

EL RÉGIMEN DE LAS ACCIONES CIVILES EN MATERIA DE PUBLICIDAD ILÍCITA Y COMPETENCIA DESLEAL EN EL DERECHO ESPAÑOL, TRAS LA LEY 29/2009

M^A ÁNGELES ZURILLA CARIÑANA*
Universidad de Castilla La Mancha (España)

RESUMEN

El objetivo del presente trabajo es ofrecer una panorámica general del régimen de acciones contra la competencia desleal, que rige en el ordenamiento jurídico español, tras la reforma experimentada por las Leyes de Competencia Desleal y General de Publicidad, en virtud de la Ley 29/2009. La finalidad básica de la misma es llevar a cabo la transposición a nuestro derecho de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en materia de prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior. La virtualidad básica de la Ley 29/2009 ha sido unificar el régimen de acciones existente en materia de publicidad ilícita y competencia desleal, eliminando la doble regulación contenida en la Ley General de Publicidad y en la Ley de Competencia Desleal. Los remedios procesales contenidos en aquella han sido derogados, recogiéndose en la actualidad en la Ley de Competencia Desleal. Se analizará el régimen jurídico de las acciones que protegen a consumidores y usuarios en esta materia, habida cuenta que los ilícitos publicitarios son calificados como actos concurrenciales desleales.

I. Introducción

La Ley 29/2009, de reforma de la legislación mercantil en materia de competencia desleal y publicidad ilícita para la mejora de protección de consumidores y usuarios, presenta en el ámbito objeto del presente trabajo las siguientes novedades de interés:

- Unifica el régimen de acciones disponibles en materia de publicidad ilícita y competencia desleal.
- Conceptúa los ilícitos publicitarios como infracciones concurrenciales.
- Suprime el requisito de procedibilidad existente en materia publicitaria de requerir al infractor, antes de ejercitar acciones judiciales, el cese o rectificación de la publicidad.
- Elimina la regulación de los remedios procesales contenidos en la Ley General de Publicidad –en adelante LGP– (remisión del art. 6 al cap. IV de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal para la protección del ordenamiento publicitario). Una excepción de interés en este ámbito, a la que nos referiremos después, es la relativa a la especificidad de la legitimación activa en los supuestos de publicidad injuriosa o vejatoria de la imagen de la mujer.
- Supera algunos de los graves problemas de coordinación normativa y sistemática que se venían planteando.

A lo largo de las páginas siguientes desgranaremos las cuestiones más relevantes que plantea en la actualidad la regulación de las acciones civiles en materia de competencia desleal.

II. Acciones civiles en materia de publicidad ilícita y competencia desleal

Los artículos 32 a 36 de la Ley de Competencia Desleal (en adelante LCD) constituyen el régimen básico de las acciones legales para la represión de la competencia desleal y la publicidad ilícita.

En esencia el art. 32 recoge las mismas acciones que antes de la reforma:

- Declarativa de deslealtad.
- De cesación o prohibición.
- De remoción.
- De rectificación.
- De indemnización de daños y perjuicios.
- De enriquecimiento injusto.

Una novedad de relieve la constituye el ordinal segundo de este artículo. En él se concede al juez la posibilidad de ordenar la publicación de la sentencia estimatoria, o, en su caso, de una declaración rectificadora. La publicación de la sentencia pasa a considerarse como una consecuencia de la condena separada de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, a diferencia de lo que sucedía en la LCD antes de la reciente reforma.

II. 1. Acción declarativa de deslealtad (art. 32.1 LCD)

II. 1.1. Finalidad:

La finalidad básica de esta acción es el examen de la conducta del demandado, a instancias del actor, y la determinación judicial expresa de su carácter desleal. No conlleva condena al demandado a una prestación concreta (salvo que se acumule a otra acción del art. 32 LCD) únicamente a estar y pasar por la declaración de ilicitud.

La declaración ha de referirse a la existencia de una infracción de orden concurrencial (no puede limitarse a la constatación de hechos, aunque éstos puedan ser relevantes para el ejercicio de una futura acción).

II. 1.2. Presupuestos:

De acuerdo con el artículo 32.1.1ª LCD, los presupuestos para el ejercicio de esta acción son los siguientes:

– Realidad del acto o comportamiento desleal (ha de ser alegado y probado por el demandante). –cfr, STS de 27 septiembre de 1999–.

El acto desleal ha de existir sin que sea posible la estimación de una demanda respecto de una conducta inminente, pero no ejecutada.

Es suficiente, no obstante, con que la lesión sea objetivamente probable sin que se precise su consumación: la amenaza siempre precede a la efectividad del impacto sobre los intereses protegidos del demandante.

