

3 La denigración y la obstaculización como actos de competencia desleal. Análisis del caso Ryanair

Comentario de las Sentencias del Tribunal Supremo [1ª] de 7 de mayo de 2014, de 9 de abril de 2014 y de 7 de abril de 2014

JUDITH MORALES BARCELÓ

Profesora de Derecho mercantil Universidad de Barcelona

ISSN 0210-0797

Revista de Derecho Mercantil 296
Abril - Junio 2015

Sumario:

- I. Introducción
- II. Antecedentes de hecho
- III. Fundamentos de derecho
- IV. Los actos de denigración y de obstaculización a la luz de las sentencias del tribunal supremo y de las audiencias provinciales de barcelona y madrid
 - 1. Los actos de denigración
 - 1.1. Fundamento jurídico de la tipificación de la conducta
 - 1.2. Elementos de la conducta reprochable
 - 2. La cláusula general de la Ley de Competencia Desleal y el subtipo de actos de obstaculización
 - 2.1. Las conductas objetivamente contrarias a la buena fe
 - 2.2. Los actos de obstaculización
- V. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

La aparición de las nuevas tecnologías ha generado una batalla entre las compañías aéreas y las agencias de viajes, que ofrecen sus servicios no sólo en sus establecimientos sino también a través de la red. La mediación de las agencias de viaje a través de internet consiste en la facilitación a los consumidores de una comparativa de precios de vuelos de diferentes compañías, de tal forma que pueden comprar los billetes de vuelo que consideren

más convenientes para sus intereses, puesto que el buscador de la agencia *on line* les dirige a la página web de la compañía aérea que seleccionen los usuarios, pagando una comisión a la agencia de viajes por la gestión de búsqueda realizada. Ante esta situación, resulta de interés poner de relieve la reacción que ha tenido una de esas compañías aéreas, en concreto Ryanair Limited (en adelante, Ryanair) con el fin de que los consumidores compren sus billetes directamente a través de su propia página web o de su central de reservas y, por tanto, no acudan a las agencias *on line*.

La conducta de Ryanair ha consistido en realizar una serie de declaraciones relativas a las agencias *on line*, así como introducir en su página web una amenaza de cancelación de vuelos cuando los billetes se hubiesen comprado a través de una de esas agencias. Ante este comportamiento, diversas agencias *on line*, en concreto, Lastminute Network, S.L. (en adelante, Last Minute), Red Universal de Marketing y Booking Online, S.A. (en adelante, Rumbo) y Atrápalo, S.L. (en adelante, Atrápalo), han reaccionado demandando a Ryanair por considerar que su conducta constituye diversos actos de competencia desleal, en concreto, un acto de denigración y un acto de obstaculización contrario a la buena fe.

En el presente trabajo analizaremos las tres sentencias del Tribunal Supremo en las que se han resuelto las demandas planteadas y, podemos avanzar, ha sido condenada Ryanair en atención a los hechos relatados. Estas sentencias son la de fecha 7 de mayo de 2014 (núm. 236/2014), de 7 de abril de 2014 (núm. 167/2014), y la de 9 de abril de 2014 (núm. 627/2014). En ellas se plantean diversas cuestiones relativas a dos actos de competencia desleal, especialmente relevantes y que merecerán la atención de nuestro análisis en las siguientes líneas, en concreto, los actos de denigración y los actos de obstaculización. Así mismo, también realizaremos un estudio de las sentencias más relevantes del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales de Barcelona y de Madrid relativas a esos actos de competencia desleal.

Como es bien sabido, tal y como recoge el artículo 1 de la Ley de Competencia Desleal, la finalidad de la ley es proteger la competencia en interés de todos los que participan en el mercado. En esta línea, para que la competencia se desarrolle por medios correctos, la Ley de competencia desleal prohíbe los actos de competencia desleal. Entre ellos se encuentran una serie de actos concretos tipificados y una cláusula general, a modo de cláusula de cierre, a pesar de que se encuentre al inicio del texto legal, que será aplicable cuando una conducta no pueda ser calificada como desleal por alguno de los actos recogidos expresamente en la ley. En concreto, como ya se ha mencionado, en estas tres sentencias del Tribunal Supremo se analizan, y, por tanto, serán objeto de comentario en el presente artículo, los actos de denigración, cuyo régimen se encuentra en el artículo 9 de la Ley de competencia desleal, así como un acto de obstaculización, que es un acto de competencia desleal en aplicación de la cláusula general del artículo 4 de la Ley. Es preciso advertir que en el momento en el que el Tribunal Supremo dictó las sentencias, que están siendo objeto de análisis, la cláusula general estaba prevista en el artículo 5, aunque la parte del artículo que es aplicada en las sentencias no ha sido modificada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, razón por la que en las sentencias se hace referencia al artículo 4 de la Ley y no al 5.

Finalmente, queremos anunciar que no abordaremos, a pesar de su innegable interés, ciertos aspectos tratados en estas sentencias relativos a una posible infracción, por parte de las agencias *on line*, de la normativa de la propiedad intelectual, en concreto, sobre el uso de las bases de datos de la compañía aérea, puesto que ello escapa al objeto central del análisis de estas sentencias desde el punto de vista del régimen de la competencia desleal.

II. ANTECEDENTES DE HECHO

Las sentencias del Tribunal Supremo de fecha 7 de mayo de 2014, 9 de abril de 2014 y 7 de abril de 2014 resuelven los tres recursos de casación interpuestos por Ryanair en tres procedimientos y mediante su resolución, confirman que ésta ha cometido los dos actos competencia desleal mencionados: un acto de denigración y un acto de obstaculización.

