

## ACERCA DE POSIBLES ILEGALIDADES EN LA VENTA VIRTUAL DE “PERFUMES EQUIVALENTES”\*

*M<sup>a</sup> del Sagrario Bermúdez Ballesteros\*\**  
*Prof. Ayudante Doctora Área de Derecho Civil*  
*Centro de Estudios de Consumo*  
*Universidad de Castilla-La Mancha*

*Fecha de publicación: 11 de marzo de 2020*

### 1. CONSULTA PLANTEADA

La OMIC del Ayuntamiento de Cascante (Navarra) plantea al Centro de Estudios de Consumo de la UCLM (CESCO) una consulta relacionada con la venta *on line* de los conocidos como “perfumes equivalentes”. Se plantean dudas respecto a la legalidad de dichas ventas; concretamente, (i) se cuestiona el probable carácter engañoso para el consumidor de la publicidad realizada en la venta, (ii) se duda sobre la posible naturaleza desleal de la fórmula de comercialización utilizada, (iii) se pregunta sobre la existencia o no del derecho a desistir de la compra del perfume.

**El relato de los hechos** es el siguiente:

El cliente accedió a determinada página web<sup>1</sup> para comprar unos perfumes. En dicha página se ofertan numerosos perfumes a través de unas fotos / imágenes en la que aparecen todos ellos (de marcas de gran prestigio) en su correspondiente embalaje. Las

---

\* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PGC2018-098683-B-I00, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU) y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social” y dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato y a la Ayuda para la financiación de actividades de investigación dirigidas a grupos de la UCLM Ref.: 2019-GRIN-27198, denominado “Grupo de Investigación del Profesor Ángel Carrasco” (GIPAC) y a la ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha” (PCRECLM) con Ref.: SBPLY/19/180501/000333 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana, en base a la Propuesta de Resolución Provisional de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, Dirección General de Universidades, Investigación e Innovación de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha de 5 de diciembre de 2019.

\*\* ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-1260-3867>

<sup>1</sup> [www.vendiendoperfume.xyz](http://www.vendiendoperfume.xyz)



fotografías se corresponden con los perfumes originales. Para comprar hay que “pinchar” en la casilla de “añade a la cesta” que se encuentra en la parte inferior de cada fotografía y elegir previamente un tamaño.

Los perfumes tienen unos descuentos que van desde el 70% al 85%.

Para finalizar la compra, se solicitan datos personales y se deben aceptar las denominadas “Condiciones de la tienda” y de protección de datos.

La reclamación viene motivada porque los perfumes que recibió el cliente no eran originales, sino imitaciones envasadas en botes de cristal, que no tenían nada que ver con los que aparecían en las fotografías de los perfumes originales que se exhibían en la página web. A primera vista, en la página no se informa al consumidor de que se trata de productos de imitación. Aparentemente, la sensación es la de estar comprando perfumes originales a un precio reducido.

La web dispone de unas Condiciones de Uso a las que se puede acceder pinchando en un enlace que aparece en la página principal y que son las mismas que posteriormente tiene el cliente que aceptar y que se denominan “Condiciones de la tienda”. En estas Condiciones se indica lo siguiente:

*Los productos en el sitio web son perfumes franceses de alta calidad (productos Eau de Parfum) que comparten todas o la mayoría de las notas aromáticas con los perfumes que se muestran en las imágenes. Todos los productos están envasados en botellas universales selladas herméticamente.*

*Las marcas de perfumes que se muestran aquí sirven únicamente para comparación. Las marcas pertenecen a sus propietarios, no somos distribuidores de sus marcas comerciales y no somos propietarios de sus licencias. Todas las fragancias que se muestran en la página sirven de inspiración y una descripción ilustrativa del producto en sí para que sea más fácil para el cliente, todo en conformidad con las normas y prácticas de marketing comparativas.*

Afirma la OMIC remitente que “si bien es cierto que estas condiciones pueden ser leídas, las imágenes que usa la Web para vender los perfumes son de los originales, tanto el envase como el embalaje, de un gran tamaño y con colores perfectos. Nada hace creer que lo que se está comprando no es el perfume original, porque lo que selecciona el cliente es un perfume original.” “Para ser más estrictos, señalar que en la parte inferior de cada imagen, en una letra más pequeña se indica “empaquetado en el embalaje universal” pero salvo que se lean las condiciones de la tienda, un cliente normal no tiene que saber a qué se refiere con ese término. Es perfectamente identificable con un embalaje original.”

