

**JUAN MIGUEL ECHAIDE IZQUIERDO***Licenciado en Derecho**Diplomado en Estudios Avanzados de Derecho Mercantil***ENUNCIADO**

La sociedad X dirige una carta a los titulares de las viviendas de una Comunidad de Propietarios de una urbanización en la que, por un lado, comunica que lamenta la decisión adoptada por dicha Comunidad de adjudicar una obra ornamental a la sociedad Y dado que ésta no ofrece ni mucho menos su solvencia; y, por otro lado, les requiere para que cesen en la citada adjudicación, salvo que las patentes utilizadas sean distintas, al carecer la contratada de la titularidad de las patentes para llevar a cabo el diseño y construcción de la obra ornamental por ser la mercantil remitente la titular en exclusiva de las mismas. El envío de la mencionada carta y su colocación en el tablón de anuncios de la comunidad, así como en los tabloneros de las urbanizaciones vecinas, originó la paralización de la obra. La sociedad Y demanda a la sociedad X, ejercitando las acciones de los apartados 1, 2, 4 y 5 del artículo 18 de la Ley de Competencia Desleal (LCD).

**CUESTIONES PLANTEADAS:**

1. Señale los cauces normativos con que cuenta la mercantil demandante a fin de proteger su buena fama empresarial, labrada a lo largo del tiempo.
2. ¿Podría apreciarse la concurrencia de un «acto de denigración» en el expositivo del presente supuesto?
3. Analice el sentido, alcance y la trascendencia práctica de las siguientes acciones: acción declarativa, acción de cesación, acción de rectificación y acción de resarcimiento.

**SOLUCIÓN**

1. Es sabido que en nuestro ordenamiento jurídico rige un sistema de economía de mercado (art. 38 CE), esto es, un sistema fundamentado en la libre competencia, como el sistema más eficaz

y eficiente para la asignación de recursos con la finalidad de impulsar el desarrollo económico (Preámbulo II de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal). La economía de mercado implica, en primer lugar, el libre acceso al mercado de quienes quieran operar en él y, en segundo lugar, que éstos estén sujetos a las mismas reglas. La libertad de competencia se convierte, de esta forma, en el contenido esencial de la libertad de empresa –libertad de acceso y libertad de organización–, ya que exige de los agentes económicos que concurren en el mercado la omisión de aquellas conductas que limiten, restrinjan o falseen la estructura competitiva del mercado –la competencia como estado– o lesionen o amenacen el funcionamiento eficiente del mercado –la competencia como proceso–. Por ello, la competencia económica se protege a través de la Ley de la Defensa de la Competencia (LDC) –competencia como estado–, contra las limitaciones a libre competencia, y a través de la LCD –competencia como proceso–, contra los comportamientos desleales que puedan perturbar las funciones del mercado. La protección de la existencia del mercado –LDC– y la protección de la actuación en el mercado –LCD– se necesitan mutuamente, formando un conjunto normativo cuyo objeto es la protección de la competencia económica como principio básico del orden económico, político y social vinculado al principio de libertad de empresa.

La disciplina de la competencia desleal tiene como finalidad el establecer un sistema general de ordenación y control de las conductas desarrolladas en el mercado y relacionadas con el intercambio que se produce en éste de bienes y servicios (Preámbulo III.1 de la LCD). El bien jurídico protegido por la LCD es la competencia económica como principio político-institucional, de ahí que defienda los intereses de todos aquellos agentes económicos cuyas actividades y necesidades dependen del eficiente funcionamiento del mercado (art. 1.º LCD).