Las partes de las cuestiones que se dirimen son: un por lado, Lastminute, Atrápalo y Rumbo y por otro, Ryanair. Las tres primeras son agencias de viajes *on line* que prestan servicios de mediación en la venta de billetes y reserva de plazas en el transporte de personas, cobrando determinadas cantidades por ello. Y la última es una compañía aérea.

El interés de Ryanair en contratar directamente con los viajeros a través de su página web o de su central de

reservas le llevó a anunciar en su página web, en agosto del 2008, que a partir del día 11 de agosto cancelaría todas las reservas de vuelos obtenidas por procedimientos informáticos, como los empleados por las agencias *on line*. También hizo referencia a que esas agencias *on line* robaban y timaban a los consumidores cobrando sobreprecios injustificados.

Ante esa situación, Lastminute, Atrápalo y Rumbo consideraron que Ryanair había cometido dos actos de competencia desleal: uno de denigración y otro de obstaculización. El acto de denigración consistía en declarar que las agencias *on line* robaban y timaban a los consumidores por cobrar sobreprecios injustificados. El acto de obstaculización consistía en publicar en su página web un aviso exigiendo que sus billetes se compraran por medio de su página web o de su central de reservas, puesto que de lo contrario procedería al rechazo de los billetes en el momento del embarque o la cancelación sin aviso ni reembolso de las reservas de vuelos realizadas por medio de otras páginas web o agencias de viajes *on line*. Por ello, Lastminute, Atrápalo y Rumbo demandaron a Ryanair por esos dos actos de competencia desleal. En sus respectivas demandas, las agencias *on line* solicitaron diversas cuestiones que eran comunes: en primer lugar, la declaración de que Ryanair había cometido un acto de competencia desleal que consistió en un acto de denigración y en otro que consistió en la obstaculización de la actividad empresarial; en segundo lugar, la ordenación a Ryanair de cesar en la realización de manifestaciones o declaraciones denigratorias acerca de Lastminute; en tercer lugar, la ordenación a Ryanair de retirar de su página la cláusula que establecía que todas las reservas de vuelos Ryanair habían de realizarse directamente en la página web de Ryanair o de su centro de reservas; y por último lugar, la ordenación y disposición de la publicación de la sentencia en unos periódicos concretos. Atrápalo también demandó a Ryanair por cometer un acto de competencia desleal que consistía en el engaño sobre el coste de los servicios de Atrápalo y sobre la legalidad y legitimidad de su actuación y Rumbo por cometer un acto de competencia desleal por discriminación en materia de condiciones de venta.

Ryanair contestó a las tres demandas solicitando la desestimación y formuló reconvencción en el procedimiento iniciado por Lastminute (STS de 7 de mayo de 2014) por la que solicitó diversas cuestiones: en primer lugar, la declaración de que Lastminute había incumplido las condiciones y términos de uso de la página web de Ryanair; en segundo lugar, la declaración de que Lastminute había incumplido los artículos 5, 7 y/o 12 de la Ley de competencia desleal y/o la Directiva 2005/29 CE de 11 de mayo de 2005; en tercer lugar, la declaración de que Lastminute había infringido el derecho de propiedad intelectual de Ryanair al vulnerar su derecho *sui generis* sobre sus bases de datos y el software desarrollado para generar información sobre precios y vuelos; y por último, la condena a Lastminute a cesar en la extracción de los datos e información de vuelos de Ryanair directamente en su sitio web mediante el proceso de *screen scraping*.

Los Juzgados de lo Mercantil resolvieron estimando las demandas interpuestas por las tres agencias *on line* 1). De esta forma, declararon que Ryanair había cometido dos actos de competencia desleal: un acto de denigración y un acto contrario a la buena fe por obstaculización. Los Juzgados consideraron que las manifestaciones que realizó Ryanair en las que afirmaba que las agencias *on line* robaban y timaban a los consumidores, cobrando precios injustificados tenían un carácter denigratorio. También consideraron que las declaraciones de Ryanair en las que comunicaba que cancelaría los billetes vendidos por las agencias *on line* así como incluir en los términos y condiciones de su página web que todas las reservas de vuelos debían realizarse directamente en su página web o a través de su centro de reservas era un acto contrario a la buena fe por causar una obstaculización de la actividad empresarial. En este mismo sentido, los Juzgados ordenaron la cesación de los actos y la no reiteración, así como la publicación de las sentencias en diversos periódicos y en el caso de Atrápalo a una condena de indemnización por daños y perjuicios de 40.000 euros.

En nuestra opinión, resulta de especial interés que tan sólo una de las agencias de viajes, en concreto, Atrápalo, solicitó el pago de una indemnización. Y a pesar de que solicitó 80.000 euros, el Tribunal Supremo confirmó la condena del Juzgado de lo Mercantil por 40.000 euros. Respecto a esta cuestión, cabría mencionar que todas las sentencias analizadas del Tribunal Supremo en las que se condena a una de las partes por la realización de un acto de denigración y en las que se solicita una indemnización por daños y perjuicios, el Tribunal la concede. A pesar de que ello, en todas esas ocasiones la cantidad es inferior a la solicitada por el perjudicado pero incluye tanto el lucro cesante como el daño emergente. En este supuesto el daño emergente consiste en los daños morales causados a la imagen por las informaciones denigratorias emitidas y el lucro cesante en la disminución de la facturación causada por el incumplimiento desleal, con la finalidad de reponer al perjudicado en la situación en que se hallaría si el suceso dañoso no se hubiese producido²).

