

LA ACERTADA NOCIÓN DE COMPETENCIA DESLEAL EN LA SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 2009 DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL DE BURGOS.

José M^a de la Cuesta Rute
Enrique Nuñez Rodríguez

Depto. Derecho Mercantil
Universidad Complutense de Madrid

Con fecha 13 de marzo de 2009 el Juzgado de Primera Instancia número cuatro y de lo Mercantil de Burgos ha dictado sentencia desestimatoria de la demanda interpuesta por un fabricante de zumos contra un competidor por supuesta competencia desleal de este último.

Merece la pena realizar un breve comentario por diversas razones. La primera, porque el fallo hace merecedor de aplauso al señor Magistrado que desempeña interinamente el Juzgado de Primera Instancia hasta que se desdoble el de lo Mercantil que pasará a desempeñar en exclusiva tan pronto se produzca el desdoblamiento correspondiente, cosa de la que sin duda debemos alegrarnos todos. En momentos en que parece haberse convertido en deporte nacional participar en el desprestigio de la judicatura, se hace más que conveniente y urgente destacar el buen hacer callado de la mayoría de sus integrantes y en casos que, no por no ser “mediáticos” - quizá precisamente por ello-, constituyen la trama de la sociedad civil a cuyo servicio está el Estado de Derecho; que determinados y bien conocidos ejercientes de la función judicial y que determinados órganos de ese “poder” merezcan censura y reproche justificados no autoriza a lanzar una acusación generalizadora respecto de los sirvientes de la función esencial y definidora de un Estado de Derecho sencillamente porque tal acusación es nada menos que injusta.

Pero también procede detenernos en la sentencia de referencia por ajustarse su fallo plenamente a derecho, en este caso al sector del derecho que tiene como objeto material la competencia mercantil. A los autores de este comentario nos complace enormemente la sentencia, además de por los motivos de contento ante cualquier cosa que represente un buen hacer jurídico, porque nos permite formularlo como “contra-artículo” del que en su día escribimos con el título de “La incompetencia de algunos jueces sobre la competencia mercantil” (elestadodelderecho.com 12/XII/2007), si bien, por otro lado, ya habíamos tenido ocasión de manifestarnos también a favor de alguna sentencia (v. *Cuad. Der. y Com.* nº 43. 2005) demostrativa de una acertadísima apreciación del significado de la competencia como elemento configurador del sistema de economía que entroniza nuestra Constitución.

Finalmente, en este párrafo introductorio no hemos de dejar de señalar como uno de los aciertos de la sentencia que no debe pasar sin comentario el hecho de que no haya considerado de interés para el suyo un fallo previo del Jurado de Autocontrol que, dictado en asunto instado por la demandante, se pretendía hacer valer ahora, indirectamente y con habilidad, como *deus ex machina* de una resolución judicial que, de ser congruente con aquel fallo, además de dejarlo incólume, habría de ser favorable a su pretensión.

1.- Los hechos según la demanda.

La demanda se plantea sobre la base de que la demandada incurre en competencia desleal en la comercialización de un zumo de fruta dado que en las grandes superficies este zumo se exhibe en los lineales de frío, de lo que cabe inferir que los consumidores extraerán la errónea creencia de que el zumo en cuestión es un producto “refrigerado”; errónea porque en realidad no lo es. El error generado con esa presentación del producto se robustece además, según la demandante, si se consideran ciertas manifestaciones contenidas en algunas piezas publicitarias, amén de en otros canales de la comunicación comercial de la demandada, que ya fueron objeto de consideración por el Jurado de Autocontrol de la Publicidad al pronunciar su fallo, antes aludido, declarativo del carácter engañoso de semejantes alegaciones. Importa subrayar que el Jurado estimó engañosa la publicidad de la demandada por entender que comunicaba al público que su zumo era “refrigerado” Que no es “refrigerado” el zumo de la demandada se derivaría de que, para merecer ser clasificado dentro de esa categoría, el zumo debe obtenerse y mantenerse a lo largo del proceso de almacenamiento y transporte por debajo de una determinada temperatura, cosa que no sucede respecto del zumo de la demandada.

Obligado es entonces concluir, según la actora, que tanto por la presentación del zumo en los lineales de frío como por la publicidad se comunicaba a los consumidores una falsedad; y una falsedad significativa pues que se entiende que un producto “refrigerado” es de superior calidad del que no lo es, como también afirmara el Jurado de la Publicidad en su resolución.