La LCD y la Ley General de Publicidad (LGP) constituyen el cuerpo fundamental de nuestro ordenamiento jurídico contra la competencia desleal (STS 7 marzo 1996 –RJ 1996/1882– «Cables eléctricos»). La publicidad se define legalmente como «toda forma de comunicación realizada... con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones» (art. 2.º LGP). De esta forma, la publicidad es una faceta del comportamiento externo de los agentes económicos oferentes, «en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional» (art. 2.º LGP), que manifiesta inequívocamente su sentido en la competencia económica como proceso. Por tanto, la publicidad (art. 2.º de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad) queda comprendida entre las prácticas o actos a los que es aplicable el control de deslealtad competencial, abarcando éste a todos los comportamientos «que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales» (art. 2.º 1 LCD), que no es otro que aquel que «se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero» (art. 2.º 2 LCD). Más aún cuando el art. 9.º de la LCD determina que «se considera desleal la realización o difusión de manifestaciones...».

2. La denigración, como tal, no se dirige a la promoción directa de la propia oferta, sino a la obstaculización de las funciones de los competidores en el mercado, lesionando la competencia entre los distintos concurrentes en el mercado (un ejemplo de denigración más promoción directa lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 20 marzo 1996 –RJ 1996/2246– «Ascensores»). Pero nuestro modelo social de competencia como proceso no considera dignas de tutela especial las

conductas concurrenciales de alcance exclusivamente privado entre agentes económicos concurrentes, a no ser que incidan en el funcionamiento normal del mercado [Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) Madrid 8 marzo 1993 confirmada por STS 24 febrero 1997 –RJ 1997/1195– «Refresco de cola»]. De aquí que los actos de denigración deben ser interpretados de forma restrictiva, es decir, su deslealtad sólo puede predicarse conforme a lo que ha sido expresamente delimitado por el art. 9.º de la LCD (Preámbulo III.2 de la LCD). De esta forma, el artículo 9.º de la LCD considera lícitas las manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero, cuando dichas manifestaciones sean exactas, verdaderas y pertinentes. Cuando lo manifestado es exacto, verdadero y pertinente, aunque con ello se menoscabe el crédito en el mercado de otro agente económico, no se produce lesión al bien jurídico protegido, que no es otro que el buen funcionamiento del mercado como instrumento eficiente de asignación de recursos.

La denigración comprende todos los actos lesivos de la reputación profesional de otro u otros que sean realizados en el mercado y tengan finalidad concurrencial. Así la denigración atenta, en primer lugar, contra el éxito basado en la eficiencia de las propias prestaciones, en segundo lugar, contra la racional toma de decisiones y, por último, contra el mantenimiento de un mercado competitivo y transparente.

El elemento del ilícito de deslealtad en este caso, tanto para la deslealtad de la publicidad denigratoria como para la deslealtad del acto de denigración, es el menoscabo del crédito profesional ajeno en el mercado por manifestaciones inexactas, falsas e impertinentes (STS 30 mayo 1992 –RJ 1992/4832– «Maquinaria agrícola» y STS 20 marzo 1996 –RJ 1996/2246– «Ascensores»). Nuestro moderno ordenamiento jurídico, según lo expuesto, tolera el menoscabo del crédito en el mercado si dicho menoscabo esta cubierto por la *exceptio veritatis* -admitida expresamente como enervatoria de la acción respecto de los actos de competencia desleal denigratoria- y, además, es pertinente. Dicha tolerancia se ampara en el art. 9.º de la LCD y en el art. 6.º a) de la LGP (Preámbulo II de la LCD), ya que de no admitirse la *exceptio veritatis* en el mencionado artículo de la LGP, por un lado, resucitaría la vieja concepción de que la deslealtad protege únicamente los intereses de los competidores y, por otro lado, se produciría una contradicción entre el mencionado artículo y los artículos 6.º c) y 6.º bis de la LGP, al suponer toda comparación un descrédito (SAP Barcelona 3 septiembre 1996 confirmada por STS 4 junio 2002 –RJ 2002/4978– «Amb la salut no s'hi val a jugar»). Con estas fórmulas –art. 9.º LCD y art. 6.º a) LGP– nuestro legislador abarca cualquier lesión de la reputación o desprestigio de otro agente económico, de su actividad, prestaciones o establecimiento a la vista de la reacción efectiva o esperable de los destinatarios –destinatario medio– del acto considerado (STS 24 febrero 1997 –RJ 1997/1195– «Refresco de cola»). El contenido material y la forma de expresión (STS 4 junio 2002 –RJ 2002/4978– «Amb la salut no s'hi val a jugar») de las manifestaciones denigratorias –de carácter informativo como de carácter evocativo– se refieren de forma unidireccional a un tercero –varios terceros– identificado de forma explícita o implícita, siendo en éste último caso identificable por los destinatarios a la vista de las circunstancias que concurren (STS 24 febrero 1997 –RJ 1997/1195– «Refresco de cola», STS 8 mayo 1997 –RJ 1997/3876– «Cloro» y STS 15 octubre 2003 –RJ 2003/6500– «Fuente cibernética»). El carácter unidireccional de la denigración diferencia ésta de la comparación, ya que la comparación confronta –en dos direcciones- circunstancias de hecho o juicios de valor objetivos. No obstante, la comparación como tal no puede ser utilizada para denigrar como lo pone de manifiesto expresamente el art. 10 de la LCD e implícitamente los arts. 6.º c) y 6.º bis de la LGP (STS 20 marzo 1996 –RJ 1996/2246– «Ascensores» y STS 8 mayo 1997 –RJ 1997/3876– «Cloro»).