Si bien, cabe resaltar que en los tres casos Ryanair fue condenada a asumir el coste de la publicación de las respectivas sentencias en periódicos relevantes de tirada nacional. En cuanto a la publicación de la sentencia a

costa de Ryanair, el Tribunal Supremo considera, correcta la imposición de esta medida con independencia de que se le atribuya una función indemnizatoria o bien de remoción de los efectos causados. En el primer caso, en las sentencias de fecha 9 de abril de 2014 y 7 de mayo de 2014, Tribunal afirma que la denigración supone necesariamente un daño, aunque sea difuso, y que la publicación de la sentencia cumple una función resarcitoria. En el segundo caso, en las dos sentencias citadas y en la de fecha de 7 de abril de 2014, Tribunal afirma que la publicación de la sentencia contribuye a eliminar el estado de las cosas creado por los actos de competencia desleal. En este sentido, consideramos que esta medida cumple claramente una función de remoción, puesto que la publicación de la sentencia permite una rectificación de esa información vertida. Sin embargo, del mismo modo que la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2014, dudamos que cumpla una función indemnizatoria, puesto que no implica un resarcimiento de los daños causados, ya que esto tan sólo se podría lograr con la condena al pago de una cuantía determinada.

Frente a las sentencias de primera instancia, Ryanair interpuso un recurso de apelación que tan sólo fue estimado parcialmente por la Audiencia Provincial de Barcelona en el caso de la demanda interpuesta por Lastminute3) y desestimado en el caso de la demanda interpuesta por Atrápalo y Rumbo4). Esta sentencia confirmó la de primera instancia, a pesar de que revocó la parte relativa al alcance de la acción de cesación, quedando limitada únicamente a las manifestaciones denigratorias realizadas por Ryanair.

Y finalmente, Ryanair interpuso un recurso de casación contra cada una de las tres sentencias de las Audiencias Provinciales, que el Tribunal Supremo resolvió en las sentencias que están siendo objeto de comentario, desestimando los recursos, puesto que consideró, como analizaremos en el siguiente punto, que Ryanair había cometido dos actos de competencia desleal.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Los fundamentos de Derecho más relevantes de estas sentencias que analizaremos son aquellos en los que el Tribunal Supremo argumenta las razones por las que confirma que los actos realizados por Ryanair constituyen actos de competencia desleal.

En primer lugar, el Tribunal Supremo consideró que Ryanair había realizado un acto de denigración al afirmar que las agencias de viajes *on line* roban y timan a los consumidores por el cobro de sobrepagos injustificados. A estas manifestaciones les son de aplicación el artículo 9 de la Ley de competencia desleal. Este artículo establece en su primer párrafo que: «[s]e considera desleal la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes».

A pesar de que Ryanair argumentó que no había una acusación a unas agencias de viajes específicas y que sus manifestaciones debían tomarse en consideración en el contexto en el que se produjeron, que era de un conflicto anterior entre Ryanair y alguna de esas agencias, como Lastminute, el Tribunal Supremo confirmó que las declaraciones eran denigratorias. El Tribunal consideró que el hecho de que las declaraciones fuesen dirigidas a todo el colectivo de agencias *on line*, sin una alusión directa, era indiferente, puesto que el colectivo aludido era muy reducido y sus miembros eran fácilmente identificables. En la misma línea, el conflicto previo existente entre Ryanair y Lastminute no justificaba las expresiones utilizadas por Ryanair, ya que no eran una crítica de la actividad profesional de las agencias *on line*, sino que aludían a su falta de ética en el desempeño de sus actividades, suponiendo una descalificación innecesaria.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo considera que Ryanair había realizado un acto de obstaculización, que consistió en anunciar posibles cancelaciones o la denegación de embarque de aquellos billetes que se hubiesen adquirido por procedimientos informáticos utilizados por agencias *on line*, como Lastminute, Atrápalo y Rumbo, que debe ser calificado como desleal en aplicación del artículo 5 de la Ley de competencia desleal (actual art. 4 LCD). Este artículo establece en su primer párrafo que: «[s]e reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe».

El Tribunal no atendió las alegaciones de Ryanair, que consideraba que tenía derecho a implantar su modelo de negocio y a no reconocer los billetes adquiridos por medios que consideraba ilegales. El Tribunal Supremo afirmó que, a pesar de que el mercado se rige por el principio de libertad de empresa y que toda sociedad tiene un derecho de autoorganización, el anuncio de las cancelaciones de vuelos o denegaciones de embarque es un acto que excede de este principio y de este derecho. Esta conducta perjudica al resto de empresarios en la puesta en práctica de su propia libertad de empresa y va en contra del modelo que garantiza la Ley de competencia desleal.

IV. LOS ACTOS DE DENIGRACIÓN Y DE OBSTACULIZACIÓN A LA LUZ DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES DE BARCELONA Y MADRID

1. LOS ACTOS DE DENIGRACIÓN

1.1. Fundamento jurídico de la tipificación de la conducta

El primer acto de competencia desleal que analizaremos en este epígrafe es el acto de denigración. Su regulación se encuentra, como hemos comentado, en el artículo 9 de la Ley de competencia desleal que reputa desleal la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones comerciales de otro competidor cuando puedan menoscabar su crédito en el mercado.

