



Fecha de recepción: 01/11/2016 - Fecha de aceptación: 07/11/2016

LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LA PUBLICIDAD DE LA MARCA

Nuria Martínez Sánchez

Doctoranda del Programa de Doctorado en Ciencias Económicas,

Empresariales y Jurídicas.

Universidad de Almería

RESUMEN

En el contexto económico y empresarial en el que intervienen empresarios en régimen de competencia dotados de signos distintivos que representan sus productos y valores, que publicitan para captar a potenciales consumidores y fidelizar a los que ya lo son, es preciso fijar un marco jurídico abundante y eficaz que evite y, en su caso, sancione las conductas desleales e ilícitas. Para ello, la legislación acoge un amplio abanico de acciones para ejercitar ante los Tribunales de Justicia, pero también existen mecanismos competentes de resolución extrajudicial de conflictos cada vez más utilizados.

PALABRAS CLAVE

publicidad ilícita, marca, engaño, consumidores, protección.

ABSTRACT

In the business context in which competition entrepreneurs equipped with distinctive signs that represent their products and values, that advertised to attract potential consumers and retain those who are already involved, is necessary to secure a generous and effective legal framework to prevent and, where appropriate, punish unfair and illicit behavior. To do this, law hosts a wide range of actions to exercise before the



courts, but there are also mechanisms of dispute resolution, competent and increasingly used.

KEYWORDS

illegal advertising, brand, fraud, consumers, protection.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. MARCO JURÍDICO DE PROTECCIÓN CONTRA LA PUBLICIDAD ILÍCITA. III. ACCIONES CONTRA LA PUBLICIDAD ILÍCITA. III.1. Acción declarativa de deslealtad. III.2. Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición. III.3. Acción de remoción de efectos. III.4. Acción de rectificación. III.5. Acción de resarcimiento de daños y perjuicios. III.6. Acción de enriquecimiento injusto. IV. TUTELA COMPLEMENTARIA: LA PUBLICACIÓN DE LA SENTENCIA. V. ACCIONES EN RELACIÓN A LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA. VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En el contexto en que nos encontramos, la utilización de la publicidad de una marca con el objeto de atentar contra un colectivo, denigrar a personas, engañar o confundir a los consumidores, etc., es decir, emplear la publicidad como arma para “hacer daño”, bien a consumidores como a empresarios competidores, como al propio mercado... acarrea una serie de consecuencias jurídicas. Porque, como decíamos anteriormente, no todo vale en este campo. Se deben tener en cuenta los límites y requisitos de cada tipo de publicidad para no sobrepasar la línea del derecho a la libertad de expresión y adentrarse en el terreno de la publicidad ilícita.

Cierto es que no toda publicidad ilícita llega a los Tribunales de Justicia, pues existe un mecanismo administrativo, el cual mencionábamos previamente, que consta de unos órganos de resolución de conflictos en el sector publicitario. Este organismo de autorregulación publicitaria es Autocontrol.



Autocontrol es un medio acreditado desde el año 2000, cumpliendo para ello con los requisitos exigidos en la Ley de Competencia Desleal para los sistemas de autorregulación, para pertenecer a la red europea de órganos de resolución extrajudicial de litigios con los consumidores y gestionada, en la actualidad, por la Dirección General de Justicia y Consumidores de la Comisión Europea¹.

Pero no solamente los consumidores, también puede acudir a él cualquier empresario del campo publicitario para intentar solventar sus diferencias con otro competidor o por ver conculcados sus derechos en este terreno.

Este mecanismo ha experimentado un gran crecimiento en los últimos años, con gran cantidad de casos tramitados; lo que demuestra un nivel de confianza cada día mayor en este sistema de autorregulación publicitaria.

La apuesta por esta vía de resolución extrajudicial de conflictos no obsta en ningún momento a la posibilidad de acudir a los Tribunales de Justicia para solventar el litigio existente. Y en esta vía judicial es en la que vamos a centrar este apartado, destacando las distintas acciones con las que cuentan los legitimados en caso de ver vulnerados sus derechos como consecuencia de la publicidad ilícita.

¹ Vid. página *web* de Autocontrol, disponible en <http://www.autocontrol.es/>.



II. MARCO JURÍDICO DE PROTECCIÓN CONTRA LA PUBLICIDAD ILÍCITA

La regulación de la publicidad ilícita en España tiene su origen en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad², la cual, en su Título IV, bajo la rúbrica “De la acción de cesación y rectificación y de los procedimientos”, artículos 25 a 33, recogía la normativa procesal de carácter especial que regía esta materia.

La inmediatez que se precisa en este campo podría ser causa de este procedimiento especial para intentar solventar el daño antes de acudir a la vía judicial, cuyo proceso ordinario se dilataba mucho más en el tiempo.

Posteriormente, nuestro eje central en la ordenación de la protección contra la publicidad ilícita sufrió varias reformas de gran importancia: la primera es la operada por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil³, por la que se reduce el procedimiento especial contenido en la LGP. En segundo lugar, encontramos la modificación procedente de la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios⁴. Tras ésta tuvieron lugar la modificación de la LGP por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género⁵ y la de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por

² Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, “BOE” núm. 274, de 15 de noviembre de 1988 (BOE-A-1988-26156).

³ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, “BOE” núm. 7, de 8 de enero de 2000 (BOE-A-2000-323). Su disposición derogatoria única, en su apartado segundo, punto 12º, deroga los artículos 20, 30 y 33 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

⁴ Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios. “BOE” núm. 259, de 29 de octubre, de 2002. BOE-A-2002-20855, que modifica los artículos 25 y 26 y añade el art. 29 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. (BOE-A-2000-323).

⁵ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. (BOE-A-2004-21760), que modifica el artículo 25 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.



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 usuarios⁶.

Tras esta última reforma operada por la Ley 29/2009, el Título IV de la LGP fue derogado y con él el régimen procesal especial en materia de publicidad ilícita, traducido en la acción de cesación y rectificación que contenía el citado cuerpo jurídico.

Esta Ley incorpora al ordenamiento interno 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 interior⁷ (“Directiva sobre las prácticas comerciales desleales”) con el objetivo, en palabras del profesor RUÍZ MORENO⁸, de “evitar un fraccionamiento del régimen de represión de la competencia desleal que de esta manera asegure tanto la aproximación del ordenamiento jurídico como el principio de seguridad jurídica”. Por tanto, podemos decir que la finalidad de esta norma es crear un marco jurídico que ampliara y unificara la protección de los consumidores dentro del mercado, dotando de una mayor eficacia y seguridad a su regulación regida por la normativa de competencia desleal. Así viene a exponerlo en su Preámbulo⁹ al decir que nace “el propósito de que la legislación protectora de los consumidores se integre de manera coherente dentro de la regulación del mercado, constituida aquí por la Ley de Competencia Desleal, como forma de asegurar que aquella tutela sea la más efectiva y que la normativa del mercado no quede desintegrada”.

