos de competencia desleal por ser contrarios a la cláusula general los actos de obstaculización, entendidos como prácticas que, sin contar con una justificación objetiva (esto es, sin constituir una expresión de la eficiencia de las propias prestaciones), afectan negativamente la posición concurrencial de un tercero bien porque vacían o pueden vaciar el valor y mérito de aquellos elementos a que está ligada dicha posición (y de los que dependen ciertas expectativas en el mercado), o bien porque, de cualquier forma, interfieren el normal desarrollo de la actividad de un tercero en el mercado impidiéndole entrar o afianzarse en él o introducir o afianzar en él alguna de sus prestaciones y, en su caso y de forma adicional, procuran o son adecuados para procurar a quien los realiza un provecho propio. Los supuestos que pueden considerarse arquetípicos de este grupo de casos son la apropiación de signos distintivos y elementos publicitarios ajenos, la invasión de ciertos derechos obtenidos mediante contrato, el remarcado de productos originales reciclados, así como las prácticas predatorias distintas de las que han merecido la consideración de alguno de los actos de competencia desleal tipificados en particular (artículos 11.3, 14.2, 15.2 y 17.2 c) de la Ley de Competencia Desleal).

2.1 Apropiación de signos distintivos ajenos

La apropiación de signos distintivos ajenos entra en el ámbito de la prohibición general de la competencia desleal sólo en los supuestos en los que la práctica considerada, de un lado, no entraña una vulneración de un derecho de exclusiva o de la protección que merecen los signos distintivos registrados frente al acceso al registro de signos incompatibles con ellos y, de otro, no constituya un acto de confusión. Entre estos actos de obstaculización desleales pueden encuadrarse, en la medida en que no sea de aplicación la Ley de Marcas y no constituyan actos de confusión, los supuestos de registro indebido de marcas ajenas y de utilización de las marcas indebidamente registradas, como podrían ser las marcas obtenidas o solicitadas de forma fraudulenta o ilícita (artículo 2.2 de la Ley de Marcas) y las marcas de agente o representante (artículo 10 de la Ley de Marcas) para cuya defensa no confiere la legislación marcaria a los afectados por su registro o utilización una acción de cesación (sí, no obstante, en el caso de las marcas de agente) ni una acción de indemnización ni de daños y perjuicios ni de enriquecimiento injusto, o en general aquellos en los que median contactos que permiten al solicitante de la marca ajena tener conocimiento de su creación o utilización por parte de un tercero y no existen razones que puedan justificar la elección de la marca en cuestión, y ello tanto si el registro que permite la apropiación de las marcas

ajenas tiene lugar con la finalidad de utilizarlas,⁶³ como si el propósito perseguido es el de obtener alguna clase de compensación o ventaja por la cesión de dichas marcas.⁶⁴ Este es también el caso de la apropiación de cualquier otra clase de signo distintivo, registrado o no registrado, típico o atípico, como la apropiación de un nombre de dominio o ciberpiratería, y la apropiación de todo elemento que, de hecho, sirva de medio para la presentación de una oferta, de una actividad o de un agente en el mercado, como sucede en el caso de la imitación de la publicidad ajena.