– Interés legítimo del actor:

Los intereses de éste han de ser perjudicados o amenazados por el comportamiento desleal en el momento de interponer la demanda (art. 33.1 LCD).

El interés legítimo puede revestir carácter supraindividual (asociaciones, corporaciones profesionales –art. 33.2 LCD–, instituto nacional de consumo, asociaciones de consumidores y usuarios, entidades homologadas en el espacio intracomunitario –art. 33.3 LCD–).

Una novedad de relieve que presenta la ley 29/2009 es que no se exige expresamente la prueba de la perturbación subsistente creada por el comportamiento concurrencial (la supresión resulta intrascendente porque el actor tiene que probar un perjuicio o amenaza directo en sus intereses económicos).

– La estimación de la pretensión no requiere prueba del dolo ni de la culpa por parte del demandado: el juicio de deslealtad es objetivo al consistir en la determinación del carácter contrario a las reglas de la competencia desleal.

La acción declarativa puede ejercitarse con carácter autónomo. Es factible, no obstante, la acumulación a otras acciones contra la competencia desleal. En tal caso, la sentencia contendrá pronunciamiento separado sobre la tutela declarativa solicitada. Este será un *prius* lógico para la estimación del resto de pretensiones acumuladas.

Se plantea la duda en la doctrina sobre si es posible la articulación de una pretensión de declaración en términos negativos, en decir, la petición al órgano jurisdiccional de que confirme el carácter no ilícito, es decir, correcto, de una determinada actuación con trascendencia en el mercado y finalidad concurrencial. Este tipo de tutela está prevista en la Ley de Patentes (art. 127) y también en el ámbito del derecho de marcas (art. 40 LM). Aunque del tenor del art. 32.1 LCD no se desprende expresamente esta posibilidad, la admiten numerosos autores¹.

II. 2. Acción de cesación (art. 32.1.2ª LCD)

Sigue siendo tras la reforma el remedio central contra los actos de competencia desleal.

Bajo la misma se incluyen:

– La cesación de un comportamiento desleal vigente.

– La prohibición de la reiteración de un ilícito ya consumado, pero de probable repetición.

– La prohibición de actos desleales de inminente ejecución, pero todavía no realizados (SSAP de Barcelona de 26 de enero de 2000 y 27 de mayo de 2005).

La finalidad de esta acción es tanto preventiva como represora.

En relación con los presupuestos para su ejercicio, el principal es el riesgo cierto e inminente de la comisión de un acto de competencia desleal. En los dos últimos casos mencionados, el riesgo cierto e inminente de que el demandado continúe ejecutando un acto de competencia desleal o de que en el futuro vuelva a repetirlo.

Para evitar la prosperabilidad de la acción el demandado habrá de probar la inexistencia de peligro de reiteración (salió del mercado, procedió de buena fe, o cesó en la conducta tan pronto como tuvo conocimiento de la acción o de una reclamación extrajudicial).

La demanda tiene que referirse a un acto de competencia desleal concreto, delimitado con precisión (STS de 21 de junio de 2006). La apreciación de la deslealtad exigirá un examen de las circunstancias específicas².

En el caso de que el acto ya se haya puesto en práctica, la acción de cesación exige que la conducta de competencia desleal persista al tiempo de formularse la demanda y que en ese momento persistan también los efectos competitivos (Sentencia del Juzgado 1ª instancia de Cantabria de 13 febrero de 2004).

Tratándose de actos de competencia desleal ya ejecutados en los que no quepa peligro de reiteración no cabe acción de cesación (SAP Barcelona de 11 marzo 2008). Sería posible, sin embargo, el ejercicio de la acción de resarcimiento o enriquecimiento injusto (SSAP de Orense, de 22 de enero de 1998 y Madrid, de 1 de julio de 2004).

El acto desleal ha de existir sin que sea posible la estimación de una demanda respecto de una conducta inminente, pero no ejecutada

Al igual que en el caso de la acción de declaración de deslealtad no es presupuesto el dolo o negligencia del agente ni la producción de un daño efectivo o la idoneidad para realizarlo.

Toda condena de cesación o prohibición consistirá en un *non facere*, aunque a veces éste solamente no bastará "... siendo precisa una acción tendente a asegurar que se neutralicen los elementos materiales por medio de los que pueden seguir manifestándose los comportamientos desleales" (SAP Alicante de 7 mayo de 2008).