⁶ 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. “BOE” núm. 315, de 31 de diciembre de 2009 (BOE-A-2009-21162), que deroga el Título IV de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

⁷ 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, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo. “DOUE” núm. 149, de 11 de junio de 2005 (DOUE-L-2005-81047).

⁸ RUÍZ MORENO, J. M. (2014). *La protección jurisdiccional civil frente a la publicidad ilícita*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 17.

⁹ Preámbulo, apartado segundo, de la Ley 29/2009.



Para incorporar el contenido de la Directiva citada anteriormente, la Ley 29/2009 tuvo que modificar cuatro textos legales: la Ley General de Publicidad, la Ley de Competencia desleal, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios¹⁰ y la Ley de Ordenación del Comercio Minorista¹¹.

El legislador en este caso no se ha limitado a trasponer la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales, sino que, además, ha aprovechado el momento para aunar la normativa sobre competencia desleal y represión contra la publicidad ilícita, dispersa en diferentes cuerpos normativos, en concreto, en la Ley General de Publicidad (LGP a partir de ahora) y en la Ley de Competencia Desleal (LCP)¹².

Anteriormente a esta reforma, los comportamientos tipificados en la actual legislación como desleales se regulaban en diferentes cuerpos normativos; de tal forma que la LGP recogía la publicidad ilícita, las acciones de cesación y rectificación y su procedimiento contra aquélla, mientras que la LCD albergaba el resto de prácticas desleales y su represión. Por tanto, esos comportamientos hoy calificados de desleales eran simultáneamente regulados en ambos textos legislativos. Esta situación provocaba un clima de inseguridad jurídica para el perjudicado, el cual, “dependiendo del criterio interpretativo del Tribunal encargado de resolver, en ocasiones, se veía compelido a acudir a las acciones y al procedimiento dispuesto en la LPG, o, en otros casos, al partirse de una postura jurisprudencial más flexible, se le permitía la aplicación alternativa de las acciones recogidas en ambos textos, e, inclusive, su ejercicio conjunto”¹³. De tal forma que, dependiendo de la interpretación del Tribunal competente, se aplicaba la LGP, de carácter especial, o la LCD, que aborda la materia con un criterio más general. Incluso, en ciertos casos, era posible la aplicación de forma alternativa o el ejercicio conjunto de las acciones de ambas legislaciones competentes en la materia.

¹⁰ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. “BOE” núm. 287, de 30/11/2007 (BOE-A-2007-20555)

¹¹ Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. “BOE” núm. 15, de 17/01/1996 (BOE-A-1996-1072).

¹² Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. “BOE” núm. 10, de 11 de enero de 1991 (BOE-A-1991-628).

¹³ RUÍZ MORENO, J. M. (2014). *La protección jurisdiccional...* op. cit., p. 19.



En síntesis, para paliar esta situación de inestabilidad jurídica se crea a través de la Ley 29/2009 un marco jurídico más eficaz que la dispersión normativa existente hasta la promulgación de la citada norma que abriga la regulación completa en materia de competencia desleal. La publicidad ilícita recogida en la LGP pasa a ser competencia de la LCD, haciéndose numerosas modificaciones respecto al contenido anterior. Entre las citadas modificaciones encontramos la derogación del Título IV de la LGP que, bajo la rúbrica “De la acción de cesación y rectificación y de los procedimientos”, abarcaba la respuesta represiva del ordenamiento jurídico ante comportamientos calificados como publicidad ilícita bajo el criterio de especialidad que rige esta rama. Así pues, el artículo 6.1 de la Ley General de Publicidad que hace referencia a las acciones frente a la publicidad ilícita remite al Capítulo IV de la Ley de Competencia Desleal, que regula las acciones derivadas de la competencia desleal. Dice textualmente el precepto: “las acciones frente a la publicidad ilícita serán las establecidas con carácter general para las acciones derivadas de la competencia desleal por el capítulo IV de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal”. De esta forma el legislador equipara la publicidad ilícita a comportamientos de competencia desleal, de ahí su remisión. Ello se comprueba de forma directa en el artículo 18 de la LCD, que dispersa cualquier duda al considerar toda publicidad designada ilícita por la LGP como desleal, “la publicidad considerada ilícita por la Ley General de Publicidad, ser reputará desleal”.

Con este cambio legislativo se termina con una situación de inseguridad jurídica, pues no quedaban claros los límites entre la regulación por parte de la LCD y los de la LGP. Incluso la jurisprudencia ha tratado este tema en sus pronunciamientos, intentado sentar las bases entre una y otra. Como ejemplo, citamos la Sentencia núm. 535/2001, de 5 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Madrid¹⁴, la cual en su fundamento jurídico tercero expresa:

Al ejercitarse en el presente procedimiento acciones declarativas de ilicitud de publicidad televisiva en base a la LGP, conjuntamente con acciones declarativas de deslealtad del acto publicitario, y por tanto infracción de la LCD en base a dicha disposición, es preciso deslindar y establecer la adecuada relación entre un ilícito publicitario y un ilícito desleal. Falta efectivamente una armonización entre ambas

¹⁴ SAP 535/2001 (Sección 11ª) de Madrid, de 5 de diciembre (AC/2002/944).



disposiciones que pudo haberse efectuado al dictarse la segunda, pero se desaprovechó esta oportunidad y hoy coexisten dos procedimientos muy similares sobre los mismos supuestos. La mayoría de la doctrina entiende que la LCD es la ley general y la LGP es ley especial...

De ello se infiere que si el acto de competencia desleal consiste en un ilícito publicitario será de aplicación la LGP y no la LCD.

Así pues, al suprimir el Título IV de la LGP se termina con el régimen jurídico contenido en ésta para combatir la publicidad ilícita, el cual gozaba de un requerimiento extrajudicial previo a la interposición de cualquier acción ante los Tribunales de Justicia. Así lo establecía el art. 25.2 de la citada Ley al expresar: “la solicitud de cesación o rectificación se hará por escrito en forma que permita tener constancia fehaciente de su fecha, de su recepción y de su contenido”. Y sólo en los casos en los que la solicitud de cesación o rectificación no fuera atendida por el anunciante, el mismo no cesara en su actividad o no rectificara, el afectado tendría vía libre para acudir a la Justicia ordinaria.