2.2 Ciberpiratería o apropiación de nombres de dominio

Internet se ha convertido en una nueva fuente de conflictos para el sistema de marcas (marcas y nombres comerciales), entre los que han ocupado un lugar destacado los casos de ciberpiratería, apropiación de dominios o, en expresiones inglesas ampliamente difundidas, *domain grabbing* o *cybersquatting*, al lado de otros enmarcados dentro de la infracción de los derechos de marca o de la competencia desleal por apropiación del esfuerzo ajeno. Como es sabido, los nombres de dominio son una pieza esencial en la identificación de los sitios web y de los contenidos en ellas alojados y, aún más, en algunos casos se han convertido en la base de la identidad de ciertos operadores o de ciertos negocios característicos de Internet. Su asignación, en particular la de los llamados *generic Top Level Domain Names* o nombres de dominio genéricos de primer nivel, se encuentra presidida por el principio *first come, first served*. No puede extrañar, por ello, que los primeros conflictos entre signos distintivos y nombres de dominio fueran suscitados por los registros de nombres de dominio cuyo *Second Level Domain* o dominio de segundo nivel consistía, precisamente, en marcas de gran implantación y reconocimiento, obtenidos por algunos "iniciados" con el propósito, más o menos evidente e inmediato, de obtener una compensación por cederlos a los titulares de las marcas afectadas.⁶⁵ Para la resolución de esta clase de conflictos se han desarrollado tres aproximaciones: una primera aproximación preventiva, enraizada en las normas y procedimientos de registro correspondientes a algunos nombres de dominio de primer nivel geográficos, y un doble sistema de resolución de conflictos, uno genuino del DNS, que se halla encarnado en la Política Uniforme de Solución de Controversias de ICANN, y otro general, como es el sometimiento de las disputas a los tribunales y administraciones que en cada caso sean competentes.

Como ejemplo de sistema preventivo pueden tomarse, precisamente, las disposiciones establecidas en las Normas y Procedimientos para el Registro de un Nombre de Dominio bajo ".es" que tratan de la relación entre marcas y nombres de dominio. En particular, se ha limitado la posibilidad de que una persona física sea titular de un SLD bajo el dominio ".es" a los casos en que se trate de una marca o denominación comercial registrada a favor del solicitante, se ha exigido en los demás casos que el SLD sea el nombre del solicitante, un acrónimo directamente derivado del nombre del solicitante o una marca registrada o una denominación comercial pertenecientes al solicitante, se ha prohibido el registro de SLDs asociados de forma pública y notoria a marcas ajenas.

⁶³ STS 22-I-1999 "Panteneor", SSAP Barcelona 27-I-1995 "U A P", Acuerdo 30-VI-2001 "NWU".

⁶⁴ SAP La Coruña 26-V-1998 "Ortenag".

⁶⁵ véase la tentativa lista de compañías españolas afectadas por el *domain grabbing* que se deduce de un informe a los casos decididos por la OMP en el marco del Procedimiento de Solución de Controversias de ICANN: "hipercor.com", "barneo.org / barneo.net", "yolmal.com", "barlañes.com / collela.org", "pedrodelbano.com", "lucita.com", "doreimon.com", "telefonos.com / telefonos.org/telefonos.net" (véase <http://www.icann.org/utp/proceedings-est-name.htm>).

Por su parte, la Política Uniforme de Solución de Controversias de ICANN aborda el tratamiento de los conflictos entre marcas y nombres de dominio desde una perspectiva limitada, tanto por lo que se refiere a su ámbito de vigencia como a la naturaleza de los casos a que se aplica. La Política Uniforme de Solución de Controversias, en efecto, únicamente es de aplicación a los gTLDs:⁶² se impone primeramente a los registradores de estos dominios al tiempo de su acreditación y, a través de las condiciones generales que rigen su relación con estos registradores, a los solicitantes de los correspondientes gTLDs, y únicamente sirve para solucionar disputas relativas a la obtención abusiva de nombres de dominio.

En particular, las controversias que se encuentran sometidas a la Política Uniforme de Resolución de Disputas de ICANN son las surgidas en torno a un nombre de dominio idéntico o engañosamente similar a una marca perteneciente a un tercero, registrado sin que medie interés legítimo por parte de su titular y obtenido o utilizado de mala fe. A estos efectos, se aprecia la existencia de un interés legítimo en el titular del nombre de dominio (que excluye el acogimiento de la reclamación que se pudiera haber formulado por parte del titular de la marca y, por ello la concesión de los remedios solicitados) si realiza preparativos serios para su uso en relación con el ofrecimiento de productos o servicios de buena fe antes de recibir la reclamación del titular de la marca; si es concedido, como persona física o como entidad, por el nombre de dominio en cuestión, incluso en el caso de que no sea objeto de una marca u otro signo distintivo registrado, o bien si realiza un uso leal o no comercial del nombre de dominio sin intención de obtener beneficio mediante la captación de consumidores induciendo a engaño o de camuflar la marca en cuestión.