Como es bien sabido, la finalidad del régimen de competencia desleal es fomentar un mercado competitivo con unas actuaciones correctas. En este sentido, se debe tener en consideración no sólo los productos o servicios ofrecidos en el mercado sino también la conducta de los consumidores. Con carácter general la Ley pretende proteger un sistema de competencia que esté basado en la eficiencia de las propias prestaciones y, para ello, se debe proteger al competidor, ante aquellas conductas que puedan obstaculizar su actividad y puedan lesionar el prestigio profesional, así como al consumidor ante aquellos actos que puedan influir de forma inaceptable en su decisión (SAP Barcelona de 25 de julio de 2012). Y es precisamente en este último aspecto en el que se centra el artículo 9 de la Ley de competencia desleal, puesto que las manifestaciones que pueden lesionar la reputación o el prestigio en el mercado de un operador económico, influyen en la conducta de los destinatarios de esas manifestaciones, pudiendo llegar a alterarla. Por tanto, mediante la tipificación de los actos de denigración como actos de competencia desleal se pretende salvaguardar las ventajas competitivas que reporta la reputación y no influir en la conducta de los destinatarios de esas manifestaciones, esto es, no influir en las leyes de la oferta y de la demanda (STS de 26 de octubre de 2010). Sin embargo, no se debe perder de vista que con la tipificación de esta conducta como desleal no se pretende proteger el prestigio o reputación en el mercado, aunque se consigue de una manera mediata, sino la competencia económica, y ello no se logra si se altera la conducta de los destinatarios de esas manifestaciones (STS 4 de septiembre de 2014).

1.2. Elementos de la conducta reprochable

Desde el punto de vista de la competencia desleal, son actos de denigración aquellos que, realizados en el mercado, lesionan o pueden lesionar la reputación ajena con una finalidad concurrencial. Estas condiciones deben ser cumulativas en una misma conducta para que tenga la calificación de acto de denigración (STS de 30 de junio de 2011).

Para la determinación de los elementos de la conducta que deben concurrir en el acto de denigración resulta de especial relevancia la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de junio de 2011, que a su vez cita a otras, en la que se enumeran los siguientes: a) la propagación de aserciones contra un rival con el objeto de perjudicarlo (STS de 1 de abril de 2004 y 11 de julio de 2006); b) las aseveraciones deben ser falsas (STS de 24 de noviembre de 2006); c) también deben ser idóneas o aptas objetivamente para menoscabar el crédito en el mercado (STS 22 de marzo de 2007, 22 de octubre de 2007, 26 de octubre de 2010 y 22 de noviembre de 2010); d) analizándolas en atención al contexto en el que se hicieron y su finalidad (STS 23 de mayo de 2005).

En esta misma línea, podemos concretar que las características que deben reunir las manifestaciones para que sean consideradas desleales son las siguientes: en primer lugar, el objeto de las mismas debe ser la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de terceros; en segundo lugar, que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado; y en tercer lugar, que no sean verdaderas, exactas y pertinentes⁵).

El acto de denigración consiste en la realización o difusión de manifestaciones, es decir, en hacer saber a terceros algunas afirmaciones, y en este sentido, es indiferente que el destinatario sea el público en general, una o varias personas determinadas⁶). Las manifestaciones, que pueden determinar un acto de denigración, pueden tener tanto un carácter informativo como evocativo, esto es, cuando se asocia la persona, las prestaciones, las actividades o el establecimiento afectados a una determinada imagen o idea⁷). Sin embargo, tan sólo las que consistan en hechos o circunstancias fácticas o bien en la expresión de juicios de valor o preferencias vinculados a un sustrato fáctico son manifestaciones que pueden ser consideradas un acto de denigración desde el punto de vista de la competencia desleal⁸). Por el contrario, las valoraciones u opiniones sobre cuestiones de interés general, cuando no se utilicen expresiones que sean ofensivas y desvinculadas de la cuestión sobre la que se opina, son legítimas y están amparadas constitucionalmente, quedando al margen del ilícito desleal, por no ser susceptibles de quedar

sometidas a la disciplina de la *exceptio veritatis* 9).

Las afirmaciones deben hacer referencia a una o varias personas que deben estar identificadas o bien deben ser identificables por el destinatario de las mismas, es decir, que aunque no estén mencionadas de modo expreso, se deduzcan de ellas o bien de la propia estructura del mercado. Además, estas manifestaciones deben ser aptas para menoscabar el crédito en el mercado, es decir, que como consecuencia de la realización o difusión de las manifestaciones, se produzca o pueda producir una lesión a la reputación o al prestigio de aquel sobre el que hacen referencia, su actividad, sus prestaciones o su establecimiento. Por tanto, en nuestra opinión, puede afirmarse que las declaraciones que tiene en consideración el artículo 9 de la Ley de competencia desleal son aquellas relativas a un ámbito profesional, con una proyección en el mercado, quedando apartadas aquellas relativas a cuestiones estrictamente personales¹⁰). La razón para interpretar el ámbito objetivo de esta forma restrictiva es no sólo el propio sentido literal del apartado 1 del artículo 9 de la Ley de competencia desleal, que expresamente se refiere a la actividad, las prestaciones, el establecimiento y las relaciones mercantiles sino la finalidad de la Ley, puesto que en caso de que las afirmaciones versen sobre cuestiones personales, la vía adecuada sería la de la acción civil de difamación¹¹).

Para la determinación de si unas afirmaciones producen o pueden producir denigración o menosprecio no debe atenderse sólo a frases o expresiones separadas, sino al conjunto del texto o comentario, en atención al contexto y las circunstancias en las que se producen¹²). Y en este sentido, quedan excluidas del reproche de la deslealtad aquellas manifestaciones que no sean creíbles para los consumidores o bien que, aun siéndolo, no afecten al prestigio del operador económico objeto de las afirmaciones, es decir, en atención a la reacción efectiva o esperable de los destinatarios del acto¹³).

