

**B. DERECHO
MERCANTIL**

**COMPETENCIA DESLEAL: ACCIONES DEL
ARTÍCULO 18**

**Núm.
100/2004**

M.^a del Mar CABREJAS GUIJARRO
Magistrada

• **ENUNCIADO:**

Una empresa de ingeniería, A, contrata los servicios de un ingeniero que ha estado trabajando como director de proyectos en otra empresa del mismo objeto, B; para promocionarse, publica en internet una página web en la que hace referencia a diversos trabajos adjudicados a la empresa B, dirigidos por el trabajador ahora contratado, sin especificar tal extremo. La empresa B demanda a la empresa A, ejercitando varias acciones contenidas en el artículo 18 de la Ley de Competencia Desleal, entre otras interesando se declare que tal publicación es un acto de competencia desleal al inducir a confusión a futuros clientes al darse a entender que los trabajos y proyectos citados fueron adjudicados a la empresa que los publica, no que en los mismos trabajó el empleado que dirige ahora los nuevos proyectos.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

Competencia desleal:

- Acción declarativa.
- Acción de cesación.
- Acción de rectificación.
- Acción de resarcimiento.

• **SOLUCIÓN:**

Inicia la empresa B un procedimiento judicial a través del cual ejercita diversas acciones amparadas en el artículo 18 de la Ley de Competencia Desleal de 1991, cuales son, una acción declarativa de deslealtad, una acción de cesación del acto de deslealtad, una acción de rectificación y otra de resarcimiento de daños y perjuicios.

En este punto cabe recordar que como manifiesta la doctrina, la competencia es un fenómeno que se produce cuando coinciden en el ámbito mercantil pretensiones idénticas que tratan de obtener éxito, de forma que cada empresario pretende captar para su negocio un comprador, pero no sólo para que este comprador efectúe una compra concreta, sino que además pretende conservarlo pensando en futuras compras que aquél pueda realizar, de forma que, tal y como se ha venido reiterando por diferentes autores, la actividad concurrencial se manifiesta como un esfuerzo para conseguir ventas actuales y futuras, siendo por ello por lo que los actos de publicidad y propaganda de los servicios o productos que presta o vende cada empresa consisten estrictamente en hacer competencia

a otras empresas, encontrando la actividad empresarial su referencia última en la clientela, cuyo nivel e importancia vienen dados por el juicio público que merece una empresa a la sociedad, por la seriedad de la misma, cumplimiento de sus compromisos, acierto en su organización, calidad de sus productos..., circunstancias todas ellas que sí dependen de la empresa y que afectan a su fama, prestigio y crédito. En esta línea, nuestra Constitución protege y defiende el principio de la libertad de empresa y competencia, y el funcionamiento concurrencial del mercado.

No obstante ello, no toda competencia está permitida, sino que existen una serie de actuaciones concurrenciales que deben ser calificadas como desleales, por la utilización de determinados medios que no son permitidos.

En general, en el ámbito de la libre competencia, la obtención de un cliente por parte de una empresa implica la pérdida de este mismo cliente para otra que, por ello, genéricamente interpretado, sufre un perjuicio. Esta concurrencia y competencia, cuyo beneficiario último es el consumidor está permitida siempre que se realice con medios honestos y honrados, sancionándose la competencia como consecuencia de abusos, denominándose competencia desleal a la captación de clientes realizada mediante maniobras o maquinaciones, o a través de formas y medios que la conciencia social reprueba como contrarios a la moral comercial, cobrando una especial importancia para llegar a calificar lo que es «desleal» las concepciones sociales vigentes en cada momento, el uso y la costumbre, sin perjuicio de que tenga además este concepto un contenido universal significado por la conducta fraudulenta y equívoca que implica un engaño.

La Ley de competencia desleal tiene por finalidad, según dice su artículo 1.º, en la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal, siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales (art. 2.º). El artículo 5.º declara como cláusula general, que se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.

De esta forma, actuar lealmente es actuar con buena fe en el tráfico mercantil, estableciéndose en el artículo 2.º de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, cuya finalidad precisamente es la de defensa de la competencia, que se presumen desleales los comportamientos que previstos en la Ley se realizan con fines concurrentes en el mercado, presumiéndose la finalidad concurrencial cuando estos actos se revelan idóneos objetivamente para promover o asegurar la difusión en el mercado de productos propios o de un tercero, enumerando la Ley en los artículos 6.º a 17 una serie de actos de competencia, que según las circunstancias concurrentes, deben ser considerados como desleales.