El acto de denigración comprende cualquier acción de la que resulte la puesta en conocimiento a tercero de las manifestaciones inexactas, falsas e impertinentes –acción relevante– (STS 30 mayo 1992 –RJ 1992/4832– «Maquinaria agrícola», STS 28 febrero 1995 –RJ 1995/686– «Tubos de gas» y STS 15 octubre 2003 –RJ 2003/6500– «Fuente cibernética»), siendo indiferente el conocimiento o desconocimiento, culpable o no, de la inexactitud, falsedad e impertinencia (en sentido contrario la STS 1 abril 2004 –RJ 2004/1964– «Máquina de zumos»: «propagación a sabiendas») –salvo, como se verá, para la procedencia del resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados–, el alcance efectivo de la divulgación realizada y el medio empleado para su divulgación.

La *exceptio veritatis*, sustentada en la exactitud y en la veracidad, evita frenar de forma indiscriminada la circulación de información en el mercado, favoreciendo su transparencia. Por tanto, se evita salvaguardar un crédito obtenido gracias a una asimetría de información, defendiendo intereses más importantes como son: la racionalidad del comportamiento de los consumidores y la funcionalidad fiel del mercado. En consecuencia, el menoscabo del crédito ajeno en el mercado sólo puede cobijarse en la *exceptio veritatis* si lo manifestado se corresponde en lo sustancial y de forma plena con la realidad (SAP Burgos 26 mayo 1992 confirmada por STS 20 marzo 1996 –RJ 1996/2246– «Ascensores» y SAP Barcelona 19 abril 1995 «Artistas suministradores») y, además, es entendido correctamente por los destinatarios (STS 30 mayo 1992 –RJ 1992/4832– «Maquinaria agrícola», STS 4 junio 2002 –RJ 2002/4978– «Amb la salut no s'hi val a jugar», STS 15 octubre 2003 –RJ 2003/6500– «Fuente cibernética» y STS 1 abril 2004 –RJ 2004/1964– «Máquina de zumos»). Pero la exactitud y veracidad de las manifestaciones vertidas no son suficientes para salvaguardarlas del reproche de deslealtad, ya que para ello es necesario que, además, sean pertinentes; es decir, que se refieran a extremos relevantes para la toma de decisiones en el mercado. El art. 9.º de la LCD, a modo de ejemplo y con cierta desconexión con el art. 3.º a) de la LGP, declara la impertinencia de las manifestaciones que tengan por objeto cualquier circunstancia estrictamente personal del afectado. Por ello, las manifestaciones vertidas centradas en cuestiones económicamente relevantes son pertinentes siempre y cuando éstas, además, estén justificadas (SAP La Coruña 18 abril 1995 «Blanco turbio», STS 15 octubre 2003 –RJ 2003/6500– «Fuente cibernética» y SAP Zaragoza 1 diciembre 1997 confirmada por STS 1 abril 2004 –RJ 2004/1964– «Máquina de zumos») y sean proporcionadas (STS 4 junio 2002 –RJ 2002/4978– «Amb la salut no s'hi val a jugar»).