Por el contrario, se aprecia la existencia de mala fe en la obtención o utilización de un nombre de dominio (y por ello debe resolverse a favor del reclamante titular de la marca afectada) en los casos en que su registro fue realizado con el propósito de transmitirlo al titular de la marca con la que se suscita el conflicto o a un competidor suyo por un precio superior al coste del registro, de impedir al titular de esa marca su utilización como nombre de dominio, de obstaculizar el negocio de un competidor o, en fin, de atraer a internautas mediante confusión acerca de la procedencia o patrocinio de la *web site* o de los productos o servicios de la *web site* identificada con el nombre de dominio controvertido. Desde un punto de vista institucional, la administración del Procedimiento de Solución de Controversias se ha dejado en manos de los llamados proveedores de servicios de resolución de controversias: Institute for Dispute Resolution (IDR), eResolution (eRes), National Arbitration Forum (NAF) y Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), cada uno de los cuales posee su propio reglamento adicional de resolución de disputas. El Procedimiento se inicia con la presentación de la oportuna reclamación ante el proveedor de servicios de resolución de controversias seleccionado por el reclamante, de la que, tras haber sido examinada su regularidad formal, se da traslado al reclamado para su contestación. La resolución de la controversia se confía a un panel formado por un panelista, designado por el proveedor de servicios de resolución de controversias, o, si así lo solicita una de las partes, por tres panelistas, designados en todo caso por el proveedor: dos de entre los nombres que figuran en la lista de tres propuesta por cada una de las partes, y uno entre la lista de cinco nombres comunicada por el proveedor a las partes. La tramitación del procedimiento tiene lugar enteramente en línea y una duración de cuarenta y cinco

⁶² Sin perjuicio de que también sea de aplicación en relación con algunos ccTLD (ayer *edukazio.ee* se había sometido voluntariamente al mismo), como ".ac" (Academia Island), ".br" (Brasil), ".ec" (Ecuador), ".gt" (Guatemala), ".mx" (México), ".na" (Namibia), ".nz" (Nueva Zelanda), ".fr" (Francia y Tobago), ".tr" (Turquía), ".vo" (Venezuela) y ".es" (España Occidental).

días. Los remedios que puede conceder la resolución que estime la reclamación presentada consisten en la cancelación o transferencia del registro del nombre de dominio en cuestión. La resolución dictada será notificada al registrador correspondiente, que deberá ejecutarla si en los diez días siguientes el titular del nombre de dominio afectado por ella no recurre la resolución ante los tribunales del domicilio del registrador o del reclamante.

Finalmente, y como expresamente se reconoce en las normas de registro de nombres de dominio, los conflictos entre marcas y nombre de dominio pueden sustanciarse, según corresponda en cada caso, ante los tribunales u órganos de la administración que sean competentes para conocer de las acciones por infracción de marcas y demás acciones en las que su titular pueda amparar sus derechos y pretensiones. En Derecho español no parece sencillo que los casos de *domain grabbing* puedan resolverse en el marco de la legislación de marcas. Como punto de partida debe recordarse que en esta clase de supuestos la obtención del nombre de dominio no se realiza con el fin de utilizarlo, sino de transferirlo al titular de la marca afectada tras alcanzar un acuerdo al respecto. De ahí que parezca posible descartar que en estos casos exista una violación del derecho exclusivo reconocido a su titular. En efecto, el mero registro no es propiamente una utilización de la marca en el tráfico económico (artículo 34.2 de la Ley de Marcas), ni tampoco un acto preparatorio de su ulterior utilización en el tráfico económico. En este mismo orden de ideas, no parece tampoco posible que, a falta de un uso efectivo o preparado del nombre de dominio apropiado, el *domain grabbing* pueda considerarse acto de competencia desleal por confusión o aprovechamiento indebido de la reputación ajena. Ello no obstante, es posible acudir a la acción de competencia desleal, puesto que esta clase de registros de nombres de dominio, en la medida en que no se pueden amparar en ningún título y sólo se revele como acción dirigida a dificultar el normal desenvolvimiento de la actividad de un tercero, constituyen actos de obstaculización contrarios a la prohibición general de la competencia desleal (artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal). La acción de competencia desleal puede integrarse en este caso, al lado de las pretensiones declarativas y cesatorias, otras de remoción, que tengan por objeto la liberación del registro del nombre de dominio e incluso su transferencia al demandante (artículo 18 de la Ley de Competencia Desleal), y puede ser igualmente dirigida al NIC que practicó el registro (artículo 20 de la Ley de Competencia Desleal).