Por tanto, al interponer una demanda por publicidad ilícita sin el preceptivo requerimiento extrajudicial, el Juzgado de oficio debía inadmitir a trámite la misma, ya que sustentándose en el art. 403.3 LEC no se admitirán “las demandas cuando no se acompañen a ella los documentos que la ley expresamente exija para la admisión de aquéllas o no se han intentado conciliaciones o efectuado requerimientos, reclamaciones o consignaciones que se exijan en casos especiales”. En efecto, sin requerimiento previo no había posibilidad de ir a los Tribunales para demandar al anunciante por la emisión de publicidad ilícita.

En caso de acudir a los Tribunales sin haber efectuado el citado requisito formal previo, éstos se veían compelidos a no admitir a trámite ese punto de la demanda, como ocurre, por ejemplo, en la Sentencia núm. 47/2006, de 27 de marzo, del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Málaga¹⁵, que dispone en su fundamento cuarto:

Sin embargo, lo que se pide, en concreto es el cese y rectificación de la publicidad y la rectificación del cuadro médico y al concreto petitum hemos de estar pues no podemos transmutar los efectos y requisitos pre-procesales impidiendo con ello que la

¹⁵ Sentencia núm. 47/2006, del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Málaga, de 27 de marzo (AC 2006/1343).



demandada pueda, en cualquier momento utilizar los cauces legales previstos. De esta forma la acción de rectificación y cese de la publicidad, como hemos visto, se ha realizado correctamente adecuándose a la norma, pero no existe un requerimiento específico respecto del cuadro médico ni en cuanto a la rectificación ni en cuanto a la cesación. Es decir que, en todo momento, la actora sólo ha requerido a la demandada respecto de la publicidad de los medios pero no en cuanto a la publicidad del cuadro médico impidiendo con ello que esta pueda, voluntariamente, aquietarse a la rectificación o a la cesación que pudiera haber sido solicitada. Ello, necesariamente, impide que prospere una acción de rectificación en tal sentido.

Así lo confirman otras sentencias como la SAP núm. 243/2003, de 16 de abril¹⁶, que alude a la necesidad de realizar el citado requerimiento para emprender acciones y ejercitar derecho en torno a la publicidad ilícita y que una vez realizado se produzca “una situación de “silencio o negativa” del requerido, o que “no hubiere tenido lugar la cesación”, exigiéndose como auténtico requisito de procedibilidad la justificación de haber efectuado esa solicitud de cesación”.

Además, la ausencia de dicha formalidad era considerada por la jurisprudencia como un defecto insubsanable, pues el requerimiento tenía como objetivo evitar llegar a la jurisdicción ordinaria, resolviendo el conflicto en un plano anterior. De esta forma se ofrecía una respuesta rápida y eficaz al problema con una solución *a priori* satisfactoria para ambas partes (anunciante y afectado), pues la comparación entre la duración del proceso judicial y la campaña publicitaria arrojaría un resultado menos útil que el procedimiento extrajudicial impuesto. Por ejemplo, aludiendo a las campañas publicitarias de grandes marcas como Dolce&Gabbana o Gucci, cuya publicidad fue calificada de sexista y, por tanto, ilícita, una vez que cesaron en la emisión de dicha publicidad por la solicitud extrajudicial de cesación de distintas organizaciones y consumidores particulares, ya habían logrado su objetivo: llamar la atención de los consumidores y multiplicar sus ventas. Es más, debido al candor que produjeron las citadas campañas, el eco de la marca resonó de forma realmente exitosa, beneficiando tanto al anunciante como al empresario de la misma, incluso habiendo cesado dicha publicidad antes de lo previsto por el anunciante. En caso de que no hubiera terminado

¹⁶ SAP (Sección 8ª), núm. 243/2003, de 16 de abril. (JUR 2003/218276).



abruptamente la campaña, aunque los legitimados hubieran demandado al anunciante, la duración del proceso judicial provocaría, al menos en parte, la ineficacia del pronunciamiento; pues, por un lado, se indemnizaría a los perjudicados por el daño causado, pero, por otro, no se conseguiría la verdadera función de la interposición de la demanda: frenar la divulgación de esa publicidad ilícita, exceptuando aquellos supuestos en los que se consideren pertinentes medidas cautelares.

No obstante, lo cierto es que aun cuando el anunciante cesara en su actividad o rectificara, ya se habría producido un daño en la parte afectada. Un daño moral que podría ser cuantificable económicamente, aunque se hubiera cesado de forma inmediata la publicidad ilícita, y que merecería ser tutelado por la Justicia.

Con la nueva regulación contenida en la LCD se elimina este trámite previo, de forma que las personas físicas o jurídicas que tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo en la materia podrán acudir directamente a los Tribunales, desechando la obligatoriedad impuesta en el régimen anterior de remitir una solicitud previa al anunciante pidiendo la cesación o rectificación de la publicidad ilícita.

La eliminación de este requisito previo tiene sentido en cuanto, tras la reforma operada por la Ley 29/2009, la LGP (art. 6.1) remite al régimen jurídico de competencia desleal para combatir la publicidad ilícita, considerando la LCD a ésta última como desleal, lo cual provoca que a la publicidad ilícita le sean de aplicación los preceptos contenidos en el Título IV de la LCD, que en ningún caso contempla el procedimiento extrajudicial recogido en la LGP.

En resumen, en palabras del profesor RUÍZ MORENO¹⁷: “la Ley 29/2009 trae como consecuencia que finalice el régimen de duplicidad, y consiguientemente tanto de inseguridad jurídica como de injusticia material, que en nuestra legislación ha supuesto la doble regulación de la represión de la competencia desleal por medio de la LCD y de la LGP”.

Por consiguiente, la materia sobre publicidad ilícita se encuentra desgranada en la legislación de competencia desleal, en concreto en la LCD que recoge: las acciones contra la competencia desleal (art. 32), la legitimación activa (art. 33), la legitimación pasiva (art. 34), la prescripción de las acciones (art. 35) y las diligencias preliminares (art.

¹⁷ RUÍZ MORENO, J. M. (2014). *La protección jurisdiccional...* op. cit., p. 30.



36). Sólo escasos aspectos son regulados por la LEC, como el procedimiento aplicable (art. 249.1.4º) y la carga de la prueba (art. 217.4).

En este punto, cabe recordar lo dicho por la profesora VILAJOANA ALEJANDRE¹⁸, que hace referencia al profesor DE LA CUESTA RUTE, al decir que “el ilícito publicitario se puede situar en tres ámbitos de responsabilidad: la responsabilidad civil, la responsabilidad penal y la responsabilidad administrativa”.