En la medida en que el efecto inhibitorio impuesto por la resolución judicial sólo pueda lograrse mediante una actuación positiva, es posible interpretar que ésta última forma parte de la tutela de cesación o prohibición.³

Las actuaciones accesorias pueden coincidir con la acción de remoción e, incluso, con la tutela rectificatoria (32.1.3ª y 4ª LCD). Ambas son contenido de dos acciones autónomas, pero acumulables (SAP de Alicante de 23 abril de 2007).

En caso de resistencia del demandado al cumplimiento de la obligación de no hacer, o de la prestación adicional de hacer puede promoverse la ejecución

forzosa de la sentencia. Su eficacia podrá haberse garantizado durante la fase declarativa del procedimiento, mediante las medidas cautelares (de especial eficacia resultan las medidas cautelares de carácter anticipatorio previstas en el artículo 727 –inciso séptimo– LEC). El condenado habrá de deshacer lo indebidamente hecho, de no ser posible, y, atendida la naturaleza de la condena de no hacer, el incumplimiento no fuera susceptible de reiteración, procederá el resarcimiento de daños y perjuicios⁴.

La acción de cesación no puede confundirse con la acción de remoción de efectos. Ésta va dirigida no a hacer cesar la conducta desleal ni a impedir su repetición, sino a eliminar los efectos producidos por el acto o conducta desleal, en definitiva, la perturbación originada por dicho acto⁵.

II. 3. Acción de remoción (art 32.1. 3ª LCD)

La nueva redacción presenta novedades intrascendentes (sustitución de la expresión acto por la de conducta).

Su finalidad es la eliminación de los efectos del comportamiento desleal, para restituir el estado de cosas previo a la infracción del orden concurrencial⁶.

Para su ejercicio es precisa la continuidad de esos efectos al tiempo del ejercicio de la acción.

Si los efectos hubiesen dejado de producirse desaparece la *causa petendi*: el perjudicado puede ejercitar la acción de resarcimiento de daños y perjuicios. Es diferente y puede ejercitarse de forma autónoma a la acción de cesación. Podrá ejercitarse aunque la actuación desleal cuyos efectos pretendan removerse, ya haya cesado y no vaya a reiterarse en el futuro (la SAP de Madrid de 1 julio de 2004 insiste en la autonomía respecto de la acción de cesación).

No es requisito para el ejercicio de la acción ni la intencionalidad del infractor (dolo o culpa) ni la efectiva producción de un daño.

En relación con el contenido de la acción interesa destacar que la LCD no recoge un elenco de medidas concretas de remoción que puedan solicitarse.

En consonancia con el principio dispositivo, el demandante no puede limitarse a solicitar la remoción de forma genérica debiendo precisar en el suplico de la demanda:

- Los efectos que deben ser eliminados.
- Las medidas idóneas para la eliminación de los mismos (proporcionalidad).

La tipología de medidas es tan amplia como los supuestos de hecho que pueden dar lugar a esta acción: retirada del mercado o destrucción de los

objetos fabricados con infracción del orden concurrencial –SAP de Alicante de 16 de octubre de 2007–; moldes, programas informáticos, software; rectificación de informaciones, contrapublicidad, etc).

La fijación definitiva de su contenido corresponde al juez con sujeción al principio de congruencia.

II. 4. Acción de rectificación (art. 31.2.4ª LCD)

La regulación del art. 32.1. 4ª LCD tiene un contenido exacto al anterior artículo 18.4 de la misma.

Su finalidad es suprimir o corregir los efectos perjudiciales de actos desleales de difusión de informaciones engañosas, incorrectas o falsas (SAP de Barcelona de 27 mayo de 2005).

La pretensión de rectificación sólo podrá articularse frente a aquellos comportamientos engañosos o denigratorios que, por sí solos, sean infracciones del orden concurrencial.

Presenta similitudes con la acción de remoción, aunque se diferencia de ella por comportar una suerte de satisfacción adicional al reclamante, vinculada al derecho al honor (SAP de Murcia de 31 julio de 2007).

Es compatible con la acción de remoción ejercitada para la eliminación de los daños residuales de las informaciones engañosas o falsas.

Es también compatible con la acción declarativa, de cesación, indemnización de daños y perjuicios y enriquecimiento injusto.

Esta acción es objeto de interpretación restrictiva por parte de la jurisprudencia: estricta proporcionalidad con la gravedad de la conducta infractora.

El alcance de la rectificación ha de limitarse a la reparación de las consecuencias producidas, sin que pueda ocasionar al condenado un daño mayor.

La SAP de Vizcaya de 7 febrero de 2004 desestima la pretensión de rectificación por considerar que en el supuesto concreto no existe daño directo al consumidor, sino una información incorrecta que no ha producido efectos sociales susceptibles de ser corregidos por el (en ese momento) art. 18.4. LCD, cuya aplicación considera desproporcionada.