2.3 Imitación publicitaria

Las condiciones a las que se vincula legalmente la deslealtad de la imitación de las prestaciones ajenas (entre las que sin especial dificultad puede incluirse a la publicidad) hacen que, en la práctica, no sea fácil concluir que la imitación de la publicidad ajena constituirá un acto de imitación desleal según el artículo 11 de la Ley de Competencia Desleal: la presencia de las marcas y otros signos distintivos del anunciante dificultará en extremo que pueda afirmarse la existencia de un riesgo de asociación, la naturaleza misma de la publicidad parece escasamente apropiada para encerrar las representaciones positivas que los consumidores atribuyen a las prestaciones y, por ello, para propiciar un aprovechamiento de reputación ajena y, en fin, la complejidad que tienen los anuncios no se presta²⁶ a que puedan emplearse los medios de reproducción que permiten apreciar un aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno. Por tanto, el enjuiciamiento de la imitación publicitaria como acto de competencia desleal debe tener lugar las más de las veces fuera del artículo 11 de la

²⁶ Sobre los casos de anuncio especialmente simples, SAP Madrid 13-XI-1994 "catálogo de muebles de cocina".

Ley de Competencia Desleal, como acto de confusión o como acto de obstaculización contrario a la prohibición general.

En particular, las condiciones para que la imitación publicitaria constituya un acto de obstaculización no son sino la concreción de las que se han apuntado con carácter general: la inexistencia de riesgo de confusión, la vinculación de una determinada publicidad o de un particular elemento publicitario con un determinado oferente, el asentamiento de dicha vinculación en el mercado, la existencia de un interés competitivo en la conservación de dicha vinculación y el riesgo de que se rompa la vinculación entre publicidad y oferente y, con ello, el canal de comunicación establecido; dicho en otros términos, la publicidad considerada debe merecer la condición de "capital publicitario" de un determinado anunciante.⁶⁷

El Jurado de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad ha tenido oportunidad de resolver algunas reclamaciones que han planteado conflictos de esta naturaleza, si bien ha preferido examinarlos y, en su caso, proclamar su ilicitud deontológica desde la perspectiva, ciertamente próxima, del aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno.⁶⁸ A mi modo de ver, esta calificación no parece enteramente trasladable al ámbito de la represión de la competencia desleal: en este ámbito, en efecto, debe regir el principio de libre imitación del artículo 11 de la Ley de Competencia Desleal, por lo que la sola utilización de uno o varios elementos propios y característicos de la publicidad de un tercero no puede, sin más y en defecto de un derecho de exclusiva –que trasladaría la tutela a un ámbito distinto–, fundar el reproche de deslealtad. Para ello sería necesario que concurrieran circunstancias adicionales que permitieran calificar de indebido el aprovechamiento del esfuerzo ajeno y que, como es sabido, en el caso de la imitación se relacionan con el empleo de medios que permitan capturar y reproducir la creación técnica o estética de otro y ofrecerla tal cual al mercado y están sometidas al límite temporal necesario para la amortización de la ventaja del pionero. Y lo cierto es que, como no podía ser de otro modo, no fueron estos los factores determinantes del reproche de ilicitud deontológica manejados en estos casos por las Resoluciones del Jurado de la Asociación de Autocontrol, sino justamente los que fundan la deslealtad de los actos de obstaculización: la protección de una singular vinculación entre un elemento publicitario y un oferente que le permite establecer a largo plazo una comunicación eficaz con los destinatarios de su oferta y de la que quedaría privado si se banalizara por razón de su uso por terceros.⁶⁹