Como bien recoge el precepto, las manifestaciones pueden reputarse desleales no solo si menoscaban el crédito sino también si pueden menoscabarlo. De ello cabe concluir que no se requiere un ánimo específico de denigrar ni de producir una alteración en la reputación del competidor, puesto que en el tipo no se hace referencia a un requisito subjetivo de intencionalidad, sino que es suficiente que exista idoneidad y aptitud del acto, es decir, que las manifestaciones objetivamente menoscaban o puedan menoscabar el crédito en el mercado. Por tanto, quedarían incluidas tanto aquellas que menoscaban el crédito, a pesar de que esa no era la intención de quien realizó esas manifestaciones, como aquellas de quien las realizó con esa intención, a pesar de que no lo haya logrado¹⁴).

Como hemos avanzado, las manifestaciones que lesionan la reputación tan sólo son desleales si son falsas, inexactas o impertinentes, puesto que el artículo 9 de la Ley de competencia desleal admite la *exceptio veritatis*. A *sensu contrario*, podemos afirmar que aquellas afirmaciones que menoscaban o pueden menoscabar el crédito no son desleales si se basan en hechos que son exactos, verdaderos y pertinentes. En este sentido, se considera que la realización o difusión de manifestaciones que permitan al consumidor estar correctamente informado favorece la competencia real, puesto que puede decidir libremente según sus preferencias¹⁵). El fundamento de la admisión de la *exceptio veritatis* se encuentra en el derecho de expresión y en el derecho a recibir libremente información veraz, que encuentran tutela en la Constitución, y en la salvaguarda de la competencia efectiva en el mercado¹⁶). Sin embargo, cómo lograr el equilibrio entre ese interés superior, representado por los derechos constitucionales citados, y el ilícito denigratorio, cuya apreciación se debe someter a un canon de interpretación restrictiva, no está exento de dificultad en cuanto que pueden colisionar o bien implicar un límite a su ejercicio (SAP de Barcelona de 25 de julio de 2012).

Como hemos comentado, la admisión de la *exceptio veritatis* requiere que las manifestaciones sean exactas, verdaderas y pertinentes. En relación a estas características queríamos apuntar diversas cuestiones.

En primer lugar, la Ley reputa desleal la realización o difusión de manifestaciones que no sean exactas o verdaderas. En este sentido, además de que esas manifestaciones deben atender a la realidad de las cosas, deben ser entendidas de esa forma por los destinatarios de las mismas¹⁷). Por tanto, tal y como se ha dicho con anterioridad, según las expresiones utilizadas, el contexto y las circunstancias en las que se den, los destinatarios sean conscientes de una información real¹⁸). La conducta puede ser calificada de desleal con independencia de que quien las realice tenga o no conocimiento de la exactitud o veracidad de las mismas. Es decir, la deslealtad no vendrá determinada por su conocimiento o incluso por el *animus iurandi*, puesto que esa conducta será calificada como desleal por no ser exacta y verdadera. Este aspecto subjetivo de la conducta del autor tan sólo afectará la determinación de la cuantía, en el caso de que haya condena a indemnizar los daños y perjuicios causados¹⁹).

Y en segundo lugar, otra de las características que deben cumplir esas manifestaciones para que no sean consideradas desleales es que sean pertinentes. En este sentido, conviene señalar que, tal y como ha manifestado

tanto la Audiencia Provincial de Barcelona como la de Madrid²⁰), no se consideran pertinentes las manifestaciones que se refieran a extremos que no sean relevantes para la toma de decisiones en el mercado, así como si no están justificadas o bien son desproporcionadas²¹). Teniendo en consideración que toda persona tiene un derecho reconocido constitucionalmente a recibir información veraz, la información debe ser útil para los destinatarios, por tanto, debe haber una proporción entre el descrédito que ocasiona y la utilidad que ofrece. La pertinencia o no de las manifestaciones tan sólo se podrá determinar caso por caso, ya que depende de las características de las actividades, las prestaciones, los establecimientos y las relaciones comerciales del operador económico afectado, así como de las características de los destinatarios de las mismas²²). Del mismo modo que era indiferente que el actor conociese o no la veracidad y exactitud de las manifestaciones para que fuesen consideradas desleales, es indiferente que el actor conozca que no son pertinentes. Por tanto, no se valora el aspecto subjetivo del autor de las manifestaciones, es decir, si actúa con error, con dolo o con culpa, para la calificación de deslealtad, sino que tan sólo se tendrá en consideración a efectos de cuantificar la correspondiente indemnización por daños y perjuicios.

2. LA CLÁUSULA GENERAL DE LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL Y EL SUBTIPO DE ACTOS DE OBSTACULIZACIÓN

2.1. Las conductas objetivamente contrarias a la buena fe

El actual artículo 4 de la Ley de competencia desleal (artículo 5 con anterioridad a la reforma del año 2009) contiene una cláusula general por la que se considera desleal toda conducta que sea objetivamente contraria a la buena fe. Por tanto, es posible afirmar que el criterio de deslealtad es de carácter objetivo. Este artículo contempla una norma que tiene un carácter independiente respecto al resto de conductas desleales que recoge la Ley. De este modo, será aplicable la cláusula general cuando a una conducta no se le pueda aplicar alguno de los supuestos tipificados en la Ley como actos de competencia desleal, por tanto, es una cláusula general de aplicación subsidiaria respecto de las conductas desleales tipificadas en los artículos siguientes. En este sentido, ante una conducta objetivamente contraria a las exigencias de la buena fe es posible interponer una o varias de las acciones de competencia desleal contempladas en el artículo 32 de la Ley. El hecho de que no sea un principio informador de los caracteres de los actos de competencia desleal, que son objeto de desarrollo en los tipos posteriores, permite que sea posible invocar alguna de las conductas desleales contempladas en la Ley sin que se haya infringido el artículo 4 de la Ley de competencia desleal²³).