Tras la queja del cliente, la tienda *on line* le contesta lo siguiente:

*“Sentimos mucho que no esté satisfecho/a, pero tenemos que destacar que todas las informaciones las ponemos en la tienda Web. En las Condiciones ponemos que las fotos*



*de los perfumes originales están en la página solo con el objetivo de la comparación de los olores; se trata del marketing comparativo que es legal. Además, debajo de cada perfume ponemos “EMPAQUETADO EN EMBALAJE UNIVERSAL”. El embalaje universal no es lo mismo que el embalaje original.*

*La devolución no es posible por las razones higiénicas, conforme la directiva de la ley europea. Los perfumes se consideran productos cosméticos y no pueden ser devueltos después de ser abiertos.”*

A juicio de la OMIC remitente “es evidente que la Web intenta captar de forma engañosa al cliente con las imágenes de los perfumes originales (cuando se accede a la Web y se ven estas imágenes se comprende de qué manera se está influyendo en que el cliente para que crea de verdad que compra perfumes originales. No hay nada que haga creer lo contrario). La Web sí que pone a disposición del cliente las condiciones de uso pero a sabiendas de que son pocos los clientes que las leen antes de la compra y que se aceptan sin leer.”

A partir del relato de los hechos expuesto, **las preguntas** que se plantean son:

1. ¿Se podría considerar la publicidad utilizada por esta web como engañosa?
2. ¿La exhibición de los perfumes originales en esa web es legal o se encuentra amparado por las prácticas de “marketing comparativo” que alega la tienda?
3. ¿Es de aplicación la excepción contemplada en el apartado e) del art. 103 del TRLGDCU para los perfumes, impidiendo el ejercicio del derecho de desistimiento al cliente?

## **2. CONTEXTUALIZACIÓN DEL TEMA**

Desde hace años, es fácil encontrar en la red noticias o publicaciones jurídicas en las que se opina e informa sobre la más que dudosa legalidad de la venta de perfumes tradicionalmente llamados “equivalentes”<sup>2</sup>. Con dicha expresión se alude a las fragancias que frecuentemente se venden a granel y que imitan a otros perfumes que se comercializan en el mercado por marcas de renombre y prestigio (Chanel, Carolina Herrera, Loewe, Armani, etc.). Tales ventas pueden formalizarse tanto de manera presencial, en establecimientos abiertos al público (comercios dedicados exclusivamente a dichas ventas, cadenas de supermercados, peluquerías, farmacias, etc.), como por vía electrónica, a través de páginas web.

La técnica de venta utilizada puede consistir bien en el empleo tablas o listados donde, a partir de números, se establece una correlación con marcas de perfumes normalmente muy conocidos por el consumidor, o bien en la exhibición de imágenes que reproducen

---

<sup>2</sup> <https://www.elmundo.es/economia/2015/10/15/5616b726ca4741603a8b45ff.html>  
<https://www.elmundo.es/vida-sana/cuerpo/2017/03/01/58a6ce94268e3e0b4a8b4620.html>



los envases y marcas de los perfumes originales de renombre, que sirven de referencia o enlace para que el consumidor (clicando en la imagen correspondiente) proceda a la compra de la fragancia.

En cualquier caso, adelantamos que es opinión generalizada que los empresarios dedicados a la “perfumería de equivalencia” se aprovechan indebidamente de las marcas originales para explotar su reputación ajena en beneficio propio (en la práctica, esta conducta se califica de “parasitismo comercial”), y ofertan un producto, en teoría equivalente (si bien la calidad del mismo no es en absoluto la misma a la de la marca de renombre), a un precio muy inferior.

Está claro que decir que un determinado perfume huele como Chanel, Loewe o Carolina Herrera y cuesta la cuarta parte o menos es un gran reclamo para la clientela. Nadie suele decir «llevo un nº 10» de la lista de perfumes equivalentes, sino me he puesto «X marca». En definitiva, el éxito de la venta de los perfumes equivalentes reside en que estén referenciados o asociados a marcas conocidas; lo que mueve al cliente a realizar la compra es oler a una fragancia conocida, pero por un precio menor.

Los perfumes emparentados a los originales suelen tener un gran parecido aromático con éstos, aunque no se les llega a reproducir plenamente. En realidad, se trata de imitaciones con identidad olorosa equiparable. Y la intención de imitar es patente cuando la propia comercialización del perfume equivalente busca inducir al consumidor a asociar lo que compra con el nombre, imagen y características de esos otros perfumes muy conocidos y bastante más caros.

En la consulta que ahora se resuelve, la posible ilicitud de la estrategia comercial descrita puede analizarse desde una triple vertiente: (i) infracción de marcas, (ii) actuación competencial desleal y (iii) práctica comercial desleal por vulneración de los derechos de los consumidores<sup>3</sup>.