La satisfacción obtenida por la demandante por medio de la resolución del Jurado quería que se completara con una sentencia que estableciera la deslealtad de la práctica de la demandada consistente en presentar al público su zumo en los lineales de frío de ciertos establecimientos comerciales.

Argumentaba además la demandante que la demandada incurría en deslealtad al comercializar su zumo como “refrigerado”, puesto que a causa de ello podía venderlo a un precio superior al del zumo no refrigerado no obstante no haber tenido que realizar las cuantiosas inversiones ni incurrir en los elevados costes que lleva consigo producir y comercializar un producto “refrigerado”.

La demanda invocaba a su favor, además del artículo 7 LCD, el artículo 5º de la misma Ley, que recoge la cláusula general de la deslealtad en la competencia.

2.- La cuestión del engaño.

La sentencia centra perfectamente la cuestión del engaño alrededor de la necesidad de que se dé la premisa de que existe la categoría de zumo “refrigerado” y de que los consumidores la reconozcan en los términos que la demandante expresa. Pues bien, ninguno de tales elementos está presente en el caso.

En ninguno de los textos normativos relativos a los zumos de fruta se establece la categoría de zumo “refrigerado”, como con toda razón argumenta el juzgador. Los preceptos que se refieren a la regulación de temperatura para ciertos productos lo hacen en referencia a su carácter perecedero y en ningún caso consideran el modo de su posible presentación al público. Es por

completo infundado, pues, que el consumidor asocie con un zumo la necesidad de que el proceso de su obtención y comercialización se haya visto necesaria e ininterrumpidamente sometido a un cierto grado de temperatura.

Destruída la premisa, no puede mantenerse la conclusión de que exista engaño. Para la sentencia, las alegaciones de la demandada en sus comunicaciones comerciales, incluidas las de corte publicitario, sobre la temperatura a que conviene o es recomendable mantener el zumo hasta el momento de su consumo no se pueden interpretar como manifestación de que el zumo sea “refrigerado” y, menos, con el significado que la actora asocia a esa inexistente categoría; tampoco puede deducirse que ésta se le otorga por la demandada por el hecho de que en ciertos establecimientos se exhiba su zumo en los lineales de frío, como sucede también con otros productos distintos del zumo que tampoco precisan mantenerse a una cierta temperatura; ello puede deberse, como con todo acierto señala la sentencia, a que de ese modo se hacen los productos más apetecibles.

Frente a estas conclusiones a las que llega la sentencia tras una más que acertada ponderación de la prueba practicada, ninguna significación pueden tener otras supuestas pruebas, propuestas por la demandante y practicadas, más o menos alusivas a la refrigeración de los zumos y consistentes en afirmaciones procedentes de personas o entidades carentes de cualquier autoridad en la materia y referidas incluso a mercados extranjeros.

3.- La importancia de la categoría legal de zumo “refrigerado”-

Ciertamente la demandante no afirma en ningún momento, como tampoco lo afirmó el Jurado en su resolución, que exista una categoría legal de zumo “refrigerado” determinante de la falsedad de la publicidad y del carácter engañoso de los actos de presentación al público del zumo de la demandada. Más bien se da por hecho que en el mercado es reconocido el carácter “refrigerado” del zumo de la demandante así como que dicho carácter, sustentado en el hecho de mantenerse ininterrumpidamente el proceso de obtención y comercialización a una determinada temperatura, presta a ese zumo unas cualidades propias y superiores a las de los zumos no “refrigerados”, entre los que se encuentra el de la demandada.

La trascendencia que otorga la sentencia a la inexistencia de una categoría *legal* de zumo “refrigerado” es por demás significativa. Y, aunque no se diga de manera expresa, entendemos que está implícita o, mejor, es subyacente a la acertada argumentación judicial la consideración de que la repetida categoría no pasa de ser el resultado de un invento de la demandante al servicio del *marketing* de su propio zumo. Y en tales circunstancias la deslealtad de la demandada sólo podría venir fundada en que fuese verdadero que las circunstancias que se dicen propias del “refrigerado” ofreciesen ventajas que el zumo de la demandada no procurara. La sentencia, tras la valoración de las pruebas aportadas, llega a la conclusión de que mantener el proceso de obtención y comercialización del zumo constantemente por debajo de un cierto grado de temperatura no añade ninguna ventaja particular que no proporcione el zumo de la demandada y que pudieran esperar (equivocadamente) sus consumidores que obtendrían.