En consecuencia el éxito de esta acción requiere:

– La cumplida acreditación del carácter incorrecto, engañoso o falso de la información difundida.

– La cumplida acreditación de que dicha información tuvo intensidad suficiente para generar un cambio en la disposición del consumidor (SAP de Salamanca de 20 diciembre de 2006).

– No se precisa la acreditación de la actuación dolosa o negligente del demandado ni la efectiva causación del daño.

II. 5. Acción de resarcimiento de daños y perjuicios (art. 32.1.5ª LCD)

Esta acción no se regula como medio central de tutela frente a conductas concurrenciales desleales pero su aplicación es amplísima. Su finalidad es exclusivamente la reparación de los daños y perjuicios imputables al demandado en razón con el ilícito concurrencial consumado.

Los presupuestos para el ejercicio de esta acción son los siguientes.

El actor habrá de acreditar la lesión patrimonial causada por el acto concurrencial. La lesión ha de ser real, efectiva, actual y evaluable económicamente (SAP de Valladolid de 27 mayo de 2003). Resulta de difícil prueba en el ámbito de la competencia desleal la prueba de la existencia y magnitud de la lesión ocasionada por el acto desleal.

Es precisa también la concurrencia de dolo o culpa del agente. Se discute si el alcance indemnizatorio ha de ser diferente según que el demandado haya actuado con dolo o con culpa. Un sector doctrinal se manifiesta en sentido positivo, entendiendo que será de aplicación lo prevenido en el artículo 1107 del Código Civil⁷. De este modo, concurriendo dolo la reparación ha de ser integral. Existiendo sólo culpa aquella se referirá a los daños que un examen ex ante de la situación hubiera revelado como previsibles. Asimismo, resulta necesaria la existencia de relación de causalidad entre el acto de competencia desleal y el daño y perjuicio sufrido (por no demostrarse ésta, desestima la acción la SAP de Valladolid de 27 mayo de 2003).

La indemnización comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante.

La determinación de los conceptos resarcibles depende del criterio judicial. Algunas hipótesis típicas son las siguientes:

– Minoración en el valor de la imagen, gastos realizados para contrarrestar los efectos del acto desleal, mailings, campañas para diferenciar productos (estos conceptos se engloban en el daño emergente).

– Además de las pérdidas patrimoniales, es resarcible el daño moral (más difícil de cuantificar –prestigio, honor, estima social, salud psíquica o física... –STS de 22 febrero de 2001 y 12 junio de 2007; y AP de Madrid de 20 diciembre del mismo año). Algunas sentencias han considerado resarcible este daño, incluso en el caso de personas jurídicas (SSAP de Madrid de 20 noviembre 2001 y del Juzgado de lo mercantil nº 1 de Madrid 4 de junio

de 2005). No obstante, en este caso más que daños morales son daños patrimoniales a la imagen de las empresas en el mercado o a su fondo de comercio (SAP de Barcelona de 19 de octubre de 2006).

La dificultad de acreditación del daño ha determinado criterios dispares en la jurisprudencia, siendo el denominador común en la última década la sensibilidad ante dichas dificultades, especialmente en los casos de daño moral y lucro cesante.

La ganancia dejada de obtener como consecuencia del acto desleal también es de difícil cuantificación. El tipo de acto desleal de que se trate condicionará los posibles modos de cálculo de la ganancia que se haya dejado de obtener (Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Bilbao de 14 julio de 2006; SAP de La Coruña de 12 marzo de 2009; Granada, 18 septiembre de 2009; y Barcelona de 15 octubre de 2008).

La indemnización de daños y perjuicios puede tener lugar a través de una indemnización pecuniaria o por equivalencia o puede operarse mediante una prestación específica (resarcimiento *in natura*). En la mayoría de los supuestos el actor optará por la indemnización por equivalencia. No se prevé tras la reforma de modo expreso la posibilidad de resarcimiento *in natura* a través de la publicación de la sentencia (anterior 18.5 LCD). Esta consecuencia ha venido a establecerse, junto con la condena a difundir una declaración rectificadora, en el ordinal 2º art. 32 LCD como opción del demandante que ejercita cualquiera de las acciones reguladas en los apartados 1 a 4.

II. 6. Acción de enriquecimiento injusto (art. 32. 1. 6 LCD)

Procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva -propiedad intelectual, patente, marca- u otro análogo de contenido económico -confusión con signos distintivos no registrados; aprovechamiento indebido de reputación o esfuerzo ajeno...- (cfr, art. 32.1. 6ª LCD, idéntico al anterior art. 18).