### **3. RESPUESTA**

#### **3.1. ¿Se podría considerar la publicidad utilizada por esta web como engañosa?**

Tras las modificaciones operadas en la Ley General de Publicidad (LGP) por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios<sup>4</sup>, el régimen de la publicidad engañosa se contiene en la Ley

---

<sup>3</sup> Además, cabría enfocar el tema desde la óptica de la protección de los perfumes como obra mediante el derecho de autor.

<sup>4</sup> La referida Ley tiene por objeto la transposición de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, y de la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa. Adviértase que ni las Directivas transpuestas por la Ley 29/2009, ni la propia Ley de transposición se



de Competencia Desleal (LCD). El art. 5 LCD<sup>5</sup>, bajo el título “actos de engaño”, delimita, con carácter general, qué debe considerarse como práctica engañosa a efectos de la competencia desleal; en dicho artículo ha de estimarse incluida la publicidad engañosa. Según dispone el precepto, se considerará engañosa la actividad publicitaria *que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico*; además dicha información deberá versar sobre alguno de los extremos que enumera la norma (existencia y naturaleza del bien, características esenciales, precio, etc.). Para que exista publicidad engañosa no se requiere que haya engaño efectivo en todo caso, sino que basta con demostrar la susceptibilidad o aptitud de un mensaje (escrito, oral, por imágenes, etc.) para equivocar a los destinatarios.

Lo dispuesto en el art. 5 se completa con los preceptos incluidos en el Capítulo III de la LCD, que incluyen las prácticas desleales por engaño; dentro de ellas, entre las prácticas engañosas por acción, se regulan las que “creen confusión” en los

---

dirigen específicamente a cubrir la actividad comercial *on line*. No obstante, dada la vocación generalista de dichas normas, las prácticas comerciales que se lleven a cabo a través de Internet, deberán cumplir, con carácter general, con las mismas exigencias establecidas para las prácticas *off line*.

<sup>5</sup> Artículo 5. Actos de engaño.

“1. Se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida sobre alguno de los siguientes aspectos:

a) La existencia o la naturaleza del bien o servicio.

b) Las características principales del bien o servicio, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, sus accesorios, el procedimiento y la fecha de su fabricación o suministro, su entrega, su carácter apropiado, su utilización, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados al bien o servicio.

c) La asistencia posventa al cliente y el tratamiento de las reclamaciones.

d) El alcance de los compromisos del empresario o profesional, los motivos de la conducta comercial y la naturaleza de la operación comercial o el contrato, así como cualquier afirmación o símbolo que indique que el empresario o profesional o el bien o servicio son objeto de un patrocinio o una aprobación directa o indirecta.

e) El precio o su modo de fijación, o la existencia de una ventaja específica con respecto al precio.

f) La necesidad de un servicio o de una pieza, sustitución o reparación.

g) La naturaleza, las características y los derechos del empresario o profesional o su agente, tales como su identidad y su solvencia, sus cualificaciones, su situación, su aprobación, su afiliación o sus conexiones y sus derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual, o los premios y distinciones que haya recibido.

h) Los derechos legales o convencionales del consumidor o los riesgos que éste pueda correr.

2. Cuando el empresario o profesional indique en una práctica comercial que está vinculado a un código de conducta, el incumplimiento de los compromisos asumidos en dicho código se considera desleal, siempre que el compromiso sea firme y pueda ser verificado, y, en su contexto fáctico, esta conducta sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de sus destinatarios.”



consumidores (arts. 20<sup>6</sup> y 25<sup>7</sup>). Este sería el escenario en el que se integraría el caso consultado.

- El art. 20 -regulador las prácticas engañosas por confusión para los consumidores- reputa desleales las prácticas comerciales que creen confusión o riesgo de asociación con cualesquiera bienes o servicios, marcas registradas o distintivas, nombres comerciales de un competidor, siempre que sean susceptibles de afectar al comportamiento económico de los consumidores o usuarios.
- Por su parte, el art. 25 –que vuelve a regular prácticas engañosas por confusión- considera desleal la inducción al consumidor o usuario a creer que el bien o servicio procede de un empresario o profesional, no siendo cierto.

De lo señalado en los anteriores artículos se deduce que la confusión originada puede referirse tanto a las prestaciones que se ofrecen como a la empresa que las ofrece y puede producirse por cualquier medio que resulte apto (escritura, imágenes, sonidos, etc.) para que un consumidor “normal” pueda confundirse.