Curiosamente podría decirse, y creemos que la sentencia lo estima así aunque como es natural se abstenga de hacerlo explícito, que la demandante, mediante el recurso a la publicidad de su zumo como “refrigerado”, ha pretendido crearse para sí misma, y por mera sugestión de los consumidores, una posición en el mercado susceptible de que ellos la consideren de excelencia respecto de todos los demás competidores, sin que, en realidad, la predicada condición de “refrigerado” aportara al zumo ninguna ventaja efectiva. Dado que la sugestión se produce

fundamentalmente por la vía de la publicidad y que tal sugestión no responde a datos o elementos relativos a su zumo que ofrezcan ventajas reales, ciertas y comprobables respecto de los demás zumos, y entre ellos desde luego el de la demandada, se puede afirmar con toda propiedad, y siguiendo la más solvente doctrina sobre el particular, tanto el carácter *excluyente* de su publicidad como su ilicitud por no responder el alarde superlativo de sus mensajes a ninguna ventaja real capaz de justificarlo (Vid. Lema, C. : “La publicidad de tono excluyente”. Montecorvo. Madrid. 1980, *passim*). De hecho, de la sentencia se infiere la ilicitud de la publicidad excluyente de la actora aunque, como es natural, repetimos, no contenga ningún pronunciamiento sobre el particular, lo que, por supuesto, no puede dejar de repercutir en la calificación de la conducta de la demandada en su acción competitiva en el mercado.

4.- La cláusula general de la deslealtad. El artículo 5º LCD.

La sentencia que comentamos merece nuestra completa adhesión cuando se refiere, en su Fundamento de Derecho Quinto, a la cláusula general de deslealtad, que, contenida en el artículo 5º LCD, establece como paradigma del comportamiento leal en el mercado el atenerse a las “exigencias de la buena fe”.

El acierto de la sentencia es, a nuestro juicio, doble. De un lado, por lo que se refiere a las circunstancias que justifican la aplicación de la cláusula general del artículo 5º LCD, y, de otro, por el modo como se entienden las siempre un poco enigmáticas “exigencias de la buena fe”.

De lo que dice el citado Fundamento de Derecho Quinto se desprende que la actora invocaba a favor de su pretensión en el proceso no sólo el artículo 7º LCD, relativo a los “actos de engaño”, sino además al artículo 5º de la misma Ley. El modo de proceder de la demandante no puede causarnos sorpresa por ser, por desgracia, habitual en los procesos sobre publicidad ilícita y sobre competencia desleal. Parece que la inclusión en las leyes de preceptos que establecen cláusulas generales es una invitación a que se invoquen en todos los casos en que se trata de imputar al anunciante o al operador en el mercado el realizar publicidad ilícita o el obrar de manera desleal respectivamente. Cualquiera que sea la causa por la que dicha práctica se encuentra generalizada, lo bien cierto es que con ella no sólo no se contribuye a determinar en cada caso el sentido de la cláusula general, sino que, por el contrario, se oscurece su significado, en cualquier caso con perjuicio evidente, como luego veremos, de la materia a las que las leyes de publicidad y de competencia desleal tratan de dar cobertura jurídica, que ha de ser, naturalmente, acorde con la función que una y otra están llamadas a cumplir en consideración al bien común de orden económico.

A dicha perversa práctica correspondían hace algún tiempo, por regla general, jueces y tribunales que invocaban en sus sentencias las cláusulas generales junto a los preceptos en los que de modo especial se subsumía la práctica enjuiciada en cada caso. La consecuencia era que esas sentencias resultaban por completo estériles a efectos de poder ir constituyendo un *corpus* de doctrina jurisprudencial susceptible de justificar la ilicitud de prácticas generadas por el dinamismo de la vida comercial que, por lo mismo, no pudieron preverse por el legislador, que precisamente al recurrir a las cláusulas generales se puede decir que autorizaba, mejor, exigía de jueces y tribunales la sucesiva “tipificación” de prácticas reprobables; sólo mediante el esfuerzo de la jurisprudencia pueden aquellas cláusulas llegar a alcanzar su funcional y deseable eficacia.