2.4 Invasión de derechos de terceros obtenidos mediante contrato

Constituyen supuestos de obstaculización desleal, asimismo, los actos de utilización de ciertos activos que son objeto de derechos de exclusión y cuya explotación ha sido autorizada contractualmente, de común en términos de exclusiva, por los titulares de aquellos derechos. En estos casos concurre, por lo tanto, un doble ilícito: la infracción de los derechos de exclusiva, que se comete en relación con su titular, y la invasión del poder contractual de explotación obtenido mediante pacto, que se comete en relación con el cesionario o licenciatario de los correspondientes derechos de exclusión cuando no esté en condiciones de oponer por sí a terceros los correspondientes derechos de exclusiva (como sería el caso del cesionario exclusivo de derechos de propiedad intelectual o, salvo pacto en contra, del licenciatario exclusivo de derechos de propiedad

⁶⁷ Concepto manejado en este ámbito por RDAAP (Pleno) 12-VI-2000 "Productos Píctas, S. A."

⁶⁸ Véase RDAAP (Sec. 2ª) 10-II-1997 "Parafin A.S.F.", (Pleno) 5-VI-1999 "Caja de Ingresos Banca de Navarra", (Sec. 4ª) 17-X-2008 "Marquesas Artes, S. A."

⁶⁹ En especial, véase RDAAP (Sec. 2ª) 10-II-1997 "Parafin A.S.F."

industrial inscrito en la Oficina Española de Patentes y Marcas). La deslealtad de la acción depende enteramente de la falta de título que legitime la invasión de la esfera de actuación obtenida contractualmente.

En este sentido, no comete un acto de obstaculización desleal el revendedor paralelo que distribuye productos de marca originales en el territorio asignado a un distribuidor exclusivo en la medida en que se haya producido el agotamiento del derecho de marca (artículo 32 de la Ley de Marcas); lo comete, en cambio, el que reproduce ilícitamente o distribuye productos o servicios ilícitamente reproducidos o prestados (sin consentimiento de su titular y sin estar amparado por ninguna clase de excepción) que son objeto de un derecho sobre bien inmaterial cuya explotación en determinado territorio le fue concedida en exclusiva a tercero (aunque resuelto como acto de imitación, para un caso de cromos o fotografías con imágenes de deportistas o símbolos de federaciones o competiciones,⁷⁰ y lo comete sólo frente al licenciario de estos derechos, no frente a sus titulares (en relación con los cuales se realizará, según los casos, una infracción de derechos de imagen, de marca o un acto de competencia desleal por confusión o aprovechamiento indebido de reputación ajena).

2.5 Saturación de mercados, distribución masiva de muestras y otras prácticas predatorias

Las prácticas predatorias que habrán de enjuiciarse a la luz de la prohibición general como actos de obstaculización son aquellas consistentes en conductas distintas de las consideradas específicamente en el catálogo de actos de competencia desleal y cuya ilicitud se basa precisamente en su aptitud para impedir que accedan al mercado nuevos operadores o que se mantengan en él los ya existentes. Como sucede con los actos tipificados, las conductas de que se trata en este caso no son ilícitas *per se*, sino como consecuencia de sus efectos reales o potenciales sobre la estructura subjetiva u objetiva del mercado atendidas diversas circunstancias, y entre ellas, particularmente, el poder o fuerza de mercado del operador que las realiza, la vinculación existente entre la posibilidad de llevar a cabo la práctica enjuiciada y el poder o fuerza de mercado, las características del mercado analizado en relación con la entrada de nuevos operadores o con la introducción y afianzamiento de nuevas prestaciones, la contribución de la práctica a la mejora del bienestar del consumidor a medio y largo plazo, el encuadramiento de la práctica en una estrategia que conduce a obtener aquel resultado de expulsión o bloqueo del mercado.