La responsabilidad civil en caso de comportamiento desleal, incluida la publicidad ilícita, es competencia de los Juzgados de lo Mercantil. Bien es cierto que existen supuestos en los que se genera además una responsabilidad penal, como ocurre en el caso de la publicidad engañosa, la cual es tipificada como delito por el Código Penal en su art. 282¹⁹, al decir que

serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos.

Por último, existe una responsabilidad de tipo administrativo gestionada por una legislación especial que solventará los conflictos propios de su ámbito a través de los órganos de las Administraciones Públicas con competencia en la materia. Dicho procedimiento de carácter administrativo puede concluir con una sanción establecida por la Ley y que, normalmente, se traducirá en una multa pecuniaria²⁰.

III. ACCIONES CONTRA LA PUBLICIDAD ILÍCITA

¹⁸ VILAJOANA ALEJANDRE, S. (2011). *Las leyes de la publicidad: límites jurídicos de la actividad publicitaria*. UOC, p. 118.

¹⁹ El artículo 282 CP ha sido reformado por la LO 1/2015, de 30 de marzo, la cual establece que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis, cuando una persona jurídica sea responsable del delito recogido en el art. 282, se le impondrán las siguientes penas: a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, cuando el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad; b) Multa de seis meses a dos años, o del tanto al duplo del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.

²⁰ VILAJOANA ALEJANDRE, S. (2011). *Las leyes de la publicidad...* op. cit., pp. 118-119.



Tal como hemos explicado en el apartado anterior, al abordar las acciones de publicidad ilícita existentes en nuestro ordenamiento jurídico debemos referirnos a las respuestas que la LCD brinda para combatir prácticas desleales, ya que la propia publicidad ilícita es considerada desleal (art. 18 LCD) a partir de la modificación de la LGP por la Ley 29/2009.

Tras esta modificación, el catálogo de acciones contra la publicidad ilícita se amplía, ya que ahora no sólo le son de aplicación las acciones de cesación y rectificación reguladas anteriormente en el Título IV de la LGP, sino todas aquellas previstas para defender a los perjudicados por actos de competencia desleal. Así pues, son ejercitables contra los actos de competencia desleal en general y contra la publicidad ilícita en particular las acciones recogidas en el Título IV de la Ley de Competencia Desleal, en concreto el artículo 32.1. LCD regula las siguientes: la acción declarativa de deslealtad, la acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición preventiva o futura, la acción de remoción de efectos, la acción de rectificación, la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados y, por último, la acción de enriquecimiento injusto.

Como vemos, el grado de protección es mucho mayor en la vigente regulación, pues contamos con un mayor número de mecanismos procesales para plantar cara a la publicidad ilícita como acto de competencia desleal.

No obstante, no parece que nos encontremos con un catálogo cerrado de medidas frente a la competencia desleal y la publicidad ilícita, sino que, como opina parte de la doctrina²¹, creemos que es posible el ejercicio de otras acciones no previstas expresamente en la LCD, pues no es éste un sistema de *numerus clausus*.

Además de las acciones mencionadas, en esta sección, haremos referencia al apartado segundo del art. 32 LCD que contiene la posibilidad de declarar, a discreción del Juez, la publicación total o parcial de la sentencia o, en determinados casos, la declaración rectificatoria por parte del demandado.

Y, por último, trataremos las acciones previstas en los arts. 38 y 39 LCD sobre los códigos de conducta. Los perjudicados, bien en forma física o jurídica, por una conducta tipificada como desleal cometida por empresarios o profesionales adheridos de forma pública a un código de conducta, podrán dirigirse a los órganos responsables de

²¹ RUÍZ MORENO, J. M. (2014). *La protección jurisdiccional...* op. cit. p. 47



dichos códigos para dirimir el litigio en una instancia anterior al proceso judicial y, en el caso de que los mismos estén implicados o fomentaren dichos comportamientos desleales, igualmente se podrán emprender contra ellos las acciones de cesación y rectificación amparadas en el art. 32.1 LCD contra los mismos.

III.1. Acción declarativa de deslealtad

La primera acción recogida en el artículo 32.1.1^a de la LCD es la declarativa de deslealtad.

Con la interposición de esta acción ante el Juzgado competente el perjudicado por el acto desleal, incluyendo en este punto la publicidad ilícita, persigue que el órgano judicial examine el comportamiento que trae causa de la acción, pues vulnera la LCD y/o la LGP, y dicte declaración de deslealtad de la publicidad. Esta acción suele ejercitarse acumulada con otra u otras de las acciones contempladas en la LCD²², pues no supone la condena al demandado a una prestación concreta, sino únicamente a la declaración judicial de deslealtad de la publicidad. “En estos casos, la estimación de la acción declarativa de deslealtad constituirá presupuesto necesario para el éxito de las demás acciones ejercitadas”²³.

Ahora bien, también es posible que el demandante ejercite únicamente la acción que nos ocupa, pues su único propósito sea mostrar que la publicidad objeto del litigio es ilícita y, por tanto, desleal, o porque esa publicidad no le haya generado daños ni perjuicios por dejar de difundirse a tiempo.

En la anterior redacción de la LCD se exigía un presupuesto de procedibilidad para interponer la acción declarativa de deslealtad y es que se supeditaba la demanda a “si la perturbación creada por el mismo subsiste”²⁴, pero en la actual Ley de Competencia Desleal ese requisito no existe. Así pues, se puede interponer demanda solicitando tutela declarativa por publicidad ilícita sin acreditar la existencia de perturbación.

²² Vid. STS núm. 446/2008, de 29 de mayo, Sala de lo Civil (Sección 1^a). RJ/2008/4164; STS núm. 407/2007, de 3 de abril, Sala de lo Civil (Sección 1^a). RJ/2007/1757; Auto Jdo. de lo Mercantil de Madrid, de 15 de diciembre de 2011, entre otras.

²³ VILAJOANA ALEJANDRE, S. (2011). *Las leyes de la publicidad...* op. cit., pp. 119-120.

²⁴ Vid. STS núm. 446/2008, de 29 de mayo, Sala de lo Civil (Sección 1^a). RJ 2008/4164, SAP de 26 de septiembre de 2001. Barcelona (Sección 15^a). AC 2001/1901.



Ahora bien, el éxito de la acción se supedita a que el actor demuestre la realidad del acto o comportamiento desleal así como el interés legítimo en accionar. No se requiere para estimar acción, prueba alguna de la existencia de dolo o culpa por parte del actor, pues “el juicio de la deslealtad es un acto objetivo, en la medida que gira sobre la corrección de la conducta”²⁵.