En relación con la cuestión, tuvimos ocasión de señalar hace algunos años que “*la determinación del contenido de las cláusulas generales se va produciendo mediante las*

decisiones que emanan de los jueces y tribunales al ir las aplicando caso a caso. En el proceso de su aplicación, que debe partir, desde luego, de las pautas que suministra la cláusula general, se efectuarán las valoraciones éticas pertinentes” (De la Cuesta: “Curso de Derecho de la Publicidad”. Eunsa. Pamplona.2002 p.190). Es obvio que se desconoce la función de las cláusulas generales tanto cuando se alegan por la parte a mayor abundamiento como cuando se utilizan con el mismo sentido por el juez para fundamentar un fallo. En el primer caso no se habrá cooperado a la realización del derecho, en el segundo se habrá faltado además a la función exigente de fijar el alcance de la norma “indeterminada” que deba aplicarse.

Precisamente por eso había motivo para lamentar que no existiera hasta el momento en que se escribieron las palabras transcritas (2002) una verdadera doctrina jurisprudencial acerca de los casos a los que debían aplicarse las cláusulas generales, puesto que, por lo general, éstas se invocaban para reforzar el carácter ilícito o desleal de una práctica que ya había sido previamente establecido a partir de la norma concreta en que se subsumía el supuesto de hecho (*ibidem*,p.194).

Pues bien, la sentencia que comentamos no incurre en semejante error; especialmente se preocupa de señalar que, siendo hipotéticamente reconducible al supuesto de “actos de engaño” del artículo 7 LCD la práctica que se imputa en la demanda a la competidora demandada, y, descartado no obstante que proceda ser subsumida en dicho precepto, no cabe recurrir a la cláusula general para poder declararla desleal en ausencia de otros motivos distintos de los que podrían estimarse expresivos del carácter engañoso de la práctica puesto que en el caso ésta no puede reputarse engañosa. La sentencia mantiene, pues, la doctrina, que reputamos acertada, de que la subsunción de una práctica en alguno de los ilícitos publicitarios o concurrenciales legalmente tipificados excluye que pueda además estimarse que vulnera alguna de las cláusulas generales, cuya existencia se justifica, mejor, se hace imprescindible para poder atender las prácticas que, debiendo proscribirse, no pudieron preverse por el legislador en el momento de construir los supuestos normativos específicos, precisamente por el dinamismo de la vida económica.

En consecuencia, la sentencia proyecta el artículo 5º LCD sobre el punto de la demanda en que la actora se refiere a las cuantiosas inversiones y elevados costes en que hubo de incurrir para mantener interrumpidamente la baja temperatura a lo largo de todo el proceso de obtención y comercialización de su zumo a fin de poder calificarlo como “refrigerado”; inversiones y costes en los que no incurre la demandada pese a ofrecer también su propio zumo como “refrigerado”.

En relación con el análisis de ese punto la sentencia desenvuelve con toda corrección el otro aspecto que presenta la cláusula general al tener que ponderar su posible aplicación al caso. Si, como hemos visto, por una parte, es necesario evitar aplicarla en concurrencia con otro u otros preceptos que describen específicos ilícitos concurrenciales puesto que la finalidad de las cláusulas de ese tipo no es añadir un *plus* de ilicitud a lo ya de por sí ilícito, sino poder calificar de ilícitos supuestos no previstos y, por lo tanto, no descritos por la ley, por otra parte, la decisión de aplicar las cláusulas generales tiene que ser fruto de un juicio prudencial, que no arbitrario, del juzgador con el fin de que la determinación del contenido de dichas cláusulas se sujete a derecho y ellas mismas no se conviertan, como acertadamente dice expresamente la sentencia, en un “cajón de sastre” del que pueda extraerse lo que previamente habrá podido ponerse procedente de la ideología o del prejuicio propios por parte de quien se propone aplicarla.