Entre las prácticas que, en el caso de que puedan tener ese efecto predatorio, pueden constituir un acto de competencia desleal por obstaculización las que se han conocido como prácticas de saturación de los mercados, como la distribución masiva de muestras, especialmente en los casos en los que, además de las circunstancias indicadas (poder de mercado, etc.), las muestras permitan cubrir duraderamente las necesidades de los consumidores (por ejemplo, la muestra es un producto duradero original y en el mercado en el que se produce el efecto predatorio tienen especial relevancia los accesorios de dicho producto,⁷¹ los servicios prestados a través de dicho producto o los servicios de mantenimiento de dicho producto) o, por los costes de aprendizaje que tiene su utilización u otras circunstancias, sean adecuadas para fidelizar a la demanda en una parte cuantitativamente no desdeñable del mercado.⁷²

⁷⁰ Ver SAP Asturias 2011-2000 (Paralel, Sps c. BCS Innesax, S. A. y otro).

⁷¹ Ver RTDC 2011-1909, expediente 1/13398 (Wilmore Sewel, S. A. E. c. Gillette España, S. A.).

⁷² Véase F. Páez, "La distribución masiva de mercancías mediante regalos publicitarios", IX ADY 1995, p. 512 ss.

Asimismo, y atendidas las circunstancias del caso, pueden merecer esta calificación la sustracción de productos o servicios al mercado,⁷³ o las ofertas de recompra de los productos ajenos o las subvenciones dirigidas específicamente a los clientes de un competidor en los casos en los que la oferta se configure de tal manera que, en la práctica, su aceptación resulte incompatible con el mantenimiento de la relación anteriormente establecida (y no el solo hecho de que, a raíz del disfrute de la prestación así promocionada y de la experiencia positiva ganada se decida poner fin a la relación existente con el competidor).

2.6 Otras prácticas obstaculizadoras

A este grupo de casos pertenecen, finalmente, prácticas, no encuadradas en ninguno de los subgrupos anteriores, tales como la destrucción o eliminación del material publicitario ajeno, el bloqueo de la línea de teléfono u otros canales de comunicación de un tercero, la perturbación de la normal recepción de las emisiones, transmisiones o retransmisiones de radio o televisión de un tercero, la difusión de información que genera entre sus destinatarios una desconfianza injustificada en otros oferentes o en sus productos o establecimientos, el boicot, esto es, el llamamiento o instigación a terceros para que se abstengan de contratar ciertos productos o servicios o los productos o servicios ofrecidos por cierto operador que no quede comprendido entre los ilícitos de los artículos 1 y 6 de la Ley de Defensa de la Competencia o del artículo 16 de la Ley de Competencia Desleal,⁷⁴ o la confección de una publicación distribuida gratuitamente (financiada mediante publicidad) con materiales previamente publicados por un tercero (que exige el pago de una contraprestación por su publicación).⁷⁵ No es cuestión obvia, por el contrario, que la supresión o desfiguración de códigos de control constituya *per se* un acto de obstaculización,⁷⁶ aunque es circunstancia que debe tenerse en cuenta para apreciar si concurren los elementos determinantes de la deslealtad de la conducta bajo otros aspectos o como indicio de su misma comisión, como podría ser el caso del aprovechamiento de un incumplimiento contractual no inducido (artículo 14.2 de la Ley de Competencia Desleal).

3. Ofertas molestas

Como ofertas molestas pueden considerarse desleales por violentar la prohibición general establecida en el artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal aquellas prácticas, de común ofertas que, por la forma en que tiene lugar el contacto o por la relación existente entre quien directa o indirectamente realiza la oferta y quien la recibe, generan una presión sobre sus destinatarios o les colocan en una situación incómoda o embarazosa bien en el caso de que no presten atención, o bien incluso en el caso de que no visiten el establecimiento del anunciante o no contraten la prestación promocionada. En todos estos casos, la oferta impide una libre formación de las preferencias o en su caso de la decisión de contratar.

En este grupo de casos deben incluirse, siempre que se den las circunstancias de hecho precisas para producir o poder producir el efecto anterior, las ofertas hechas

⁷³ *id.*: SAP Málaga 20-IV-1092 "papas de animales sacrificados en Ulrum".