3. Las distintas acciones a ejercitar contra los actos denigratorios se encuentran en el art. 18 de la LCD, como instrumentos jurídicos suficientes a disposición de los interesados para una eficaz persecución del ilícito concurrencial (STS 17 mayo 2004 –RJ 2004/3478– y STS 26 julio 2004 –RJ 2004/6632–).

A) La tutela *declarativa* pretende una decisión judicial que decrete la deslealtad del comportamiento competencial encuadrable conforme a lo declarado en el art. 9.º de la LCD. La acción declarativa tiene rango prioritario y esencial cuando se da un ejercicio acumulado de acciones, ya que la declaración de deslealtad condiciona a las acciones acumuladas. La LGP no contempla expresamente la tutela declarativa de la conducta ilícita, pero la ausencia no supone la prohibición de su ejercicio desde el punto de vista procesal, ya que la coherencia por razón de la materia –la competencia desleal– debe permitir su ejercicio a través de la tramitación de un proceso por el cauce de la LGP (STS 24 febrero 1997

–RJ 1997/1195– «Refresco de cola» y STS 4 junio 2002 –RJ 2002/4978– «Amb la salut no s'hi val a jugar»). Por tanto, la acción declarativa (art. 18.1 LCD) pretende que se declare la deslealtad del acto, si bien su ejercicio está legalmente condicionado a que subsistan los efectos perturbadores en el momento en el que se ejercita la acción.

En el presente caso práctico, lo manifestado por la demandada en la carta no constituye una simple manifestación de su disgusto, ya que, por un lado, atribuye una menor solvencia a la sociedad demandante –ya de por sí bastante para hacer aplicable el art. 9.º LCD– y, por otro lado, le imputa implícitamente –por irrogarse una exclusividad– una actuación incorrecta o de falseamiento, que también es calificable como denigración. Por ello, no habiéndose probado la veracidad de las afirmaciones contenidas en la carta y subsistiendo los efectos producidos por ésta, la primera pretensión procede ser acogida.

- B) La acción de *cesación o de prohibición* (art. 18.2 LCD) pretende, por un lado, evitar que la denigración continúe realizándose y, por otro lado, prohibir su realización cuando aún preparada no se haya puesto en práctica. Por ello y según nuestra doctrina, la acción contiene una sanción que cumple una doble función: represiva-preventiva. El ejercicio conjunto permite que al efecto presente de paralización –cesación– se agregue el efecto futuro de repetición –prohibición–, reforzando la cesación decretada al evitar en el futuro actos similares a los que cesan. Cabe el ejercicio autónomo de la cesación dado que dicho artículo de la LCD utiliza la disyuntiva «o». El ejercicio autónomo de la acción de prohibición comprende tanto los casos de repetición del acto desleal, cuando el acto cesó con anterioridad a la interposición de la demanda, como los casos de aparición *ex novo*. En el mismo sentido, la acción de cesación en la LGP comprende tanto el cese –subsistir la conducta– como la prohibición de su reiteración si existen indicios suficientes que la hagan temer (art. 29.2 LGP). La acción de cesación, como tal, en la LGP está condicionada por la previa solicitud de cesación –sin decir nada en cuanto al peligro de repetición– al anunciante (art. 26.1 LGP), y, cuando dicha solicitud no prospera, se abre el camino del ejercicio de la pretensión; es decir, se trata de un acto previo al proceso.

La acción de cesación en el caso práctico propuesto, no hallándose acreditada la retirada de las cartas, puede acogerse, a fin de que se retiren de los tablones y se abstenga de repetir su envío y colocación.