Ese modo de proceder lo echábamos en falta hace años, cuando, según decimos antes, no se contaba con una verdadera jurisprudencia que se pudiera decir cumplía con la función que a ella queda confiada por el legislador al expresarse mediante cláusulas generales. Con razón decíamos entonces que “*el juicio discrecional*” del juez sobre la inclusión de la práctica del caso “*en la cláusula general de deslealtad ha de estar presidido por tres ideas directrices. La primera es que si una práctica puede ser incluida en alguno de los supuestos que la ley tipifica, no ha de recurrirse a ningún efecto a la cláusula general...A la cláusula general no debe...recurrirse para sacar conclusiones acerca de los elementos configuradores de los ilícitos tipificados con el fin de subsumir la práctica que se enjuicia en uno de ellos. Cada uno de los ilícitos típicos debe construirse en función de los elementos que suministra la norma que lo tipifica...*”. La razón que avala esta posición reside, según se continuaba argumentando entonces, en que, puesto que en realidad toda prohibición de una práctica en el mercado supone una restricción o limitación en el ejercicio de derechos, y además de orden fundamental, necesariamente se impone que no se amplíen las normas que describen las conductas desleales o ilícitas así como tampoco el alcance de la cláusula general al determinar su sentido (Curso...cit. p.193 y 194).

Por fortuna, las cosas ya no son lo mismo, porque la sentencia que se comenta ha podido invocar hasta otras cinco, dictadas entre 2005 y 2006, que le sirven de precedente para establecer que en el caso es necesario examinar si puede subsumirse en la cláusula general del artículo 5º LCD el hecho del ahorro de inversiones y de costes por parte de la demandada prescindiendo de las conductas que se tachaban de engañosas.

Situada la cuestión en ese terreno, la sentencia resuelve acertadamente que, dado que la categoría de zumo “refrigerado” es una pura creación de la actora que decidió asumir las inversiones y costes por su propia voluntad como una interna decisión de empresa, de ninguna manera puede considerarse contrario a las “exigencias de la buena fe” en el mercado el efectivo y real comportamiento de la demandada. Hay en esta justificadísima decisión una concepción más que certera de la competencia mercantil y no puede dejar de plantear por eso mismo, a nuestro juicio, una consideración del sistema de autorregulación de la publicidad desde el punto de vista de la libertad de competencia. Una y otra cosa merecen un mínimo de atención, pero ambas cuestiones son tan importantes que conviene que sean tratadas separadamente y a modo de conclusión del comentario que estamos realizando a la destacada sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 4 y de lo Mercantil de Burgos de 13 de marzo de 2009.

6.- La consecuencia del análisis del engaño por parte de la sentencia respecto del fallo del Jurado de Autocontrol.

La sentencia se cuida de no aludir siquiera al fallo que el Jurado de Autocontrol emitió en asunto promovido por la demandante contra la demandada al que ya nos hemos referido anteriormente. Hace muy bien el juzgador pues que de ninguna manera constituía el objeto de la litis aquella resolución. Pero importa sobremanera señalar que la sentencia no deja de influir en ella. No podía dejar de hacerlo.

De hecho, la demanda podía interpretarse como el intento de obtener una ejecutoria de la resolución del Jurado. Establecido por éste que la publicidad a favor del zumo de la demandada era engañosa por presentarlo como un zumo “refrigerado” cuando no era así, aquella resolución ordenó cesar en la difusión de la publicidad engañosa. Pero el fallo del Jurado no era suficiente para impedir que el zumo de la demandada se presentase al público en los lineales de frío en

ciertos establecimientos, por lo que, para poder evitarlo, la actora se veía obligada a interponer la correspondiente demanda por competencia desleal. Se pretendía de hecho que el juzgador, dando por bueno el engaño publicitario, cosa que no se sometía a su conocimiento, se limitara a proyectar sus consecuencias sobre los actos y prácticas de la demandada en la comercialización de su zumo. En consecuencia, no es exagerado estimar que la limitación impuesta por la actora a la cognición judicial por la reducción de la materia a ella sometida, se tradujera de hecho en blindar al fallo de Jurado con una especie de santidad de cosa juzgada para extraer de ello todas sus aparentes consecuencias.