El problema respecto a esta cláusula consiste en determinar el contenido de las exigencias de la buena fe. Para ello será preciso determinar el bien jurídico protegido por la Ley así como el ámbito de aplicación, que es la conducta de los operadores económicos en las relaciones comerciales en el mercado. Como se ha afirmado, mediante las normas contenidas en la Ley de competencia desleal se pretende lograr una competencia de los operadores económicos por sus méritos o sus propias prestaciones. De este modo, la actuación conforme a las exigencias de la buena fe objetiva se convierte en una pauta y, a la vez, en un límite al ejercicio del derecho a la libertad de empresa, por el que se reconoce el derecho a desarrollar libremente una actividad en el mercado en concurrencia con otros competidores²⁴). Éste es un concepto jurídico indeterminado que, por tanto, permite adaptarse a la constante evolución de los comportamientos en el mercado.

La buena fe es el comportamiento estándar exigible en el mercado, de tal forma que todos los participantes actúen de una forma correcta. El Tribunal Supremo en diversas sentencias lo ha definido como el comportamiento justo y honrado, conforme a los valores de la moral, honestidad y lealtad²⁵). Así mismo, ha entendido que la buena fe es la confianza o justa expectativa que, en relación con la conducta ajena, tiene quien concurre en el mercado, determinada por lo que es usual en el tráfico jurídico²⁶). En este sentido, en la calificación de una conducta desleal, como consecuencia de la aplicación de la cláusula general, no es necesario determinar si el autor de la conducta ha actuado de buena o mala fe ni los efectos que esa conducta ha ocasionado, puesto que ninguno de los dos son requisitos de la conducta desleal en aplicación del artículo 4 de la Ley, sino que tan sólo exige que la conducta sea objetivamente contraria a las exigencias de la buena fe.

2.2. Los actos de obstaculización

Uno de los supuestos que la doctrina y la jurisprudencia ha reconocido dentro de la cláusula general es el de los actos de obstaculización. Sin embargo, debe diferenciarse cuándo esos actos son tan sólo perjudiciales para los competidores o bien éticamente incorrectos y cuándo constituyen verdaderos actos de competencia desleal. Dentro de este tipo de actos se han incluido aquellas conductas por las que un operador económico afecta negativamente la posición concurrencial de otro sin que haya una justificación objetiva, es decir, atendiendo a las estrategias y comportamientos que son razonables con la competencia por méritos de las propias prestaciones²⁷).

En este sentido, son diversos los elementos que deben concurrir en un acto de obstaculización para que sea considerado desleal: que lesione la posición concurrencial de un competidor o bien impida que la adquiera, para lo cual se le imposibilita la entrada en el mercado, su afianzamiento o bien la salida, sin que ello sea una expresión de la eficiencia de las propias prestaciones, o bien que impida que un competidor pueda ofrecer su actividad o prestaciones en el mercado en atención a sus propios méritos. De este modo, se pueden definir estos actos como aquellos que dificultan o impiden el ejercicio de la actividad profesional de un tercero o bien como aquellas estrategias destinadas a impedir el mantenimiento o afianzamiento de un operador o de alguna de sus prestaciones, llegando a mermar las ventajas competitivas de que éste dispone o podría disponer en el mercado y de su propia reputación²⁸).

V. CONCLUSIONES

En atención a la descripción de los antecedentes de hecho de las sentencias, que están siendo objeto de comentario, y al desarrollo teórico de dos actos de competencia desleal, los actos de denigración y los actos de obstaculización, es posible afirmar, sin que quepa alegar duda alguna, que Ryanair en su conducta reunió los presupuestos para que los actos fuesen calificados como desleales.

Por un lado, las afirmaciones de Ryanair que las agencias *on line*, tipo Lastminute, Atrápalo y Rumbo robaban y timaban a sus clientes cobrando sobrepagos injustificados, constituyen un acto de denigración del artículo 9 de la Ley de competencia desleal. Esas manifestaciones menoscaban el prestigio profesional de estas agencias *on line*, puesto que como cualquier agencia de viajes, ofrecen los mismos billetes que Ryanair, a través de su página web, al que le añaden una comisión por intermediación por sus servicios, tal y como es conocido por los consumidores. Tampoco es posible alegar que son verdaderas, exactas ni pertinentes, puesto que, además de ser unas manifestaciones creíbles por los consumidores, pueden llegar a influir en su conducta, en el sentido de que éstos no acudan a estas agencias para la adquisición de sus billetes. El simple hecho de que esto pueda ocurrir está mermando la ventaja competitiva que pueden tener Lastminute, Atrápalo y Rumbo sobre la base de su reputación.

Por otro lado, la publicación por parte de Ryanair en su página web de que cancelaría los vuelos y denegaría el embarque, sin previo aviso y sin derecho a reembolso, de aquellos billetes que no se hubiesen adquirido por su página web o central de reservas, es sin duda alguna, un acto de obstaculización contrario a la buena fe, previsto en el artículo 4 de la Ley de competencia desleal. En concreto, en este caso, la conducta de Ryanair consiste en la difusión de una información que genera entre los destinatarios una desconfianza y ello lesiona la posición concurrencial de agencias *on line*, como Lastminute, Atrápalo y Rumbo, sin que haya una justificación objetiva para ello, puesto que estas agencias ofrecen los billetes que Ryanair publica en su propia página, al redirigir a los consumidores mediante su buscador a la página web de esta compañía aérea si han seleccionado la compra de un billete de esa compañía, por tanto, no hay razón que justifique la cancelación del billete o la denegación del embarque²⁹).