El objetivo perseguido por las normas citadas es que los consumidores y usuarios puedan identificar de la forma más transparente posible la procedencia empresarial de las prestaciones que reciben; y dicha información la obtienen de los medios o signos (marcas y nombres comerciales, música, símbolos, frases, imágenes, etc.) utilizados por los operadores del mercado. El principio de protección de los consumidores y usuarios impone la necesidad de evitar cualquier tipo de engaño, error o confusión que pueda llevarse a cabo a través de dichos signos distintivos.

A los efectos de valorar el riesgo de confusión, ha de partirse del patrón de "consumidor medio", *normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz*.

Aplicando las consideraciones apuntadas al caso objeto de consulta, cabe concluir que la técnica utilizada para la oferta, promoción y publicidad de los perfumes “equivalentes” mediante la exhibición de imágenes que reproducen los productos comercializados por otras empresas, de reconocido prestigio y renombre, en los que aparece la marca, el envase y el envoltorio de los perfumes originales imitados,

---

<sup>6</sup>Artículo 20. Prácticas engañosas por confusión para los consumidores.

*“En las relaciones con consumidores y usuarios, se reputan desleales aquellas prácticas comerciales, incluida la publicidad comparativa, que, en su contexto fáctico y teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, creen confusión, incluido el riesgo de asociación, con cualesquiera bienes o servicios, marcas registradas, nombres comerciales u otras marcas distintivas de un competidor, siempre que sean susceptibles de afectar al comportamiento económico de los consumidores y usuarios.”*

<sup>7</sup>Artículo 25. Prácticas engañosas por confusión.

*“Se reputa desleal por engañoso promocionar un bien o servicio similar al comercializado por un determinado empresario o profesional para inducir de manera deliberada al consumidor o usuario a creer que el bien o servicio procede de este empresario o profesional, no siendo cierto.”*



merece calificarse de práctica engañosa por confusión. El consumidor que accede a la página web en ningún momento es informado de forma clara y directa de que se trata de perfumes de imitación; muy al contrario, la forma de publicitar y ofrecer los productos crea en el cliente la expectativa de que se trata de fragancias originales<sup>8</sup>. No desvirtúa esta apreciación el hecho de que bajo las imágenes de los perfumes originales aparezca el mensaje “*Empaquetado en el embalaje universal*”<sup>9</sup>, que no aporta claridad alguna sobre la naturaleza y características principales del perfume de imitación que se está adquiriendo.

En este sentido, el art. 20 TRLGDCU enuncia el contenido de la información que el empresario, que realiza una práctica comercial que incluya información sobre las características del bien que pone en el mercado a disposición de eventuales consumidores, ha de facilitar; dicha información se refiere a la identificación del empresario responsable de la oferta comercial, características esenciales del bien o servicio puesto en el mercado, precio final completo, procedimiento de pago, plazo de entrega y ejecución y, en su caso, existencia del derecho de desistimiento. La sanción que se prevé para el caso de incumplimiento de las exigencias de contenido de esa información comercial es la calificación del comportamiento empresarial incumplidor como práctica comercial engañosa por omisión de la misma o por su comunicación incompleta, oscura, inteligible, ambigua o inveraz<sup>10</sup>.

### **3.2. ¿La exhibición de los perfumes originales en esa Web es legal o se encuentra amparado por las prácticas de “marketing comparativo” que alega la tienda?**

La cuestión planteada está en determinar si la utilización de marcas ajenas para llevar a cabo la promoción y comercialización de productos propios es o no una actividad ilícita. Este tema puede analizarse desde un doble marco jurídico: por un lado, desde el derecho de la competencia desleal y, por otro, desde el derecho marcario<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Según la RAE, (1) el término “empaquetado” se define como *acción y efecto de empaquetar*; “empaquetar” –a su vez- se define como *hacer paquetes*; (2) “embalaje” se identifica con la *caja o cubierta con que se resguardan los objetos que han de transportarse* y, (3) el término “universal” se define como aquello que *es común a todos en su especie, sin excepción*.

<sup>10</sup> Vid. BUSTO LAGO, J.M., “Comentario al art. 20 TRLGDCU”, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 258 y ss.