III.2. Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición

La segunda acción contemplada en el art. 32.1.2ª LCD es la denominada acción de cesación o de prohibición. En concreto, el citado precepto habla de “acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura. Asimismo, podrá ejercerse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica”.

Este apartado recoge el mecanismo procesal para que el responsable de emitir la publicidad o cualquier otra conducta desleal cese en su actividad o, en su caso, no vuelva a reiterar esa conducta en el futuro. Pero, además, en su segundo párrafo contiene la acción de prohibición para el caso en que la conducta o comportamiento aún no se haya puesto en marcha y, antes de que se haga, se ofrece esta acción de prohibición al perjudicado con el objetivo de evitar el perjuicio o un daño mayor.

Esta acción es la más utilizada en la práctica²⁶ y ha ocupado la primera posición en cuanto a vía judicial para combatir la publicidad ilícita, tanto cuando estaba regulada en la LGP como en la actual LCD, ya que suele ir sola o de forma acumulada con otras acciones de este precepto. Y es que tiene una función primordial en la materia: parar de difundir la publicidad ilícita o cualquier otra conducta desleal. Pues, si bien una vez que es emitida la misma, acarrea un daño para el o los perjudicados, su prolongación en el tiempo puede provocar mayores perjuicios en los mismos, por ello es fundamental cortar de raíz esa propagación.

Como apunta el profesor RUÍZ MORENO²⁷, en el caso de que la pretensión citada sea dirigida contra la Administración es precisa una reclamación previa, la cual es entendida por la jurisprudencia como subsanable y regulada según lo establecido en los

²⁵ RUÍZ MORENO, J. M. (2014). *La protección jurisdiccional...* op. cit., p. 41.

²⁶ Vid. entre otras STS núm. 891/2010, de 3 de enero. Sala de lo Civil (Sección 1ª). RJ 2011/294 y SAP núm. 402/2012, de 31 de mayo. Vizcaya (Sección 4ª). AC 2014/854.

²⁷ RUÍZ MORENO, J. M. (2014). *La protección jurisdiccional...* op. cit., p. 54.



arts. 120 y siguientes de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común²⁸.

Por tanto, como afirma VILAJOANA ALEJANDRE²⁹, aludiendo a SALAS CARCELLER, el ejercicio de la acción de cesación o prohibición de la conducta desleal responde a una triple finalidad:

- El cese, en sentido estricto, de la publicidad ilícita.
- La prohibición de reiteración futura de la publicidad ilícita que ya hubiera dejado de emitirse.
- La prohibición de la publicidad ilícita de inminente ejecución, pero todavía no difundida.

III.3. Acción de remoción de efectos

En concreto, expone el art. 32.1.3^a “Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal”. Como se vislumbra al leer el precepto, el objetivo de esta acción es eliminar los efectos causados por la conducta desleal, incluyendo bajo éste la publicidad ilícita. Así se establece normalmente en la demanda que incorpora dicho mecanismo procesal: “ordene la remoción de los efectos producidos o que pudieran producir las prácticas concurrenciales desleales”³⁰.

La palabra “remoción” procede del verbo “remover”, del latín *remove*, cuyo principal significado es “pasar o mudar algo de un lugar a otro”. Pues bien, trasladando esa definición a la acción que tratamos en este apartado, vemos que el legislador lo que pretende con ella es no sólo quitar los efectos producidos por la publicidad ilícita o por cualquier otra conducta desleal, sino también mudar, pasar de la situación existente provocada por el ilícito publicitario al momento anterior a la realización de dicha conducta. Por tanto, con esta vía judicial se pretende volver a la situación que existía antes de producirse ese comportamiento desleal.

²⁸ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. “BOE” núm. 285, de 27/11/1992 (BOE-A-1992-26318).

²⁹ VILAJOANA ALEJANDRE, S. (2011). *Las leyes de la publicidad...* op. cit., p. 120.

³⁰ STS núm. 503/2013, de 30 de julio. Sala de lo Civil (Sección 1^a). RJ 2013/7603.



Esta acción de remoción se diferencia de la de cesación en que la primera pretende eliminar los efectos producidos por la conducta desleal y volver a la situación previa al agravio, mientras que la segunda de ellas tiene la finalidad de frenar esa divulgación del ilícito, de ahí que habitualmente nos encontremos con el ejercicio conjunto o de manera acumulada de ambas acciones.

La acción de remoción conllevará unas determinadas medidas para lograr su objetivo: eliminar los efectos causados o evitar los que se pudieran causar por el comportamiento o conducta desleal. Estas medidas pueden ser de diversa índole, dependiendo del supuesto en que nos encontremos, pues dependiendo del caso unas pueden ser más efectivas que otras. Así pues, se puede pedir o acordar la retirada del mercado o la destrucción de determinados objetos (pensemos, por ejemplo, en las copia e imitación de CDs o ropa de determinada marca), retirada de información errónea o confusa, etc. Estas medidas deben estar regidas por los principios de necesidad y proporcionalidad que imperan en nuestro ordenamiento jurídico.

III.4. Acción de rectificación

La siguiente acción que aborda el reiterado art. 32.1 LCD es la “Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas”. La finalidad de esta vía judicial es compeler al autor de la infracción a modificar lo publicado; de tal forma que dé a conocer mediante el medio de difusión que hubiere utilizado para propagar su publicidad ilícita la ilicitud de la misma y su modificación, con el objetivo de que el público que potencialmente hubiera conocido dicha publicidad sea consciente de su ilicitud y pueda actuar en consecuencia.

Este tipo de acción se convierte una vez estimada y declarada por el Juez competente en una especie de “publicidad rectificatoria” o, como dice la doctrina en “publicidad correctora” o “contrapublicidad”, pues su propósito es evidenciar que la publicidad difundida anteriormente era ilícita o desleal.

En este ámbito de la publicidad ilícita o incluso de las conductas desleales existe un fuerte componente moral, quizás el elemento más importante en estos casos; por ello es muy importante esta acción para paliar las consecuencias de una conducta de estas



características y frenar posibles actos similares. En ello ha hecho hincapié el Tribunal de defensa de la competencia y de la propiedad intelectual³¹ expresando:

La sanción de rectificación que impuso la Comisión no sólo es justificable desde un punto de vista moral, sino que también contribuye a desincentivar conductas como la observada por las empresas denunciadas. Una sanción como la de anuncios rectificatorios, que expone al infractor ante los consumidores, puede lograr un efecto disuasorio con mucha mayor efectividad que las sanciones pecuniarias.