BIBLIOGRAFÍA

AVILA DE LA TORRE, A.: «Artículo 9. Actos de denigración», en Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia desleal* [Thomson Reuters-Aranzadi], 2011, págs. 223 a 240.

BARONA, S.: «Objeto del proceso civil por actuación de competencia desleal (I): causa petendi», en *Competencia desleal. Tutela jurisdiccional (especialmente proceso civil) y extrajudicial. Doctrina, legislación y jurisprudencia* [Tirant lo Blanch], 2008, T. I, págs. 263 a 690.

BERCOVITZ, A.: «Artículo 4. Cláusula general», en Bercovitz (dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia desleal* [Thomson Reuters-Aranzadi], 2011, págs. 93 a 113.

LARA, R.: *La denigración en el derecho de la competencia desleal* [Thomson Reuters-Aranzadi], 2007.

MASSAGUER, J.: «Actos de denigración» (artículo 9), en Massaguer (dir.), *Comentario a la Ley de Competencia desleal* [Civitas], 1999, págs. 289 a 308.

Idem: «Cláusula general» (artículo 5), en Massaguer (dir.), *Comentario a la Ley de Competencia desleal* [Civitas] 1999, págs. 143 a 163.

SUÑOL, A.: «La aplicación de la cláusula general prohibitiva de actos de competencia desleal a los actos de

obstaculización. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 5 de octubre de 2001», en *Aranzadi Civil* (AC) 2/2003, págs. 1943 a 1966.

1 Sentencia de 30 de julio de 2010 del Juzgado de lo mercantil núm. 7 de Barcelona en el caso de Lastminute (que corresponde al procedimiento que finaliza con la STS de 9 de mayo de 2014), sentencia de 2 de septiembre de 2010 del Juzgado de lo mercantil núm. 4 de Barcelona en el caso de Atrápalo (que corresponde al procedimiento que finaliza con la STS de 9 de abril de 2014), y sentencia de 13 de septiembre de 2010 del Juzgado de lo mercantil núm. 1 de Madrid en el caso de Rumbo (que corresponde al procedimiento que finaliza con la STS de 7 de abril de 2014).

2 *Vid.* STS de 4 de septiembre de 2014, de 4 de enero de 2011, de 11 de febrero de 2011, de 22 de noviembre de 2010, de 22 de octubre de 2007, de 22 de marzo de 2007, de 11 de julio de 2006, de 4 de julio de 2005 y de 23 de mayo de 2005.

3 *Vid.* SAP de Barcelona de 22 de marzo de 2011 (núm. 117/2012).

4 *Vid.* SAP de Barcelona de 10 de octubre de 2012 (núm. rec. 231/2011) y SAP de Madrid de 13 de enero de 2012 (núm. de rec. 255/2011).

5 *Vid.* STS de 30 de junio de 2011, de 22 de noviembre de 2010, de 26 de octubre de 2010, de 22 de octubre de 2007, de 22 de marzo de 2007, de 24 de noviembre de 2006, de 11 de julio de 2006, de 25 de mayo de 2005.

6 *Vid.* SAP de Barcelona de 19 de octubre de 2006. En esta sentencia la AP afirma que es indiferente que el destinatario de las manifestaciones sea el público en general, una o varias personas determinadas, y con independencia del alcance efectivo de la divulgación, puesto que, por mínima que sea, se está alterando el funcionamiento interno del mercado y el libre desarrollo de la competencia. El alcance tan sólo es relevante a efectos de determinar la cuantía de la indemnización, pero no integra el concepto del ilícito concurrencial. En el mismo sentido, *vid.* las SAP de Barcelona de 27 de mayo de 2005 y de 31 de diciembre de 2002, en las que se determina que las manifestaciones pueden ser desleales, con independencia de cuál sea el alcance efectivo de la divulgación y el medio empleado.

7 *Vid.* SAP Barcelona de 19 de octubre de 2006 y de 14 de enero de 2003.

8 En este sentido *vid.* MASSAGUER, J.: «Actos de denigración» (artículo 9), en Massaguer (dir.), *Comentario a la Ley de Competencia desleal* [Civitas], 1999, págs. 298 y 299. Este autor distingue entre aquellas manifestaciones que sean afirmaciones o expresiones de saberes, hechos y circunstancias fácticas y los juicios de valor, estético o gustos personales que, a su vez, se pueden dividir en aquellos que están vinculados a un sustrato fáctico de aquellos que son juicios de valor puro u opiniones. En su opinión, estos últimos quedarían excluidos de la protección que ampara el derecho de la competencia desleal, puesto que constituirían un ataque al honor o bien un delito de injurias.

9 *Vid.* STS de 4 de septiembre de 2014. Resulta relevante destacar que en esta sentencia el TS afirma que la realización de manifestaciones que sean objetivamente denigrantes no queda justificada ni aun cuando estén motivadas por un sentimiento de disgusto o enojo. A pesar de ello, se debe analizar si solo muestran la existencia de ese sentimiento y carecen de aptitud para distorsionar las decisiones de mercado, en cuyo caso, no pueden ser calificadas de acto denigratorio. Y en el mismo sentido, la STS de 22 de noviembre de 2010, en la que se excluye del ámbito de la denigración desleal los juicios de valor simple que sean un desahogo sin la entidad suficiente para lesionar la reputación en el mercado. En sede de Audiencias, *vid.* SAP Madrid de 21 de junio de 2013 y de 13 de mayo de 2011.