<sup>11</sup> Ante la doble protección (derecho marcario y derecho de competencia desleal) antes mencionada, la doctrina entiende que a los supuestos de utilización de la marca ajena en publicidad se les deberá aplicar, en primera instancia, el contenido de la normativa de marcas; únicamente cuando se den circunstancias adicionales que así lo exijan, se les aplicará, también, la LCD y, en contadas ocasiones, se podrá aplicar solamente la LCD (por ejemplo, en caso de no estar la marca ajena registrada). Véase al respecto VILAJOANA ALEJANDRE, S., *Las leyes de la publicidad: límites jurídicos de la actividad publicitaria*, UOC, 2011, pp. 94-96. Para sintetizar esta doble protección, la citada autora alude a BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, el cual afirma que “*la protección de los derechos exclusivos y la protección contra la competencia desleal forman dos círculos concéntricos, de manera que el círculo interior equivaldría a*



La jurisprudencia consolidada al respecto -tanto europea como nacional- mantiene que vincular las imitaciones de perfumes a nombres o marcas comerciales reconocidas es contrario a Derecho; se viene considerando que tales prácticas, además de constituir infracción de marcas y un acto de competencia desleal, estarían vulnerando las garantías para los derechos de los consumidores establecidas en materia de publicidad ilícita<sup>12</sup>.

Entre los argumentos esgrimidos por las empresas del sector para defender su práctica comercial, se afirma que *“es notorio que no puede lograrse una descripción de un olor con un mínimo de complejidad, y menos aún una combinación de ellos, si no es simplemente por referencia a otro conocido, ya sea natural, ya creado por el hombre con la combinación de elementos naturales. Y sin embargo esa imposibilidad forma parte consustancial a la industria del perfume desde sus mismos comienzos hace siglos y condiciona de manera muy destacada la naturaleza de su comercialización, ya que, a diferencia de otros productos, ha de venir extraordinariamente apoyada en estrategias de marketing que engloban packagings, publicidad evocativa, utilización de figuras públicas o de marcas asociadas a productos de calidad”*.

Frente al anterior argumento, se alega que sí se puede informar de las características del producto, esto es, describirlo, sin necesidad de acudir a la marca ajena (aludiendo, por ejemplo, a calificativos como olor “floral”, “afrutado”, “dulce”, “cítrico”, etc.). La alusión a marcas ajenas va mucho más allá de lo descriptivo y penetra y no superficialmente en el ámbito del aprovechamiento del prestigio, notoriedad, calidad y publicidad de las mismas.

Desde el punto de vista de la competencia desleal, estaríamos ante el supuesto de aprovechamiento de la reputación ajena, contemplado en el art. 12 LCD<sup>13</sup>, que bajo la rúbrica *“Explotación de la reputación ajena”*, establece que *“Se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado”*. En estos casos se utiliza la referencia al producto o servicio ajeno, especialmente al signo distintivo que lo caracteriza, para promocionar el producto propio. Ello sucede cuando el empresario utilice tablas de equivalencia o relacione mediante imágenes,

---

*la protección de los derechos exclusivos, una protección más fuerte y sólida, y el círculo exterior equivaldría al de la protección por competencia desleal, menos sólida pero más amplia”*.

<sup>12</sup> Pueden consultarse al respecto las siguientes direcciones web:

<http://blog.garrigues.com/situacion-juridica-de-la-perfumeria-de-equivalencia/>

<https://www.huffingtonpost.es/jose-maria-aznar-auzmendi/son-legales-los-perfumes- b 13646170.html>

<https://www.ocu.org/salud/cuidado-piel/noticias/imitaciones-perfumes>

<sup>13</sup> Artículo 12. Explotación de la reputación ajena.

*“Se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado.*

*En particular, se reputa desleal el empleo de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas acompañados de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como «modelos», «sistema», «tipo», «clase» y similares.”*



sugiriendo al consumidor que el producto anunciado se corresponde con una marca renombrada.

En definitiva, emparentar o vincular el producto ofrecido con el equivalente o imitado, de alta gama, no es una mera descripción de la fragancia, sino un *gancho comercial* para que los consumidores identifiquen ambos aromas y terminen adquiriendo una réplica más barata de otro perfume distinto. La exhibición de perfumes comercializados por otras marcas no persigue en estos casos fines descriptivos sino que tiene por objeto el aprovechamiento de la reputación ajena.

Citamos, a continuación, algunos pronunciamientos judiciales que reflejan la doctrina jurisprudencial apuntada.

A nivel nacional, en el año 2002 se dictó una de las primeras decisiones judiciales en la materia. En la sentencia 7/2002 de 8 de enero<sup>14</sup> (en el litigio contra Perfumes y Cosméticos Yodeyma, S.L.), la Audiencia Provincial de Toledo calificó la conducta descrita como constitutiva de un supuesto de competencia desleal y de publicidad adhesiva.