Efectivamente, el artículo 6.º de la Ley 3/1991, de 10 de enero, refiere como actos de competencia desleal los actos de confusión con los que se pretende que el público en general confunda la empresa del imitador con otra u otras que gozan de un prestigio o una notoriedad de la que el competidor desleal quiere apropiarse, siendo especialmente importante lo establecido en el párrafo segundo del artículo 6.º a que nos referimos, en el que expresamente se establece que:

«El riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de la procedencia de la prestación es suficiente para fundamentar la deslealtad de una práctica.»

En estos casos se trata de utilizar el prestigio, notoriedad y fama de otras empresas para conseguir captar una clientela, en lugar de basarse y servirse para ello, es decir para la finalidad última de captar clientes, en su propia actividad y esfuerzo, siendo este aprovechamiento del esfuerzo ajeno, a través de la confusión creada, lo que ha de ser calificado como de competencia desleal.

Entrando a valorar la procedencia de la primera acción ejercitada, la declarativa, nos encontramos con que el artículo 18 establece que para que la misma prospere, será requisito que la perturbación creada por el acto calificado de desleal subsista en el momento del ejercicio de la acción.

En el presente caso práctico, la parte actora en el procedimiento declarativo interesa se declare como desleal el contenido de la página web de la demandada, en lo que a la división de Ingeniería del Agua y Medio Ambiente, al haber incluido como referencias propias, siete proyectos ejecutados por la actora; no obstante ello, tal página fue cambiada en la forma ahora interesada por la misma actora con anterioridad a la interposición de la demanda, circunstancia que desconocía dicha actora, razón que la demandada alega como causa de desestimación de la acción declarativa, por entender que la perturbación ya no estaba subsistente.

Los antecedentes de la gestación del precepto dejan clara la voluntad expresa del legislador de otorgar plenitud de contenido al inciso «si la perturbación creada por el mismo subsiste». En efecto, la Ley 3/1991 comprende, en su artículo 18, un amplio catálogo de acciones que pueden ser ejercitadas contra el autor de un acto de competencia desleal. La primera de ellas, regulada en el artículo 18.1 pretende que se declare la deslealtad del acto en cuestión, si bien su ejercicio está legalmente condicionado a que persista, en el momento en que se ejercite la acción, la perturbación creada por el acto de competencia desleal. Consecuentemente, sólo cabe el válido ejercicio de esta acción cuando, al ejercitarse, continúen los efectos perturbadores provocados por el acto desleal. Ésta ha sido, además, la voluntad expresa del legislador, tal como así se desprende del hecho de que fuera rechazada la enmienda número veinte presentada al proyecto de ley de competencia desleal, que pretendía suprimir la frase «si la perturbación creada por el mismo subsiste». Dicha enmienda fue rechazada bajo el argumento de que «bajo un punto de vista de análisis elemental, podemos afirmar que toda acción declarativa necesariamente tiene sentido si tiende a reponer a su estado primitivo una relación jurídica determinada. En relación con esta afirmación hay una conocida y marcada jurisprudencia del Tribunal Supremo, en el sentido de entender que los Tribunales funcionarían como órganos simplemente consultivos si sus decisiones careciesen de trascendencia jurídica. Entendemos que esa supresión desvirtuaría el precepto y, en consecuencia, manifestamos nuestra oposición».

Así en este caso, existe un acta notarial de constatación del contenido de la página web de fecha tres de febrero de dos mil tres, habiéndose presentado la demanda el siguiente doce de marzo, siendo pacífico que en el momento de la demanda las referencias denunciadas por la actora habían sido suprimidas de la referida página.