Sólo podrá ser ejercitada por el titular de la posición jurídica violada.

Los presupuestos son los de toda *conditio sine causa generalis*: enriquecimiento, empobrecimiento, relación de causalidad entre ambos y falta de causa.

El contenido es la condena a la restitución del valor de la ventaja obtenida por el demandado como consecuencia de la intrusión en el derecho de exclusiva u otro análogo. Presenta múltiples dificultades probatorias tanto del enriquecimiento como del empobrecimiento.

No debe confundirse con la de resarcimiento de daños y perjuicios. Dos criterios resultan básicos a estos efectos:

No es preciso que concurra dolo o culpa del infractor (aunque en la práctica sea frecuente).

El alcance de la reintegración es distinto, aunque pueda coincidir parcialmente: en la acción aquiliana se refiere a los daños y perjuicios sufridos en un patrimonio. En la de enriquecimiento injusto se orienta únicamente a restituir el valor de lo indebidamente usurpado. Ambas acciones pueden ser compatibles, resultando su acumulación, incluso, conveniente.

El plazo de prescripción de esta acción es de 1 año desde el momento que pudo ejercitarse la acción y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal (con el límite de tres años desde que finalizó la conducta enjuiciada).

III. La tutela complementaria del ordinal 2º del artículo 32 CLD

La ley 29/2009 introduce en el art. 32 LCD un nuevo párrafo del siguiente tenor literal:

“En las sentencias estimatorias de las acciones previstas en el apartado anterior, números 1 a 4, el tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora”.

La regulación en un apartado autónomo de esta nueva forma de tutela no resulta necesaria. El mismo resultado práctico puede conseguirse mediante las acciones de remoción, rectificación de informaciones engañosas, y resarcimiento de daños y perjuicios, cuya acumulación a las acciones declarativa e inhibitoria no plantea ningún problema. Ahora bien, la nueva regulación presenta una ventaja: el art. 32.2 hace explícito algo que con anterioridad exigía al demandante un esfuerzo de argumentación sobre la idoneidad de la medida como contenido de la tutela solicitada y de adaptación a los presupuestos propios de cada acción.

La publicación de la sentencia tiene por finalidad esencial erradicar los efectos perniciosos del comportamiento ilícito y tiene virtualidad reparadora (supone una especie de compensación in natura). La condena a la publicación total o parcial de la sentencia debe especificar el medio (diario, revista, web...)

fecha o plazo y contenido de la publicación sobre la base de lo que el actor haya especificado en su demanda.

Los presupuestos de ejercicio de esta acción son los siguientes:

– 1. Que se haya ejercitado y estimado alguna de las cuatro acciones del art. 32.1 LCD (se omite la referencia a la acción resarcitoria, a diferencia del régimen anterior).

En el caso de las acciones de remoción y de rectificación el tratamiento separado de la petición de publicación de la sentencia o de difusión de una declaración rectificativa no tiene sentido pues la publicación de la sentencia y/o rectificación es uno de los contenidos típicos de la acción de remoción.

La emisión de una declaración de rectificación de información engañosa o denigratoria es el objeto propio de la acción de rectificación.

– 2. La publicación total o parcial de la sentencia y la condena a emitir una declaración rectificadora han de resultar eficaces y proporcionales para cumplir la función que les es propia: la eliminación del estado de cosas originado por la lesión al orden concurrencial. Por ello, al tiempo de dictarse la resolución han de persistir los efectos perniciosos cuya eliminación se pretende.

La proporcionalidad se determinará atendiendo a las circunstancias concretas y al alcance de la lesión.

En correspondencia de las acciones a las que esta medida complementa no se exige dolo o culpa en el comportamiento del infractor.

– 3. Esta medida sólo puede acordarse si ha existido petición expresa por parte del demandante. De no ser así se vulneraría el derecho de defensa y los principios de audiencia y contradicción y de aportación de parte (SAP de Murcia de 16 abril de 2002).

IV. Legitimación activa y pasiva

IV. 1. Legitimación activa (art. 33 LCD)

Presenta diferencias significativas con la regulación anterior contenida en el art. 19 LCD. Son las siguientes:

– Se hace referencia a la legitimación en supuestos de deslealtad por publicidad ilícita (antes contenidos en la LGP)⁸.

– Se incluye la posibilidad de ejercicio de acciones de resarcimiento de daños y perjuicios por entidades y organismos de defensa de intereses colectivos.

– Se recoge la legitimación de las administraciones públicas y de entidades de otros estados miembros de la Unión Europea para protección de intereses generales.