- C) Con la acción de *rectificación* (art. 18.4 LCD) se trata de atajar o atemperar los efectos residuales derivados de la actuación denigratoria. Por tanto, se trata de que el demandado realice un contra acto en el que exprese y reconozca la inexactitud, falsedad e impertinencia de las manifestaciones vertidas –acto–, tendente a la recuperación del crédito profesional que agredió. La acción de rectificación en la LGP, condicionada también por la previa solicitud (art. 27.1 LGP), se dirige a la denominada publicidad correctora. No obstante y a diferencia de lo establecido en la LCD, el art. 31.d) de la LGP atiende a la gravedad del caso y su contribución a la reparación de los efectos producidos. Quedando dichos presupuestos en manos del juez, así como su contenido, las modalidades y la duración.

La acción de rectificación en el presente caso práctico podrá ser acogida, debiendo consistir en el envío de una nueva carta en la que se exprese la falsedad de lo manifestado y

su colocación, durante el mismo tiempo, en los mismos lugares donde lo estuvo la carta denigratoria.

- D) La norma, aunque no lo diga, impone dos requisitos para el ejercicio de la acción de *resarcimiento* (art. 18.5 LCD), por un lado, el elemento subjetivo de la intencionalidad y, por otro lado, la relación de causalidad eficiente entre el acto desleal y el resultado económico que ocasiona (STS 30 mayo 1992 –RJ 1992/4832– «Máquina agrícola» y STS 28 febrero 1995 –RJ 1995/686– «Tubos de gas»). Conforme a la doctrina civilista y jurisprudencial, los daños y perjuicios han de comprender tanto el daño emergente como el lucro cesante y deben ser probados a efectos de obtener una sentencia estimatoria, aunque con la posibilidad de que la liquidación se determine en la ejecución de la sentencia. La finalidad de la publicación de la sentencia, incluida en el resarcimiento, es la de rehabilitar la fama comercial y prestigio del perjudicado, siendo el juez el que debe decretar la forma y particularidades de llevarla a cabo. Siguiendo los criterios hermenéuticos del art. 3.º 1 del Código Civil, salvo el de la interpretación según el sentido propio de sus palabras, puede dotarse de autonomía a la acción de publicación de la sentencia. La publicación de la sentencia [art. 31.c) LGP] es entendida como un mecanismo de rectificación y, por tanto, independiente de la acción de resarcimiento, ya que la LGP no hace mención expresa de la acción de resarcimiento, pero no la excluye (art. 32 LGP) (STS 24 febrero 1997 –RJ 1997/1195– «Refresco de cola» y STS 4 junio 2002 –RJ 2002/4978– «Amb la salut no s'hi val a jugar»).

Se ejercita, en el caso práctico propuesto, una acción de resarcimiento de los perjuicios ocasionados, mediante la petición indemnizatoria por daños patrimoniales y a través de la publicación de la sentencia en uno de los diarios de información económica de mayor tirada en el ámbito de la comunidad autónoma y en uno de los diarios de información general de mayor tirada en dicho ámbito. La acción de resarcimiento podrá ser acogida, debido a que, en primer lugar, la actuación de la demandada cabe considerarla culpable, ya que, al menos actuó negligentemente al no comprobar previamente que la actora estaba legitimada jurídicamente para utilizar las patentes que utiliza; en segundo lugar, existe una paralización de la obra que conlleva unos gastos coincidentes con la petición y, en último lugar, la existencia del nexo causal entre aquella conducta denigratoria -causa- y este daño -efectivo-.

#### SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Constitución Española, art. 38.
- Código Civil, art. 3.º 1.
- Ley 3/1991 (Competencia Desleal), arts. 1.º, 2.º, 9.º, 10 y 18.
- Ley 34/1988 (Publicidad), arts. 2.º, 3.º a), 6.º, 26.1, 27.1, 29.2, 31.c) y d) y 32.
- SSTS de 30 de mayo de 1992, 28 de febrero de 1995, 7 y 20 de marzo de 1996, 24 de febrero y 8 de mayo de 1997, 4 de junio de 2002, 15 de octubre de 2003, 1 de abril, 17 de mayo y 26 de julio de 2004.