Es de destacar la finura de la sentencia que se comenta que sin combatir frontalmente la declaración del Jurado sobre el carácter engañoso de la publicidad, cosa que sin duda tenía vedada el juzgador, no vacila en desligarse de los aspectos fácticos establecidos por aquel organismo para atenerse únicamente a las normas legales definidoras de los actos engañosos y a la correcta valoración jurídica de las pruebas aportadas sobre los hechos susceptibles de ser subsumidos en aquellas normas. Aunque no se pide al juzgador que se pronuncie acerca del carácter engañoso de la publicidad, lo *cierto es* que para pronunciarse sobre el significado de la presentación del zumo en los lineales de frío de los establecimientos comerciales el juzgador ha de ponderar el de las manifestaciones contenidas en las comunicaciones publicitarias, llegando a la conclusión de que no son engañosas. Claro está que a esta conclusión se llega por la interpretación de aquellas manifestaciones efectuada después de haber sentado que no existe una categoría de zumos “refrigerados” que pueda considerarse establecida a partir de que todo el proceso de obtención y comercialización de tales zumos se produzca por debajo de una temperatura determinada así como tampoco que la condición de refrigerado no añada al zumo ninguna cualidad que lo señale como superior a los que carezcan de esa condición. Por ello, en realidad la sentencia no puede dejar de contener indirecta o reflejamente una invalidación de la resolución del Jurado para el cual de las alegaciones de la publicidad había de extraerse nada menos que la triple inferencia de que: i) el público deduce que el zumo es “refrigerado”; ii) el público conoce que es refrigerado un producto cuando desde su obtención hasta el acto de su consumo se mantiene bajo una temperatura determinada; iii) el público asocia a la condición de refrigerado unas cualidades del producto que lo hacen superior a los zumos no refrigerados. Conviene señalar que la triple inferencia no la establece el Jurado sobre ninguna prueba, que sería por lo demás sumamente factible, como lo ha sido en el proceso, sino mediante el injustificado y abusivo recurso al presunto juicio de un consumidor medio ideal, que naturalmente viene a coincidir con la opinión del Jurado, por lo que dicho recurso está lejano de constituir una ficción en sentido riguroso porque las ficciones en el Derecho son, como es sabido, perfectamente respetables.

Recordemos en este momento que la sentencia que se comenta no reconoce la existencia de una categoría de zumo refrigerado que sea capaz de servir objetivamente de referencia respecto de cualidades y condiciones del zumo. Una categoría con semejantes funcionalidad ha de resultar de una ley que así lo establezca o, al menos, de que las ventajas comparativas de un zumo refrigerado sean reales. En el caso en cuestión no existe ninguna ley que establezca la categoría para los zumos; de otro lado, de las pruebas practicadas resulta que no está justificado objetivamente atribuir a la refrigeración ninguna ventaja sustancial. Recordemos igualmente que en atención a que la “refrigeración” del zumo de la actora no es más que el fruto de su decisión empresarial sin consecuencias ventajosas para los consumidores, la sentencia concluye que esa decisión no puede erigirse en criterio determinante de la apreciación de la buena fe o de la deslealtad en el mercado.

Al proceder del modo expuesto, la sentencia está desarrollando la acertada concepción de que la competencia desleal representa un comportamiento ilícito en el mercado por referencia a las circunstancias objetivas del propio mercado. El acto de competencia desleal no es en rigor, según hemos manifestado en ocasión anterior a ésta, un acto de competencia, porque todo acto de competencia es un acto favorecedor del buen funcionamiento del mercado a fin de que éste desenvuelva su plena funcionalidad (“Sobre la autorregulación de la publicidad y la competencia mercantil”. Rev. Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia. Núm.45. p.96-128) El acto de competencia desleal sólo tiene en común con el acto competitivo el rasgo de su fin subjetivo que se resuelve en la pretensión de ser preferido a cualquier otro operador o agente en el mercado. Pero el fin subjetivo ni agota los elementos relevantes del acto de competencia ni precisamente es el determinante para poder considerar a un mercado como en verdad competitivo. De ahí que, inversamente, la estimación de ilicitud o deslealtad de un acto con proyección en el mercado por el simple o mero hecho de que es perturbador o molesto para un competidor supone una restricción injustificada a la competencia.

El caso que ha terminado por resolverse por la sentencia que comentamos pone en evidencia lo pernicioso del régimen del llamado autocontrol publicitario desde un punto de vista que hasta ahora no ha sido considerado. Se trata del carácter claudicante de los efectos de las resoluciones del órgano autorregulador. Y no nos referimos, claro está, al conocido punto siempre en discusión de la no exclusión de poder acudir a los órganos de la jurisdicción pese a la actuación del Jurado de la Publicidad; nos referimos a la esencial condición claudicante de las decisiones de ese organismo cuando, como ocurre en el caso que motiva este comentario, pueden quedar privadas de eficacia aun sin necesidad de combatirlas judicialmente de modo directo. No se negará el daño que se infiere a la seguridad jurídica con la simple existencia de un sistema de autorregulación como el nuestro.