– Se establece la posibilidad del Ministerio Fiscal de iniciar procedimientos para la represión de la deslealtad concurrencial. Resulta importante a estos efectos poner de relieve que el anterior art. 29 LGP ha quedado sustituido (art. segundo de la ley 29/2009) por el nuevo art. 6 LGP. Su párrafo primero remite con carácter general al capítulo IV LCD (arts. 32 a 36) para las acciones frente a la publicidad ilícita. Como consecuencia de la remisión genérica se aplicarán también las normas de legitimación de la LCD a los mecanismos previstos para combatir los ilícitos publicitarios.

El párrafo 2º del artículo 6 de la LGP consagra un régimen específico cuando las acciones del art. 32. 1. 1ª a 4ª se dirijan a combatir publicidad ilícita por utilizar de modo discriminatorio o vejatorio la imagen de la mujer la legitimación se amplía (Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género; Instituto de la Mujer o su equivalente en el ámbito autonómico; asociaciones legalmente constituidas en defensa de los derechos de la mujer; Ministerio Fiscal).

IV. 1.1. Legitimación individual

Los supuestos de legitimación individual aparecen recogidos tras la reforma en el art. 33. 1. LCD. El precepto resulta un tanto asistemático en cuanto que mezcla supuestos de legitimación individual con otro de legitimación colectiva (el referido a la legitimación para el ejercicio de la acción de enriquecimiento). De acuerdo con el mismo están legitimados:

1. Cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por la conducta desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32.1, 1 a 5.

2. Frente a la publicidad ilícita está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32.1, 1 a 5, cualquier persona física o jurídica que resulte afectada y, en general, quienes tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo.

3. La acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal podrá ejercitarse, igualmente, por los legitimados conforme a lo previsto en el artículo 11.2 de la ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil (asociaciones de consumidores o usuarios; entidades legalmente constituidas para la protección de éstos; grupos de afectados).

4. La acción de enriquecimiento injusto sólo podrá ser ejercitada por el titular de la posición jurídica violada (p.ej. invasión en la titularidad de un derecho de exclusiva o actos de imitación, violación de secretos empresariales...).

IV. 1. 2. Legitimación en defensa de intereses generales

De acuerdo con el apartado segundo del artículo 33 LCD, las acciones contempladas en el artículo 32.1, 1 a 4, podrán ejercitarse además por las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos, cuando resulten afectados los intereses de sus miembros.

Ostentan legitimación activa para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32.1, 1 a 4, en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios:

- El Instituto Nacional de Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios.

- Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en el texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios –arts 22 a 39, especialmente el 24–) o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores y usuarios.

- Las entidades de otros estados miembros de la comunidad europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el diario oficial de las comunidades europeas.

- El ministerio fiscal podrá ejercitar la acción de cesación en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios.

IV. 2. Legitimación pasiva

Las acciones previstas en el artículo 32 podrán ejercitarse contra cualquier persona que haya realizado u ordenado la conducta desleal o haya cooperado a su realización. No obstante, la acción de enriquecimiento injusto sólo podrá dirigirse contra el beneficiario del enriquecimiento.

Si la conducta desleal se hubiera realizado por trabajadores u otros colaboradores en el ejercicio de sus funciones y deberes contractuales, las

acciones previstas en el artículo 32.1, 1 a 4, deberán dirigirse contra el principal. Respecto a las acciones de resarcimiento de daños y de enriquecimiento injusto se estará a lo dispuesto por el Derecho civil.

El texto actual del artículo es prácticamente idéntico al del antiguo art. 20 LCD.

La expresión “cualquier persona” del apartado 1 comprende tanto a personas físicas como jurídicas (incluidos los entes sin personalidad jurídica).

En primer lugar cabe demandar a quien haya ejecutado materialmente la conducta desleal, también a quien haya ordenado, dirigido o preparado el comportamiento desleal.

La administración pública (estatal, autonómica y local) puede ser demandada en un litigio como responsable de un acto de competencia desleal (SAP de Castellón, de 15 mayo de 2004).

El actual apartado 2º del art. 34 amplía la legitimación pasiva del principal (en la redacción anterior éste sólo estaba legitimado pasivamente en relación con las acciones declarativa y de rectificación).

Los trabajadores y colaboradores estarán exonerados de toda responsabilidad cuando su comportamiento se haya circunscrito al ejercicio de sus deberes y/o funciones contractuales (SSAP de Castellón, de 1 septiembre 2004 y Cádiz, de 21 junio 2002).