10 *Vid.* MASSAGUER, J.: *ComLDC*, ob. cit., pág. 297.

11 En sentido contrario, *vid.* ÁVILA DE LA TORRE, A.: «Artículo 9. Actos de denigración», en Bercovitz (dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia desleal* [Thomson Reuters] 2011, págs. 229, 230 y 232. Este autor considera que la deslealtad puede abarcar cualquier tipo de manifestación, ya sea personal o profesional, y que no afecten al crédito en el mercado, siempre que tenga una finalidad concurrencial, puesto que, a pesar de ello, es posible que causen distorsión, al influir en el comportamiento o decisiones de los consumidores. En este mismo sentido, *vid.* SAP de Madrid de 2 de junio de 2014 y de 13 de mayo de 2011 y SAP de Barcelona de 25 de julio de 2012.

12 *Vid.* STS de 4 de septiembre de 2014. Resulta relevante resaltar que esta sentencia hace referencia a la causa que motivó al autor de la conducta a la realización de las manifestaciones denigrantes. Y en sede de Audiencias, *vid.* SAP de Madrid de 21 de junio de 2013, SAP Barcelona de 28 de mayo de 2009 y de 26 de junio de 2008.

13 *Vid.* STS de 4 de marzo de 2014. En esta sentencia, el TS rechazó la consideración de las manifestaciones como actos de denigración, a pesar de que se hicieron en un procedimiento de concurso convocado por la Administración pública. Sin embargo, no consideró, en atención al contexto y finalidad con la que fueron realizados, que tuvieran la trascendencia externa capaz de producir efectos ante quien tenía la potestad de la adjudicación de los servicios. En sede de Audiencias, *vid.* SAP Madrid de 30 de marzo de 2012 y SAP de Barcelona de 26 de octubre de 2005.

14 *Vid.* STS de 4 de marzo de 2014 y de 22 de marzo de 2007. En esta última, el TS afirma que es indiferente que se hayan utilizado unas determinadas expresiones y tono, puesto que son actos denigratorios aquellas conductas que objetivamente menoscaban el crédito profesional o puedan hacerlo. En sede de audiencias, *vid.* SAP Barcelona de 25 de julio de 2007, de 13 de enero de 2009, de 28 de mayo de 2009 y de 26 de junio de 2008 y SAP Madrid de 14 de julio de 2006.

15 *Vid.* ÁVILA DE LA TORRE, A., en *ComLCD*, ob. cit., págs. 225 y 226.

16 *Vid.* SAP Barcelona de 19 de octubre de 2006, de 26 de octubre de 2005, de 27 de mayo de 2005, de 14 de enero de 2003, de 31 de diciembre de 2002.

17 *Vid.* SAP Barcelona de 30 de enero de 2008. Este caso pone de relieve que el hecho de que unas informaciones sean reales evita la calificación de las mismas como denigrantes. La sociedad demandada publica una información en la que se dice que está en litigio con la actora, puesto concurren en el mercado dos colecciones de calzado con el mismo nombre, siendo la

demandada la única que comercializa en toda la península el producto original de la compañía demandada. A pesar del carácter peyorativo de las manifestaciones, puesto que el calzado de la sociedad actora se tilda de imitación, no es denigratorio por no faltar a la verdad.

18 Vid. MASSAGUER, J.: *ComLCD*, ob. cit., pág. 302.

19 Vid. SAP Madrid de 2 de junio de 2014 y SAP de Barcelona de 27 de mayo de 2005.

20 Vid. SAP Barcelona de 19 de octubre de 2006, de 27 de mayo de 2005, de 14 de enero de 2003 y de 31 de diciembre de 2002 y SAP de Madrid de 30 de marzo de 2012.

21 Vid. STS de 22 de mayo de 2005. Y en sede de Audiencias, vid. SAP de Barcelona de 28 de marzo de 2011, de 12 de mayo de 2010, de 13 de enero de 2009, de 28 de mayo de 2009. En todas ellas se afirma que la conducta debe revestir una entidad suficiente para que sea considerada desproporcionada.

22 Vid. SAP Barcelona de 16 de noviembre de 2009.

23 Vid. STS de 15 de julio de 2013, de 19 de junio de 2013, de 13 de noviembre de 2012, de 21 de febrero de 2012, de 11 de febrero de 2011, de 22 de noviembre de 2010, de 8 de octubre de 2009, de 15 de diciembre de 2008, de 8 de octubre de 2007, de 23 de marzo de 2007 y de 2 de enero de 2006.

24 Vid. SUÑOL, A.: «La aplicación de la cláusula general prohibitiva de actos de competencia desleal a los actos de obstaculización. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 5 de octubre de 2001», en *Aranzadi Civil* (AC) 2/2003, pág.1943, 1952.

25 Vid. STS de 15 de diciembre de 2008, 22 de febrero de 2001, de 25 de julio de 2000 y de 16 de junio de 2000.

26 Vid. STS de 15 de diciembre de 2008 y de 16 de junio de 2000.

27 Vid. MASSAGUER, J.: *ComLCD*, Madrid, 1991, págs. 157 y 158.

28 Vid. SUÑOL, A.: *Aranzadi Civil* (AC) 2/2003, págs. 1943 a 1966, ob. cit., págs. 1958 y 1959.

29 El presente trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto «Turismo y nuevas tecnologías; en especial, el régimen jurídico de las denominadas centrales electrónicas de reservas turísticas» (DER2012-32063) financiado por la Dirección General de Investigación, del Ministerio de Economía y Competitividad