La rectificación supone una sanción de gravedad para el autor de la publicidad ilícita, porque deriva en la asunción por parte del mismo ante el medio de difusión que recogió dicha publicidad de haber llevado a cabo un comportamiento desleal. Ello puede repercutir en el mercado, provocando incluso una crisis en dicha empresa, pues si su reputación se ve afectada tendrá menos clientes que quieran contratar con ella. Así lo ha expresado la SAP de Salamanca núm.520/2006, de 20 de diciembre³²:

La acción de rectificación contemplada en el art. 18.4º LCD realmente viene a ser una modalidad de la más amplia acción de remoción de los efectos producidos por el acto de competencia desleal, prevista en art. 18.3º LCD, y que debe aplicarse cuando no basta con la cesión del acto declarado desleal para restituir al mercado de referencia a la situación anterior a producirse el acto desleal. Con la rectificación se pretenden corregir las informaciones incorrectas o falsas que generan error entre sus destinatarios, sea por actos ilícitos de engaño (art. 7 LCD), comparación ilícita (art. 10 LCD) o, en algunos casos, denigración (art. 9 LCD). La rectificación consistirá así en la difusión de cualquier comunicación que advierta expresa y claramente sobre la inexactitud o falsedad de determinadas indicaciones o informaciones difundidas con anterioridad por el mismo sujeto. La rectificación es diferente por tanto de la publicación de la sentencia, sin perjuicio de que en la rectificación se indique que se lleva a cabo como cumplimiento de una sentencia judicial.

La rectificación constituye probablemente la más grave medida que puede imponerse al responsable de un ilícito por deslealtad, ya que necesariamente repercutirá gravemente en el desarrollo de su actividad, pudiendo incluso suponer su expulsión de

³¹ Resolución núm. 052-96-TRI-SDC. Expediente núm. 187-95-CPCD.

³² SAP de Salamanca núm. 520/2006, de 20 de diciembre (JUR 2007/193504).



hecho del mercado. Si además la rectificación tiene lugar a través de publicidad en medios de comunicación, la gravedad de la medida se incrementa aún más. De ahí la necesidad de reservar este tipo de medidas para los supuestos más graves que pongan en peligro los intereses más preciados de los consumidores o la estructura competitiva misma del mercado. La doctrina considera que, por la grave trascendencia de sus repercusiones, la estimación de una acción de rectificación debe condicionarse a la concurrencia de ciertos presupuestos (que deberán ser probados por el demandante, ex art. 217.2 LEC) especialmente rigurosos: que los denominados efectos residuales del acto de competencia desleal sean graves y duraderos, y que la rectificación constituya un remedio eficaz y proporcionado para poner fin a esos actos residuales, perjudiciales para la libertad de decisión de los consumidores y para los intereses de los competidores afectados -siquiera indirectamente- por el acto de competencia desleal.

III.5. Acción de resarcimiento de daños y perjuicios

El art. 32.1.5ª recoge la “Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente”. Esta acción tiene por objeto la reparación e indemnización de los daños y perjuicios sufridos por el demandante y ocasionados por el demandado, mediando dolo o culpa. Esta sanción se traduce en una multa pecuniaria.

Este mecanismo procesal no estaba previsto en la anterior regulación especial contenida en la LGP, de tal forma que era preciso acudir al derecho común para solicitar la tutela por daños y perjuicios ocasionados por publicidad ilícita. Como ocurre en este tipo de acciones la mayor dificultad reside en su cuantificación, puesto que nos encontramos ante daños sobre bienes inmateriales, así como daños morales, para los que carecemos de un baremo que nos sirva de referente a este respecto; no como ocurre por ejemplo en el caso de los accidentes de tráfico³³, cuyo baremo es referente para calcular la indemnización por daños físicos en los accidentes laborales.

³³ Anejo Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. “BOE” núm. 267, de 05/11/2004 (BOE-A-2004-18911).



En relación con los conceptos resarcibles, nos dice VILAJOANA ALEJANDRE, referenciando a los profesores TATO PLAZA, FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO y HERRERA PETRUS³⁴, quienes apuntan algunas hipótesis típicas de ambos tipos de lesiones: los daños patrimoniales y los daños morales.

Así, bajo el concepto de daño emergente, se engloban, por ejemplo, la minoración en el valor de la imagen, los gastos incurridos razonablemente para contrarrestar o neutralizar los efectos del acto desleal (publicación de anuncios, mailings, medidas de promoción de ventas, campañas para diferenciar productos, etc.), el valor de objetos que hayan resultado dañados o sustraídos, o los gastos de asesoramiento legal, de investigación y acopio de pruebas y de representación procesal. Entre las pérdidas sufridas a consecuencia del acto desleal también cabe incluir, junto a los daños patrimoniales, el daño moral. Este se inflige sobre derechos o cualidades de la personalidad o extrapatrimoniales (el honor, la dignidad, los sentimientos, los valores, el prestigio o estima social, la salud física o psíquica, etc.), [...] por lo general, cuando menos en el ámbito de la competencia desleal, las hipótesis más habituales (campañas denigratorias y prácticas comparativas ilícitas) enmascaran en realidad un supuesto de daños patrimoniales ocasionados a la imagen y reconocimiento de las empresas en el mercado, o, en definitiva, a su fondo de comercio o goodwill.

Para concluir, vamos a abordar los requisitos necesarios que se han de cumplir para el ejercicio de esta clase de acción:

- La publicidad ilícita ha debido ocasionar un daño patrimonial y/o moral al perjudicado, el cual tiene la carga de la prueba.
- Que el infractor haya actuado mediando culpa o dolo, por tanto, se exceptúan los supuestos fortuitos o de fuerza mayor.
- Relación de causalidad entre el comportamiento desleal y el daño y/o perjuicio ocasionado.

III.6. Acción de enriquecimiento injusto

En último lugar, la LCD contempla en su art. 32.1.6ª la “Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una

³⁴ VILAJOANA ALEJANDRE, S. (2011). *Las leyes de la publicidad...* op. cit., pp. 122-123.



posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico”.

A diferencia de la acción anterior, para ésta de enriquecimiento injusto no es precisa la existencia de un elemento intencional como el dolo y la culpa por parte del demandado. Solamente podrá ejercerse cuando sea vulnerada una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva y esta acción podrá ponerla en marcha exclusivamente el titular de esa posición jurídica vulnerada.