En relación con las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios y enriquecimiento injusto, el art. 34, *in fine*, remite a las reglas de derecho civil.

En el caso de la acción indemnizatoria deberán ser demandados tanto el principal como los trabajadores y colaboradores, pudiendo ser demandados indistintamente cualquiera de ellos, algunos o todos, y condenados de forma solidaria, sin que sea oponible un litisconsorcio pasivo necesario (generalmente serán supuestos de responsabilidad aquiliana).

Habrà de acreditarse el daño, la culpa y la relación de causalidad.

En el caso de la acción de enriquecimiento, la remisión al D. civil no es afortunada por cuanto es una construcción esencialmente jurisprudencial.

Si la lesión fue causada por la intervención de trabajadores y colaboradores, la legitimación pasiva del principal, sólo será procedente si el ilícito combatido le supuso una ventaja patrimonial injusta.

V. Prescripción

Regula esta cuestión el artículo 35 LCD. En él se establece que las acciones de competencia desleal previstas en el artículo 32 prescriben por el transcurso de un año desde el momento en que pudieron ejercitarse y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal; y, en cualquier caso, por el transcurso de tres años desde el momento de la finalización de la conducta.

El plazo anual del apartado primero queda activado cuando pudieron ejercitarse las acciones legales y, además, el actor tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal.

La pretensión de rectificación sólo podrá articularse frente a aquellos comportamientos engañosos o denigratorios que, por sí solos, sean infracciones del orden concurrencial

Han de darse ambas circunstancias a la vez, no basta la concurrencia de una de ellas.

El momento en que pudieron ejercitarse es aquel en que nacen las circunstancias de hecho que justifican cualquiera de las pretensiones del art. 32 LCD.

El *dies a quo* ha de corresponder con la fecha en que razonablemente se puede conocer la persona responsable del ilícito y el ilícito mismo.

Debería haberse precisado más el momento determinante del comienzo del plazo anual y el tratamiento de las acciones de prohibición.

Para el plazo trienal el punto de partida es el del momento de la finalización de la conducta desleal (criterio novedoso, el anterior art. 21 LCD lo fijaba en el momento de realización del acto).

Recoge así la doctrina jurisprudencial en materia de interrupción de la prescripción en los actos continuados (STS de 21 enero 2010: el plazo no empieza a correr hasta el fin de la conducta ilícita (acuerdo pleno sala de 17 diciembre 2009)).

La interrupción de la prescripción se regirá por las reglas generales del CC (art. 1971). La SAP de Zaragoza otorga también a las diligencias preliminares efecto de interrupción de la prescripción.

La prescripción de las acciones en defensa de intereses generales de consumidores y usuarios se rige por el RDL 1/2007 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, concretamente por lo establecido en el art. 56 –en virtud de la remisión que al mismo hace el artículo 35 LCD–. Este artículo excepciona

ciertas hipótesis de la regla de imprescriptibilidad, mediante una nueva remisión a la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de Contratación -que, por tanto, en materia de competencia desleal operará como segunda remisión-, concretamente a lo dispuesto en el artículo 19. 2 de la misma. De acuerdo con este precepto, si las condiciones se hubieran depositado en el Registro General de Condiciones Generales de Contratación, prescribirán a los cinco años, computados a partir del día en que se hubiera practicado dicho depósito y siempre y cuando dichas condiciones generales hayan sido objeto de utilización colectiva.

Aun cuando resulta positiva la apuesta por la mejora de consumidores y usuarios frente a comportamientos desleales mediante la eliminación de obstáculos temporales, es criticable la escasa calidad técnica del precepto por el sistema de doble remisión confuso y notoriamente defectuoso⁹.

VI. Acciones legales y sistemas de autorregulación

El artículo 38 LCD regula las acciones ejercitables contra los códigos de conducta que recomienden, fomenten o impulsen conductas desleales o ilícitas.

Dichas acciones son las inhibitorias (tanto de cesación como de prohibición) y las de rectificación -art. 32.1. 2º y 4ª LCD-. Han de dirigirse contra los responsables de los códigos de conducta.

Previamente ha de instarse de ellos la cesación o rectificación de la recomendación desleal, así como el compromiso de abstenerse de realizarla.

La solicitud deberá realizarse por cualquier medio que permita tener constancia de su contenido y de la fecha de su recepción.

El responsable del código de conducta deberá remitir el pronunciamiento que proceda en el plazo de 15 días (en ese plazo no podrá ejercitarse la correspondiente acción judicial).

Transcurrido ese plazo sin que se haya notificado al reclamante la decisión o cuando ésta sea insatisfactoria o fuera incumplida, quedará expedita la vía judicial.