El Tribunal de Justicia de La Unión Europea (TJUE) se pronunció sobre este asunto en sentencia de 18 de junio de 2009 (C-487/07), conocida como asunto L'Oréal/Bellure<sup>15</sup>. El TJUE resolvió que *“el tercero que hace uso de un signo similar a una marca de renombre obtiene una ventaja desleal cuando mediante dicho uso, intenta aprovecharse de la marca de renombre para beneficiarse del poder de atracción, de su reputación o de su prestigio y explotar el esfuerzo comercial realizado por el titular de la marca, sin ofrecer a cambio ninguna compensación económica”*.

El Tribunal de Marca Comunitaria núm. 1 de Alicante, en sentencia de 28 de enero de 2014, íntegramente confirmada por la de 13 de junio de 2014 de la Audiencia Provincial de Alicante, considera que se produce una infracción del derecho de exclusiva de las actoras consagrado en el art. 9.1 del Reglamento de Marca Comunitaria (y correlativo art. 34.2 de la Ley de Marcas<sup>16</sup>) afirmando que se trata de

---

<sup>14</sup> Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=2500960&links=&optimize=20040424&publicinterface=true>

<sup>15</sup> Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-487/07>

<sup>16</sup> Tras la modificación operada en el art. 34 LM por el Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición de directivas en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados y servicios de viaje vinculados, la redacción actual del precepto dispone:

“1. El registro de una marca conferirá a su titular un derecho exclusivo sobre la misma.

2. Sin perjuicio de los derechos adquiridos por los titulares antes de la fecha de presentación de la solicitud de registro o de la fecha de prioridad de la marca registrada, el titular de dicha marca registrada estará facultado para prohibir a cualquier tercero el uso, sin su consentimiento, en el tráfico económico, de cualquier signo en relación con productos o servicios, cuando:

a) El signo sea idéntico a la marca y se utilice para productos o servicios idénticos a aquellos para los que la marca esté registrada.



un caso de “free-riding”, ya que el público relaciona las marcas de las actoras y los productos de perfumería equivalente y se utiliza el material publicitario de los signos distintivos de las demandantes, lo que conlleva un aprovechamiento indebido de la notoriedad de las marcas actoras, calificado por la sentencia como “parasitismo” contrario a las prácticas leales en el mercado. Además, la idea de réplica de los perfumes originales es contraria a la leal competencia y por ello es ilícita la ventaja obtenida con esa publicidad.

La misma Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8) se pronunció nuevamente sobre la “perfumería de equivalencia” en sentencia de 14 de septiembre 2015<sup>17</sup> (en un procedimiento en el que se enfrentaba el Grupo Saphir y Grupo El Árbol Distribución y Supermercados, S.A., Contra Carolina Herrera Limited, Puig France, S.A.S., Gaulme, S.A.S. y Antonio Puig, S.A.). El tribunal concluyó que el uso por Grupo Saphir de las marcas de las demandantes a través del ofrecimiento, promoción, comercialización y publicidad de sus perfumes de equivalencia, infringe las marcas titularidad de Puig y Carolina Herrera (marcas registradas). A su juicio, ofrecer una imitación o réplica usando una marca ajena y obtener indebidamente ventaja de la reputación de la misma es contrario a lo dispuesto en el apartado d) del artículo 10 de La Ley de Competencia Desleal (en adelante, LCD) y, también, al artículo 12 LCD.

### **3.3. ¿Es de aplicación la excepción contemplada en el apartado e) del art. 103 del TRLGDCU para los perfumes, impidiendo el ejercicio del derecho de desistimiento al cliente?**

En materia de devolución de productos adquiridos por internet –como modalidad de venta a distancia- hay que diferenciar dos escenarios que tienen una misma consecuencia pero causas diferentes:

---

b) *El signo sea idéntico o similar a la marca y se utilice para productos o servicios idénticos o similares a los productos o servicios para los cuales esté registrada la marca, si existe un riesgo de confusión por parte del público; el riesgo de confusión incluye el riesgo de asociación entre el signo y la marca.*

c) *El signo sea idéntico o similar a la marca, independientemente de si se utiliza para productos o servicios que sean idénticos o sean o no similares a aquellos para los que esté registrada la marca, cuando esta goce de renombre en España y, con el uso del signo realizado sin justa causa, se obtenga una ventaja desleal del carácter distintivo o del renombre de la marca o dicho uso sea perjudicial para dicho carácter distintivo o dicho renombre.*

3. Cuando se cumplan las condiciones enunciadas en el apartado 2, podrá prohibirse en particular:

a) *Colocar el signo en los productos o en su embalaje.*

b) *Ofrecer los productos, comercializarlos o almacenarlos con dichos fines u ofrecer o prestar servicios con el signo.*

c) *Importar o exportar los productos con el signo.*

d) *Utilizar el signo como nombre comercial o denominación social, o como parte de un nombre comercial o una denominación social.*

e) *Utilizar el signo en los documentos mercantiles y la publicidad.*

f) *Usar el signo en redes de comunicación telemáticas y como nombre de dominio.*

g) *Utilizar el signo en la publicidad comparativa de manera que vulnere la Directiva 2006/114/CE”.*

<sup>17</sup> Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=7487947&links=SAPHIR&optimize=20151007&publicinterface=true>



- Devolución de productos por ejercicio del derecho de desistimiento.
- Devolución de productos por falta de conformidad (desperfectos o mal funcionamiento, no ajustarse al modelo presentado y descrito por el vendedor en la publicidad, etc.).