Como se desprende de la página en su configuración inicial, se hace referencia a una serie de proyectos en recursos y obras hidráulicas, sin aclarar en modo alguno que en tales trabajos había intervenido el empleado que se presenta como responsable de ingeniería del agua y medio ambiente, don R de D.D., más en la época en que trabajaba para la empresa actora, en tanto obras adjudicadas a la misma. De ello claramente podía inducirse a posibles nuevos clientes a la confusión sobre el adjudicatario de tales trabajos, sin perjuicio de poder promocionar que el responsable de tales obras ahora trabajaba con la entidad demandada, circunstancia esta que entra dentro del ámbito de la concurrencia tolerable y la competencia lícita, mas que no en la forma inicialmente publicitada; efectivamente, como es claro y evidente, dando a entender o induciendo a la confusión sobre la empresa adjudicataria de las obras referidas, no sólo se indica quién ha trabajado en ellas, postura que defiende la demandada como su real intención, sino que emite una, de nuevo confusa información, sobre las circunstancias de la empresa en su conjunto que supuestamente le ha hecho acreedora de ser seleccionada para la realización de tales trabajos con lo que tal información supone a los clientes de la esfera especializada a la que va dirigida la información de la página.

De lo expuesto ha de deducirse que la inclusión de la inexacta información de la forma expuesta ha de calificarse como una actuación contraria a la buena fe, que contiene mensajes claramente inexactos con trascendencia concurrente, aprovechándose del prestigio que la realización de tales trabajos supone para la empresa actora, sin perjuicio de que el ingeniero que trabajó en tales pro-

yectos haya cambiado de empresa y se encuentre ahora de la demandada, circunstancia esta perfectamente publicitable de manera clara y directa.

Es por ello que, no obstante haberse modificado muy poco tiempo antes de interponerse la demanda el contenido de la página, los efectos que haya podido tener necesariamente habrían de subsistir a los efectos de lo establecido en el artículo 18.1, y ello además al no haberse aclarado en tal página las razones de la omisión de la inicial información facilitada, por lo que la primera pretensión procede ser acogida.

En cuanto a la acción de cesación, hallándose acreditada suficientemente la retirada de la página web de la información engañosa, no puede acogerse, en tanto tal retirada se produjo con anterioridad a la interposición de la demanda.

Por lo que a la acción de rectificación del contenido de la página podrá ser acogida, debiendo constituir en la publicación en la misma página web de la entidad demandada, durante al menos seis meses, tiempo en que estuvo publicada la información declarada concurrencial, por ser el destino natural del ámbito de mercado a que iba dirigido.

Se ejercita a su vez una acción de resarcimiento de los perjuicios ocasionados, a través de la publicación de la sentencia en uno de los diarios de información económica de mayor tirada en el ámbito nacional y en uno de los diarios de información general de mayor tirada en el ámbito nacional.

Respecto a la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el acto, al haber intervenido dolo o culpa del agente (quinta del art. 18), deben hacerse varias precisiones. Además de un daño concurrencial, entendiéndose por tal cualquier alteración ilícita de la actividad competitiva, la prosperabilidad de la acción de resarcimiento exige un menoscabo patrimonial sufrido por el demandante y que comprende tanto el desembolso efectivo como la ganancia frustrada o que haya dejado de obtener. Todo acto de competencia desleal origina un daño concurrencial pero no todo acto de competencia desleal acarrea un menoscabo patrimonial para el demandante. Para estimarse la acción de resarcimiento es imprescindible que de un modo estricto el perjuicio (daño emergente o lucro cesante) sea real, efectivo, actual y evaluable económicamente. Por lo demás del artículo 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se desprende que la especificación del concreto, preciso y real daño ocasionado así como la acreditación de su existencia tiene que hacerse imperiosamente en la sentencia y sin que quepa deferirlo para su fase de ejecución, para la cual lo único que puede deferirse es la cuantificación, es decir la fijación del importe exacto al que debe ascender la indemnización para reparar el daño (SSTS, Sala Primera, de 31 de junio de 1893, 31 de diciembre de 1932, 13 de noviembre de 1985 y 21 de abril de 1992).