La jurisprudencia recoge los requisitos que se han de cumplir para el ejercicio de la acción de enriquecimiento injusto y son los siguientes:

- Enriquecimiento patrimonial del demandado contra el correlativo empobrecimiento del demandante.
- Relación de causalidad entre ambos desniveles patrimoniales.
- Falta de licitud en la causa que acredite el enriquecimiento del demandado.
- La lesión de una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otro de análogo contenido, esto es, casos de imitación, de publicidad que aprovecha indebidamente la reputación ajena, etc. La acción de enriquecimiento injusto puede ser considerada una acción de reembolso cuyo objetivo es una condena pecuniaria consistente en satisfacer la suma de dinero en que se ha concretado el enriquecimiento³⁵.

IV. TUTELA COMPLEMENTARIA: LA PUBLICACIÓN DE LA SENTENCIA

El apartado segundo del artículo 32 de la Ley de Competencia Desleal recoge una tutela complementaria a algunas de las acciones anteriores en caso de existir sentencia estimatoria de las mismas y es la publicación total o parcial de la sentencia o, en su caso, una declaración rectificatoria. En concreto, dice el citado precepto: “en las sentencias estimatorias de las acciones previstas en el apartado anterior, números 1ª a 4ª, el Tribunal, si lo estima precedente, 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”. Esta acción estaba prevista anteriormente a esta regulación en la LEC, aún hoy vigente, pero solamente cuando exista sentencia

³⁵ VILAJOANA ALEJANDRE, S. (2011). *Las leyes de la publicidad...* op. cit., pp. 123-124.



estimatoria de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos. Así lo recoge el art. 221.2 LEC:

En las sentencias estimatorias de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios 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 pueda mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora.

Este régimen complementario se superpone a las acciones de remoción y rectificación que pretendieren los mismos efectos que los contenidos en este apartado.

Según criterio doctrinal, para que el órgano juzgador acuerde la publicación total o parcial de la sentencia o, en su caso, una declaración rectificatoria por parte del demandado, es preciso que concurran los siguientes presupuestos:

- Que se haya dictado sentencia estimatoria de la acción declarativa de deslealtad, de la de cesación o prohibición, de la de remoción o de la de rectificación.

- El *petitum* de la demanda debe contener de forma expresa la medida que concede este precepto que nos ocupa; pues, nos movemos en una fina línea entre la reparación de un daño que trae causa por un comportamiento desleal y, si trasparamos esa frontera, una posible vulneración del derecho a la defensa del demandado con posibles consecuencias en su reputación profesional. Por lo tanto, esta medida debe ser proporcionada y eficaz, sobre todo en lo relativo a su difusión, y sólo se publicará el fallo de la misma sin entrar en detalles como los antecedentes de hecho o los fundamentos jurídicos para evitar un mal mayor del que se pretende evitar o paliar. El objetivo es enfrentar esa publicidad ilícita y desenmascararla frente a los consumidores y usuarios, no vejar al demandado.

- Solamente será oportuna la declaración rectificatoria cuando estemos ante una infracción cuyos efectos puedan prolongarse a lo largo del tiempo. Esta decisión dependerá de lo que considere el Juez conecedor del asunto concreto.

V. ACCIONES EN RELACIÓN A LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA

Finalmente, la LCD recoge en sus artículos 38 y 39, por un lado; las acciones que se pueden imponer contra los códigos de conducta que recomienden, fomenten o impulsen conductas desleales o ilícitas (dentro de ellas la publicidad ilícita) y, por otro



lado, las acciones previas frente a empresarios y profesionales adheridos a códigos de conducta.

Bien, frente a los códigos de conducta que recomienden, fomenten o impulsen conductas desleales o ilícitas, podrán interponerse las siguientes acciones:

- Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura. De igual forma que en el apartado anterior, podrá ejercitarse la acción de prohibición si la conducta todavía no se ha puesto en práctica.
- Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal.
- Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas.

La peculiaridad en este ámbito se encuentra en el procedimiento de ejercicio de las citadas acciones; pues, con carácter previo a su interposición, entendemos que de forma obligatoria, debe instarse al responsable del código a que cese o rectifique su conducta desleal y se comprometa a abstenerse de realizarla cuando todavía no se haya producido (art. 38.2 LCD). Dicha solicitud deberá realizarse por cualquier medio que permita tener constancia de su contenido y de la fecha de su recepción. Por su parte, el responsable del código estará obligado a emitir el pronunciamiento que proceda en un plazo de quince días contados a partir de la presentación de la solicitud. Durante el plazo citado, quien haya iniciado este procedimiento previo no podrá ejercitar la correspondiente acción judicial. Una vez transcurrido dicho período de tiempo sin que se haya notificado al reclamante la decisión o cuando ésta sea insatisfactoria o fuera incumplida, quedará expedita la vía judicial (art. 38.2 *in fine*).

Por otro lado, en el supuesto en el que el empresario o profesional indique en una práctica comercial que está vinculado a un código de conducta e incumpla los compromisos alcanzados en el seno del mismo, pudiendo distorsionar de manera relevante el comportamiento económico de sus destinatarios, se instará, con carácter previo al ejercicio de acciones, la cesación o rectificación del acto o de la práctica comercial de quienes de forma pública estén adheridos a él, así como su compromiso de abstenerse a realizar acto o práctica desleal cuando éstos aún no se hayan producido (art. 39.1 LCD).

El órgano de control del código de conducta estará obligado a emitir el pronunciamiento que proceda en el plazo de quince días, contados a partir de la



presentación de la solicitud mencionada, plazo durante el cual quien haya iniciado el procedimiento previo no podrá ejercitar la correspondiente acción judicial. Una vez transcurrido el plazo fijado, sin que exista notificación al reclamante de la decisión o siendo ésta insatisfactoria o incumplida, quedará expedita la vía judicial.

En el resto de supuestos no contenidos en los párrafos del apartado primero del art. 39 mencionados anteriormente, la acción previa ante el órgano de control será potestativa (art. 39.2).

Ante esta regulación expresa el profesor PIPAÓN PULIDO³⁶ que “cabe llegar a la razonable conclusión de que dentro del ámbito de las relaciones entre competidores en el mercado, con el impulso de la normativa europea, se está dando cabida a la defensa de los derechos de los consumidores”. Continúa engarzando los derechos de los consumidores y usuarios al mercado regido por el principio de libertad de empresa, al decir que

un mercado regido exclusivamente por los principios de libertad de empresa y, en su caso, por medio de organismos reguladores de la libre competencia no puede ya obviar la existencia de una serie de derechos básicos de los consumidores y usuarios que no en pocas ocasiones eran simplemente los destinatarios finales de prácticas comerciales que lo que buscaban era su utilización como instrumento de debilitación del competidor y no tanto como el destinatario final de sus bienes y servicios que, en definitiva, no deja de ser el objeto natural de su actividad mercantil.