Centrándonos en el primer supuesto, entre las excepciones al derecho de desistimiento recogidas en el art. 103 TRLGDCU, la contemplada en la letra e) del mismo se refiere a los *bienes precintados que no sean aptos para ser devueltos por razones de protección de la salud o de higiene y que hayan sido desprecintados tras la entrega.*

Para que la excepción opere es necesario que concurran dos requisitos: (i) que el bien haya sido desprecintado y (ii) que existan razones de salud e higiene que excluyan la devolución.

En todo caso, será decisiva al respecto la información precontractual que se haya proporcionado al consumidor, en la que habrá de adelantarse la ausencia del derecho a desistir en caso de haberse desprecintado el perfume [art. 97.1.1) TRLGDCU]<sup>18</sup>.

En cuanto a este extremo, en la página web del supuesto objeto de consulta, pinchando en el enlace “Términos de la entrega” se incluye un apartado sobre “El derecho a retirarse de la compra”, en el que se ofrece la siguiente información respecto a las devoluciones:

*-Todos los artículos deben devolverse en condiciones vendibles. Deben devolverse sin ser usados y en su embalaje original sin daños.*

*- Para cumplir con las normas de higiene de la UE, los productos cosméticos solo se pueden devolver sin abrir, sin usar y en su embalaje original por razones de higiene.*

*Desafortunadamente, no aceptaremos ningún contenedor abierto, frascos, tubos o botellas.*

*- El cliente no puede devolver productos que se consideran irreversibles por razones higiénicas o de salud que son:*

*Productos para el cuidado de la piel, productos para el cuidado corporal, maquillaje y cosméticos similares (por ejemplo, barras de labios, cremas, champús, pinceles de maquillaje, cepillos de dientes, depiladores, aparatos de afeitar, etc.). Si los productos que se devuelven no están completos o están*

---

<sup>18</sup> El precepto señala que “Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por cualquier contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento o cualquier oferta correspondiente, el empresario le facilitará de forma clara y comprensible la siguiente información: (...) l) Cuando con arreglo al artículo 103 no proceda el derecho de desistimiento, la indicación de que al consumidor y usuario no le asiste, o las circunstancias en las que lo perderá cuando le corresponda”.



*dañados o visiblemente consumidos, el vendedor puede solicitar una compensación por daños.*

Volviendo a la excepción contemplada en la norma [art. 103 e) TRLGDCU], la razón que la justifica está en desprecintar un producto no apto para volver a comercializarse por razones de seguridad e higiene (por ejemplo, ropa interior o productos sanitarios como jeringuillas). Algunas precisiones al respecto:

1. Por “precinto” debe entenderse todo envoltorio o cierre que, una vez, abierto, no puede retornar a la situación inicial, de forma que el producto ya no queda aislado del exterior. No serían bienes precintados -y, por tanto, no operaría la excepción- aquellos que se comercializan en cajas o bolsas que se pueden abrir y cerrar con facilidad por el consumidor<sup>19</sup>. Si este es el caso del supuesto consultado, no habría inconveniente en admitir la devolución del perfume. En este sentido, no es lo mismo “precinto” (término que utiliza el precepto) que “embalaje<sup>20</sup>” (término utilizado en las condiciones de la tienda virtual).
2. Con relación a los productos cosméticos, no todos los que se integran en esta categoría han de estimarse “en todo caso” incluidos en la excepción. Sí lo estarán aquéllos que entren en contacto directo con la piel, como pueden ser los pintalabios. En el caso de los perfumes, las razones de higiene y seguridad son más difusas o discutibles.
3. Es cierto que habrá mayores inconvenientes para admitir la devolución cuando se trate de fragancias originales en las que el «*packaging*» forma parte del producto y éste se haya dañado; sin embargo, tratándose –como es el caso consultado- de un perfume de imitación “empaquetado en embalaje universal” o genérico, su retorno debería ser posible siempre que no hubiese habido un consumo o manipulación incorrecta del mismo<sup>21</sup>. Pero –insistimos- las razones que imposibilitarían o condicionarían la devolución serían otras, pero no de higiene y seguridad.