Efectivamente, la jurisprudencia exige, para que proceda pronunciar condena a indemnizar daños y perjuicios, la prueba de la realidad de los mismos, bien que con la posibilidad de que la liquidación se deje para ejecución de sentencia -SSTS de 10 de febrero y 10 y 28 de junio de 1975, 30 de marzo de 1977, 29 de diciembre de 1978, 16 de noviembre de 1981, 31 de mayo de 1982, 29 de noviembre de 1985, 3 de julio y 6 de octubre de 1986, 29 de noviembre de 1991, 17 de febrero de 1992, 25 de mayo de 1993...-. Así para que pueda prosperar una acción de reclamación por estos conceptos es necesario que se acredite un menoscabo patrimonial por la entidad actora que debe ser real, efectivo y evaluable económicamente, y además de directa relación con el acto competencial que como tal ha sido declarado desleal; mas, la simple comisión de la violación no implica necesariamente la existencia de daño, sino que el mismo debe concretarse y probarse, tal y como se ha venido exigiendo por la jurisprudencia (SSTS de 8 de mayo y 5 de junio de 1997, entre otras) y esta Sala ha sostenido con anterioridad (Ss. de 15 de marzo y 6 de octubre de 1993 y 14 de septiembre de 1998, entre otras). Es evidente que para el éxito de la referida acción de resarcimiento el precepto citado contempla los requisitos que deben concurrir, coincidentes de todo punto con los que en constante y reiterada doctrina jurisprudencial dan vida a la responsabilidad civil aquiliana -art. 1.902 del CC-, esto es, la con-

ducta activa u omisiva culposa, la realidad de unos daños y perjuicios, y la relación causal directa entre aquélla y éstos.

La acción para lograr la publicación de la sentencia se configura, en el artículo 18 (acción quinta *in fine*), como un mero apéndice de la acción de resarcimiento, lo que ha sido objeto de numerosas críticas por parte de la doctrina. Pues se entiende que debió recogerse como una acción independiente (pero las enmiendas al Proyecto de Ley núms. 116 del Congreso y 26 del Senado, que así lo proponían, fueron rechazadas), a semejanza del sistema jurídico alemán (parágrafo 23, núm. 1, UWG, según la interpretación jurisprudencial mantenida después de la reforma del año 1965), en lugar de haberse inclinado por el italiano (art. 2.600 del CC italiano) del que ya se conocían (o debían de conocerse) las duras críticas que, contra el mismo, se vertían por la doctrina de este país. Pero es que además se rompe, innecesariamente, el sistema establecido por las Leyes de Patentes [art. 63 f)], de Marcas [art. 36 d)] y de Publicidad [art. 31 d)], respecto a la publicación de la sentencia como medida independiente. Y, de considerarse necesario el vincularla a otra de las acciones, se encontraría conceptualmente unida a las de cesación o remoción y no a la de resarcimiento.

Tal y como se encuentra configurada en nuestra legislación positiva, el rechazo de la acción de resarcimiento conllevaría la desestimación de la publicación de la sentencia como mero corolario de esa acción. Pero, a través de una interpretación que no se atenga estrictamente a los términos literales empleados en la redacción del precepto (dando relevancia al resto de los criterios hermenéuticos recogidos en el núm. 1 del art. 3.º del CC), puede dotarse a la acción de publicación de la sentencia de cierta autonomía respecto a la de resarcimiento. Pero, aun en este caso, no debe olvidarse que la publicación de la sentencia no es una sanción -por más que resulte onerosa para la parte condenada-, no se trata de un castigo a imponer al que comete un acto de competencia desleal, sino que es una medida que sólo deberá ser adoptada cuando, después de ponderar todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto, aparezca como necesaria, atendiendo a los intereses y a los efectos derivados del acto desleal; tal publicación dependerá por tanto de la acreditación de los reales y efectivos perjuicios que se le hayan causado a la empresa que ejercita la acción, siendo una cuestión de valoración de prueba por el órgano judicial de instancia.

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **Código Civil, art. 3.º 1.**
- **Ley 3/1991 (Competencia Desleal), arts. 5.º a 18.**
- **Ley 17/2001 (Marcas), art. 36 d).**
- **Ley 11/1986 (Patentes), art. 63 f).**
- **Ley 34/1988 (Publicidad), art. 31 d).**
- **SSTS, Sala Primera, de 10 de febrero y 10 y 28 de junio de 1975, 30 de marzo de 1977, 29 de diciembre de 1978, 16 de noviembre de 1981, 31 de mayo de 1982, 13 y 29 de noviembre de 1985, 3 de julio y 6 de octubre de 1986, 29 de noviembre de 1991, 17 de febrero y 21 de abril de 1992, 15 de marzo, 25 de mayo y 6 de octubre de 1993, 8 de mayo y 5 de junio de 1997 y 14 de septiembre de 1998.**