VI. CONCLUSIONES

Publicidad y marca mantienen una estrecha e íntima relación con el mutuo objetivo de obtener el mayor porcentaje de beneficios y popularidad, lo cual consiguen captando nuevos consumidores y fidelizando los que ya consumen sus productos o servicios. Es un trípode, en el que si falta uno de los elementos se derrumba. Por ello es necesario y obligatorio, tanto para la vivencia como para la supervivencia del mercado

³⁶ PIPAÓN PULIDO, J. G. (2010). “Acciones en materia de prácticas desleales y códigos de conducta en relación con los consumidores y usuarios” en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 799, pp. 9-11.



establecer una normativa pródiga y eficaz que regule las relaciones económicas de este trío cumbre del mercado.

Para ello, contamos no solamente con la legislación vigente relativa al derecho marcario, competencia desleal y publicidad, sino también con mecanismos de solución extrajudicial de conflictos que han experimentado un elevado auge en los últimos tiempos, pues gozan de buenos resultados así como de un alto nivel de compromiso entre sus asociados. Entre estos mecanismos debemos citar la denominada autorregulación o autodisciplina publicitaria, un sistema que reúne a empresarios involucrados en el sector publicitario que voluntariamente se someten a unas normas de conducta establecidas y amparadas por órganos independientes de control con el objeto de alcanzar un ejercicio de la actividad publicitaria legal, responsable y honesto, que repercutirá en un beneficio para todas las partes implicadas: empresarios, consumidores, competidores y el propio mercado. En España nuestro sistema de autorregulación publicitaria es Autocontrol, que ha conseguido un paulatino afianzamiento en el sector como medio de gran eficacia en la prevención y resolución de conflictos en materia publicitaria por delante de la vía judicial, la cual, siempre queda abierta, pero por el tiempo de conclusión que conlleva ha quedado relegada a una posición secundaria. Podríamos decir que esta materia es perecedera. Pensemos en un anuncio publicitario de una determinada marca que utiliza el engaño para captar un mayor número de consumidores, vulnerando la competencia; ese mensaje publicitario debe ser retirado lo antes posible, pues su tiempo de vida es muy escaso si tenemos que esperar un periodo mayor de lo que dura el mismo y las consecuencias pueden ser mucho más dañinas para las partes afectadas.

Sin embargo, no todo aprovechamiento de la reputación de la marca ajena es sancionable, pues cuando se sobrepasan los límites establecidos, los cuales se sustentan principalmente en confundir o engañar al consumidor sobre el origen del producto o servicio, no siempre se produce dicho engaño, sino que se utiliza esa estela del competidor para alcanzar un beneficio mayor y acaparar una mayor atención entre el público, como ocurre en la publicidad comparativa, tan extendida y aceptada en Estados Unidos.

Como observamos, la amenaza de riesgo de engaño o confusión a través de la publicidad de la marca es un objetivo que se pretende minimizar lo máximo posible; aunque mientras existan empresas dispuestas a usar la publicidad de su marca de forma desleal, este será un fin complicado de alcanzar, pues uno de los efectos que acarrear



dichas conductas desleales es la creación de un clima de inseguridad jurídica que desequilibra el tráfico mercantil y que dificulta el buen funcionamiento de los operadores económicos en el mercado.

Cabe incidir en que cada vez es más acusado el rechazo social e institucional ante estas campañas, pues no solamente atentan contra el mercado, denigrando la competencia, sino que obstaculizan la libre elección de los consumidores, afectando a los derechos que les son propios.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Anejo Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. “BOE” núm. 267, de 05/11/2004 (BOE-A-2004-18911).

Auto del Juzgado de lo Mercantil núm.10 de Madrid, de 15 de diciembre de 2011 (AC 2012/241).

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, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales). “DOUE” núm. 149, de 11 de junio de 2005 (DOUE-L-2005-81047).

Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. “BOE” núm. 10, de 11 de enero de 1991 (BOE-A-1991-628).

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. “BOE” núm. 285, de 27/11/1992 (BOE-A-1992-26318).

Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. “BOE” núm. 15, de 17/01/1996 (BOE-A-1996-1072).

Ley 34/1998, de 11 de noviembre, General de Publicidad, “BOE” núm. 274, de 15 de noviembre de 1998 (BOE-A-1988-26156).

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, “BOE” núm.7, de 8 de enero de 2000 (BOE-A-2000-323).

Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios. “BOE” núm. 259, de 29 de octubre, de 2002. BOE-A-2002-20855, que modifica los artículos 25 y 26 y añade el art. 29 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. (BOE-A-2000-323).

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. “BOE” núm. 315, de 31 de diciembre de 2009 (BOE-A-2009-



21162), que deroga el Título IV de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. (BOE-A-2004-21760).

Página *web* de Autocontrol, disponible en <http://www.autocontrol.es/>.

PIPAÓN PULIDO, J. G. (2010). “Acciones en materia de prácticas desleales y códigos de conducta en relación con los consumidores y usuarios” en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 799, pp. 9-11.

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. “BOE” núm. 287, de 30/11/2007 (BOE-A-2007-20555).

Resolución del Tribunal de defensa de la competencia y de la propiedad intelectual número 052-96-TRI-SDC. Expediente núm. 187-95-CPCD.

RUIZ MORENO, J. M. (2014). *La protección jurisdiccional civil frente a la publicidad ilícita*. Valencia: Tirant lo Blanch.

SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 26 de septiembre de 2001 (AC 2001/1901).

SAP 535/2001 (Sección 11ª) de Madrid, de 5 de diciembre (AC2002/944).

SAP (Sección 8ª), núm. 243/2003, de 16 de abril. (JUR 2003/218276).

SAP de Burgos (Sección 3ª) de 26 de octubre de 2006 (AC 2006/2298).

SAP de Salamanca núm. 520/2006, de 20 de diciembre (JUR 2007/193504).

Sentencia núm. 47/2006, del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Málaga, de 27 de marzo (AC 2006/1343).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 407/2007, de 3 de abril (RJ/2007/1757).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 446/2008, de 29 de mayo (RJ/2008/4164).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 891/2010, de 3 de enero (RJ 2011/294).

SAP de Vizcaya (Sección 4ª) núm. 402/2012, de 31 de mayo (AC 2014/854).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 503/2013, de 30 de julio (RJ 2013/7603).

VILAJOANA ALEJANDRE, S. (2011). *Las leyes de la publicidad: límites jurídicos de la actividad publicitaria*. UOC.