Además, debe tenerse en cuenta que en materia de devolución de productos precintados, recientemente el TJUE ha admitido que se pueden devolver colchones que se han desprecintado y probado<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> Vid. PEÑA LÓPEZ, F., “Comentario al art. 103 TRLGDCU”, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 1555.

<sup>20</sup> Insistimos, según la RAE, “embalaje” se identifica con la *caja o cubierta con que se resguardan los objetos que han de transportarse*.

<sup>21</sup> Documento de orientación de la DG Justicia relativo a la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, disponible en: [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/crd\\_guidance\\_es.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/crd_guidance_es.pdf)

<sup>22</sup> Véase al respecto, BERMÚDEZ BALLESTEROS, M<sup>a</sup>. S., “Los colchones comprados *on line* podrán ser devueltos aunque se les haya quitado la protección. STJUE (Sala Sexta), de 27 de marzo de 2019 (Asunto



Por otro lado y al margen de las consideraciones anteriores, de calificarse la conducta consultada como práctica desleal por engañosa, además de poderse ejercitar las acciones previstas en el art. 32 LCD<sup>23</sup>, habrá de considerarse la posibilidad de solicitar la integración del contrato con los contenidos publicitarios al amparo del art. 61 TRLGDCU, así como la incidencia de la publicidad realizada (exhibición de perfumes originales) en orden a determinar la conformidad del bien de consumo *ex* art. 116.1 TRLGDCU.

En el supuesto de falta de conformidad, el consumidor tiene todo el derecho a devolver el producto, solicitar un cambio o la devolución del importe, sin incurrir en ningún coste. Este derecho no puede ser condicionado ni excluido por parte del empresario en ningún caso. La estipulación que obstaculizara su ejercicio podría calificarse de abusiva al amparo de lo dispuesto en el art. 86.1 TRLGDCU, que considera como tal “*la exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor y usuario por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario*”.

#### 4. CONCLUSIONES

- La técnica utilizada para la oferta, promoción y publicidad de los perfumes “equivalentes” mediante la exhibición de imágenes de las fragancias originales, podría calificarse de práctica engañosa por confusión en la medida que es susceptible de crear confusión o riesgo de asociación con otros productos y marcas registradas de competidores, afectando, por ello, al comportamiento económico de los consumidores (art. 20 LCD).
- Desde el punto de vista de la competencia desleal, estaríamos ante un supuesto de aprovechamiento de la reputación ajena (art. 12 LCD), considerándose que emparentar o vincular el producto ofrecido con el equivalente o imitado, de alta gama, no es una mera descripción de la fragancia, sino un *gancho comercial* para que los consumidores identifiquen ambos aromas y terminen adquiriendo una réplica más barata de otro perfume distinto.
- La excepción al derecho de desistimiento contemplada en la letra e) del art. 103 TRLGDCU (*bienes precintados que no sean aptos para ser devueltos por razones*

---

C-681/17)”, CESCO, abril 2019, disponible en: [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Los\\_colchones\\_comprados\\_on\\_line\\_podran\\_ser\\_devueltos\\_aunque\\_se\\_les\\_haya\\_quitado\\_la\\_proteccion.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Los_colchones_comprados_on_line_podran_ser_devueltos_aunque_se_les_haya_quitado_la_proteccion.pdf)

<sup>23</sup> El precepto unifica las acciones que pueden ejercitarse frente a los actos de competencia desleal, a las prácticas desleales con los consumidores y a la publicidad ilícita: 1.ª) Acción declarativa de deslealtad; 2.ª) Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de reiteración futura; 3.ª) Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal; 4.ª) Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas; 5.ª) Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente; 6.ª) Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico.



*de protección de la salud o de higiene y que hayan sido desprecintados tras la entrega), admitiría matizaciones en los supuestos en que –sin haber existido incorrecta manipulación ni consumo del producto- el “precinto”, entendido como envoltorio o cierre, una vez abierto, pueda retornar a su estado inicial (con más facilidad, si cabe, al estar el perfume “empaquetado en embalaje universal” o genérico).*

- De calificarse la conducta consultada como práctica desleal engañosa, cabría la posibilidad de solicitar la integración del contrato con los contenidos publicitarios (exhibición de fragancias originales) al amparo del art. 61 TRLGDCU; además, de estimarse un supuesto de falta de conformidad (*ex art. 116.1 TRLGDCU*), el consumidor tendría derecho a devolver el producto sin ningún tipo de condicionamiento o traba por parte del empresario.