El art. 39 LCD se refiere a las acciones previas frente a empresarios y profesionales adheridos a códigos de conducta. De acuerdo con el mismo:

1. Cuando la acción se fundamente en las causas previstas en el artículo 5.2, se instará, con carácter previo al ejercicio de las acciones previstas en el

artículo 32.1, 2 y 4, ante el órgano de control del código de conducta, la cesación o rectificación del acto o la práctica comercial de quienes de forma pública estén adheridos al mismo, así como el compromiso de abstenerse de realizar el acto o la práctica desleal cuando éstos todavía no se hayan producido.

El órgano de control estará obligado a emitir el pronunciamiento que proceda en el plazo de 15 días desde la presentación de la solicitud, plazo durante el cual, quien haya iniciado este procedimiento previo, no podrá ejercitar la correspondiente acción judicial. Transcurrido el plazo previsto en el párrafo anterior, sin que se haya notificado al reclamante la decisión o cuando ésta sea insatisfactoria o fuera incumplida, quedará expedita la vía judicial.

2. En el resto de los supuestos de acciones dirigidas a obtener la cesación o la rectificación de una conducta desleal de quienes públicamente estén adheridos a códigos de conducta que reúnan los requisitos del artículo 37.4 LCD, la acción previa ante el órgano de control prevista en el apartado anterior será potestativa.

Notas

* maria.zurilla@uclm.es. Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación: “Impacto regional de la reciente regulación sobre derecho de consumo: el régimen de arbitraje y mediación de consumo, el texto refundido de la ley general de defensa de consumidores y usuarios y la directiva 29/2005, de prácticas comerciales desleales”.

Entidad financiadora: Consejería de Educación y Ciencia (Junta de Comunidades de Castilla La Mancha).

Duración: 2010; 2011; 2012; y 2013.

Referencia: PPII 10-0199-9522

Investigador principal: Ángel Carrasco Perera.

¹ Vid. Herrera Petrus. C. “Acciones civiles frente a la competencia desleal” en A. Tato, P. Fernández y C. Herrera (Eds), *La reforma de la Ley de Competencia Desleal* (pp. 347-498). Madrid: Ed. La Ley.

² Vid. Illescas, (1995). “El ejercicio de las acciones civiles que propicia la LCD” en AAVV, *Propiedad industrial y competencia desleal*. Madrid: Ed. Consejo General del Poder Judicial. Pg. 207.

³ Vid. Herrera, C, cit. Pg. 362.

⁴ Vid. Herrera, C, cit. Pg. 364.

⁵ Vid. Martínez, F. (2009). *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid: Editorial Tecnos

⁶ Se discute si es posible el ejercicio de la acción de remoción de efectos todavía no producidos. A favor de esta posición se muestra Massager, J (2006). “*El nuevo Derecho contra la competencia desleal*”. Madrid: Editorial Civitas. Pg. 535.

⁷ Vid. Herrera, c, cit. Pg. 385; Yzquierdo, M. (2001). *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Madrid: Editorial Dykinson. Pg. 248 y ss. En contra, Messeguer, cit. Pg. 542.

⁸ El anterior artículo 19 LCD no hacía referencia alguna a los supuestos de deslealtad por publicidad ilícita, que estaba regulada con notables deficiencias en la LGP, lo que era reflejo del problemático tratamiento dual y solapado que recibía la represión de los ilícitos publicitarios. Vid. Plazo, T (2004) “El Derecho de la publicidad: evolución y estado actual”, *Autocontrol* (www.autocontrol.es), nº 89. Pg. 6.

⁹ Vid. Herrera, C, cit. Pgs. 484-485.

Referencias

HERRERA, C (2010). “Acciones civiles frente a la competencia desleal” en Tato, A. /Fernández, P./ Herrera. C. (2010). *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*. Madrid: Editorial La Ley.

ILLESCAS, (1995). “El ejercicio de las acciones civiles que propicia la Ley de Competencia Desleal” en AAVV, *Propiedad industrial y competencia desleal*. Madrid.

MARTÍNEZ, F. (2009). *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid: Editorial Anaya.

MASSAGUER, J. (2006). *El nuevo Derecho contra la competencia desleal*. Madrid: Editorial Civitas.

TATO, A. (2004). “El derecho de la publicidad: evolución y estado actual”, *Autocontrol* (www.autocontrol.es), nº 89, p 6.

TATO, A. /Fernández, P./ Herrera. C. (2010). *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*. Madrid: Editorial La Ley.

YZQUIERDO TOLSADA. M. (2001). *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*. Madrid: Editorial Dykinson.