Abundando en lo anterior, nos parece incuestionable que el sistema de autocontrol es injustificable en todos los casos en que la calificación de la publicidad tenga que resultar de un proceso lógico-jurídico sustentado en normas legales. Un proceso de ese orden sólo puede llevarse a cabo en el marco de un verdadero procedimiento judicial o, como mínimo, de un procedimiento heterorregulado y presidido por quien el ordenamiento reconoce con la aptitud necesaria para confiarle semejante función, como puede ser un árbitro o un colegio arbitral.

En todo caso, la disfuncionalidad del sistema se pone de manifiesto sin más que pensar que, a partir de la sentencia que comentamos, ha de quedar sin efecto la resolución anterior del Jurado no obstante no referirse a ella el fallo judicial. Porque es claro que carecería de sentido mantener a la demandada privada de comunicar al mercado recomendaciones acerca de la temperatura más idónea para la conservación y el consumo de su zumo una vez que judicialmente se ha declarado la licitud de formular tales alegaciones en las comunicaciones comerciales.

En efecto, como hemos tenido ocasión de decir, la interpretación que realiza el juzgador del significado de la cláusula general del artículo 5º LCD, de su relación con los preceptos que describen supuestos concretos de deslealtad así como las interpretaciones del paradigma de comportamiento leal según aquel precepto y del engaño según el artículo 7 LCD ponen de manifiesto, a nuestro juicio, que, para la sentencia, el acto de competencia desleal podría decirse que no es un acto de competencia o un acto competitivo propiamente tal; la ilicitud que le es inherente lo sitúa, desde el punto de vista jurídico, en un plano distinto al propio del acto de competencia, que de suyo, no sólo no es ilícito, sino que debe ser objeto de protección y

fomento como manifestación del desenvolvimiento del sistema de economía imperado por la Constitución.

En consecuencia, la ilicitud de los actos desleales debe ser declarada tras un juicio sumamente delicado que no puede concluir ni en un ensanchamiento de los supuestos de hecho previstos en los preceptos legales definidores de la deslealtad ni, por el contrario, en un estrechamiento del significado del paradigma legal del comportamiento leal. Proceder de modo distinto, se puede traducir, y casi se puede asegurar que así será, en que dejen de observarse conductas o dejen de realizarse prácticas competitivas que precisamente por serlo debieran ser auspiciadas. En este punto, es conveniente recordar que todo acto de competencia es molesto o perturbador para los que compiten en el mercado; basta esta consideración para desechar como criterio funcional en el campo en que estamos el de que un comportamiento o práctica sea perturbador o molesto para los competidores. Así lo ha entendido la sentencia que comentamos.

Por otro lado, no nos cansaremos de repetir que difícilmente el Jurado de la Publicidad, órgano de la Asociación para la Autorregulación de las Comunicaciones Comerciales actuará de ese modo. Con todo respeto para quienes lo formen o puedan formarlo, es que sencillamente su naturaleza y función casi impiden que actúe conforme al buen funcionamiento objetivo del mercado; sobre todo, la reducción de la competencia material del Jurado a un sector como la publicidad, que no deja de ser un fragmento del campo de la competencia mercantil que es único, y un fragmento arbitrariamente determinado pero de gran significación para la actividad en el mercado, hacen sencillamente imposible que el Jurado realice un juicio como el que afortunadamente se realiza en la sentencia de Burgos.

La mejor prueba de lo que decimos es cómo esa sentencia no puede por menos de dejar de lado la más que deficiente resolución del Jurado de la Publicidad y cómo se plantea, a partir de la sentencia, un pseudo-conflicto en relación con la ejecución de aquella resolución; pseudo-conflicto que, por supuesto, no puede tener repercusión general pero que no deja de serlo siquiera su repercusión no pueda trascender el círculo interno de los propios interesados en la Asociación que sostiene al Jurado.

Que la sentencia haya puesto, probablemente sin pretenderlo, sobre el tapete esta nueva manifestación de lo disfuncional que resulta el Jurado de la Publicidad no puede ser más que otro nuevo motivo para celebrar sus aciertos.