⁷⁴ *id.*: A. Esquivias, *El boicot como acto de competencia desleal contra la libre competencia*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 29-44, 100-106, 104-107, como podrían ser las campañas de "compra nacional" (prestando siempre la debida atención a la posible fragilidad no concurrencial de la conducta).

⁷⁵ Un ejemplo de estas características fue decidido, desde una perspectiva diversa, en SAP Rentería 26-IX-1000 "seminario SQL".

⁷⁶ *id.*: SAP Barcelona 20-IV-1097 "Sobago y otro c. East West Trade, S. L. y otro".

directa y personalmente al consumidor en la calle,⁷⁷ en su domicilio, en reunión con amistades o compañeros de trabajo o el envío a domicilio de productos no solicitados, sin perjuicio de que estas prácticas sean objeto de una especial regulación o incluso de prohibiciones en la normativa sobre comercio interior y de que su infracción pueda constituir asimismo un acto de competencia desleal por violación de normas. Esta misma consideración merece la realización de ofertas en situaciones en las que el consumidor no está en condiciones de tomar su decisión con la tranquilidad de ánimo que requiere toda decisión racional, como las ofertas hechas en el lugar y tiempo de un accidente. Próximas a las anteriores se encuentran aquellas técnicas de venta en que el organizador se aprovecha de la relación personal o familiar que media entre el vendedor y la clientela para colocar en el mercado sus prestaciones.

4. Abuso de autoridad

Conforman un subgrupo del anterior grupo de casos aquellas ofertas y prácticas en las que el oferente se vale abusivamente de la autoridad o ascendiente propio o de un tercero sobre la clientela para promover o asegurar la contratación de sus prestaciones. Entre estos casos pueden encuadrarse los supuestos de padrinazgo, esto es, las técnicas de venta que recurren a la recomendación de personas que, por su relación profesional o personal con la clientela potencial, tienen cierto ascendiente sobre el consumidor cuando la influencia ejercida obedece a móviles espurios (distintos de la obtención de una recompensa por parte del padrino, puesto que semejante supuesto está comprendido entre las primas desleales del artículo 8.2 de la Ley de Competencia Desleal). Desde esta misma óptica podría ser enjuiciada *ad ex*, (y siendo cualquier parecido con la realidad pura coincidencia) la conducta del profesor que no se limita a recomendar un libro de texto o una compilación de textos (sea propio o de un tercero) entre sus alumnos, sino que pone en práctica actuaciones (como por ejemplo la venta en circunstancias que permitan identificar a los compradores o la exigencia de utilización del libro en el examen) que hacen temer al alumnado por el aprobado en el caso de que no se compre el libro recomendado.

5. Actos de explotación de los sentimientos

Como consecuencia de la aptitud para influir en la formación de preferencias o toma de decisiones a partir de razones ajenas a las que típicamente orientan la conducta de los consumidores, se han considerado tradicionalmente desleales, y en nuestro sistema de represión de la competencia desleal deberían enjuiciarse a la luz de la cláusula general, aquellas comunicaciones publicitarias y ofertas que atraen la atención del público sobre la prestación promocionada generando un miedo o alarma infundados o desproporcionados, especialmente cuando ello se produce en relación con temas de preocupación general como la salud⁷⁸ o la solidaridad con los menos favorecidos. Supuestos cercanos son aquellos en los que se mueve al consumidor a interesarse por la prestación del oferente o a contratarla apelando a sus sentimientos altruistas: compasión, piedad o solidaridad, o apelando a la capacidad de atracción que de común ejercen ciertas imágenes o temas, como los escabrosos o los de contenido sexual.

6. Publicidad desagradable

Igualmente, encuentra su ubicación en la cláusula general, en cuanto integra exigencias de orden ético, el enjuiciamiento de la publicidad desagradable. En ella

⁷⁷ A controllo SAP, Barcelona 4-06-1995 "entrega de material publicitario en la calle".

⁷⁸ (C) RILAAP 25-VI-1998 "Lado Pasoral, S. A.", 24-IV-1997 "SaxiKine Seehon Consumer Healthcare, S. A.", 24-VI-1998 "EUREPRA", el medioambiente (C) RILAAP (Parré) 7-II-2000 "Gisergence (dióxido de calcio en la leche materna)".

pueden encuadrarse los dos supuestos siguientes. En primer término, la publicidad que resulta contraria a los parámetros de decoro social y buen gusto, para cuya determinación habrá que estar a los que, en cada momento y en consideración a las circunstancias del caso, puedan considerarse generalmente aceptados,³⁹ para cuya apreciación, y en atención a las exigencias de la garantía constitucional de la libertad de expresión, resulta de especial importancia examinar la justificación de la elección de medios y contenidos publicitarios a la vista de la naturaleza de los productos o servicios promocionados y de la amplitud del círculo de destinatarios.⁴⁰ En segundo término, a este grupo pertenece también la publicidad que atente a la dignidad de las personas, como sucede en especial en el caso de la publicidad que hace uso del desnudo del cuerpo humano, que, precisamente por razón de los hábitos sociales y culturales vigentes, sólo debe reputarse desleal en la medida en que su utilización carezca de justificación a la vista de la naturaleza u objeto de la prestación así promocionada o, lo que es lo mismo, pueda establecerse que tiene como único propósito captar la atención del público de los consumidores sobre una comunicación comercial que no justifica su empleo,⁴¹ y ello sin perjuicio de que pueda constituir un supuesto de publicidad ilícita de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 a) de la Ley General de Publicidad⁴² o de competencia desleal por infracción de normas, de conformidad con el artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal.

7. Actos de agresión

En este mismo orden de cosas, la consideración de las exigencias de los buenos usos, y con la prudencia que en su momento se ha expuesto, obliga a conceder particular relevancia en este contexto a circunstancias tales como el *animus nocendi* que pueda animar al autor del acto enjuiciado;⁴³ de hecho en este extremo se centra una de las claves determinantes de la deslealtad de la violación de secretos (artículo 13.3 de la Ley de Competencia Desleal). En este sentido, al amparo de la cláusula general puede predicarse la deslealtad de aquellas conductas, no reconducibles a ninguno de los actos de competencia desleal tipificados o no encuadrables en ninguno de los grupos de casos anteriores, que obedezcan al solo propósito de ocasionar un daño a otro, sea como resultado en sí mismo deseado (del modo que podría ocurrir cuando la actuación formara parte de una estrategia predatoria) o como paso intermedio para obtener del sujeto afectado una compensación consistente en la atribución de una ventaja competitiva de cualquier clase por poner fin a esta conducta o *blackmailing* (como podría ser el caso, por ejemplo, del medio de comunicación que difundiera de forma desproporcionada - por el tono, la insistencia, el realce - información no contrastada relativa a un determinado operador económico y ofreciera poner fin a esta política informativa a cambio de la contratación de espacios publicitarios en dicho medio por el operador afectado).

³⁹ Cf. RJAAP 17-1-1997 "G y J España Ediciones, S. A."

⁴⁰ Véase RJAAP (Secc. 1ª) 24-8-1999 "Publicitas e. Anónima, S. A." (www.inecchov.es/).

⁴¹ Cf. RJAAP 11-30-1998 "Vipev Express", 6-11-1997 "Marzo", 6-8-1997 "Prensas, S. A.", 22-X-1997 "Banifon, S. A.", 19-30-1997 "García & Cía", (Iferro) 22-30-1997 "Anglo Española de Distribución", (Secc. 3ª) 7-11-2000 "Balcenro (El cubito de azúcar)".

⁴² Véase A. Tero, La explotación publicitaria de los servicios, el caso Banifon, DN, núm. 44, 1994, p. 13 ss., in, Publicidad comercial y libertad de expresión, La Ley, 1994-3, p. 958 ss., o C. Llamas, Los derechos de las mujeres en la publicidad, opuscul. p. 170 ss.

⁴³ Véase J. M.ª Maza, Observaciones sobre la buena fe, Anales de la Academia Madrileña de Notariado, XXIX, p. 8 ss.