

LA ACCIÓN DE COMPETENCIA DESLEAL EN EL DERECHO ESPAÑOL

José Massaguer
Catedrático de Derecho Mercantil,
Universidad Pompeu Fabra, Barcelona

El Derecho de la Competencia Desleal en nuestro país, que cada día cobra más importancia -y complejidad- toma, como se sabe, muchos elementos y criterios de la legislación y la jurisprudencia española. De ahí la importancia de conocer sus planteamientos, sus experiencias, sus errores y sus aciertos.

En este artículo, el autor realiza una descripción sistemática de la legislación española concerniente a la Competencia Desleal y su represión, que, en su opinión, es acertada, y ha ayudado a combatir una práctica cada vez más usual y sofisticada.

El Derecho contra la competencia desleal constituye en la actualidad el ordenamiento general de la conducta de los agentes económicos profesionales en el mercado. Tiene por bien jurídico protegido la competencia económica como principio político-institucional e integra en su defensa los intereses de todos los sectores y grupos cuya actividad y necesidades económicas y sociales han de encontrar su satisfacción en un eficiente funcionamiento del mercado -incluido por lo tanto también el interés de la generalidad o interés público. Así concebido, el Derecho español cuenta con un moderno sistema jurídico de protección contra la competencia desleal. La pieza normativa fundamental de este sistema es la Ley de Competencia Desleal (que abreviaré, LCD)¹, con la que concurre la Ley General de Publicidad (que abreviaré, LGD), de aplicación restringida a su ámbito de vigencia propio del que no desplaza, sin embargo, a la Ley de Competencia Desleal, que por ello podrá ser aplicada a la actividad publicitaria de forma conjunta o alternativa a la Ley General de Publicidad.

La promulgación de la Ley de Competencia Desleal ha supuesto un hito histórico en el ordenamiento jurídico español: encierra la primera regulación sistemática, completa y en términos generales satisfactoria de esta materia en España. En un plano técnico y de acuerdo al modo en que avanza la doctrina², la

¹ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal = BOE 1991/10. Hasta la fecha, la bibliografía general sobre la nueva regulación contra la competencia desleal es relativamente rica, y entre ella merece ser destacado A. Bércovitz (coordinador), La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991, BOE-Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, Grupo español de la AIPPI. Informe sobre la cuestión 115: Protección efectiva contra la competencia desleal con arreglo al artículo 10 bis del Convenio de París de 1883, remitido a la AIPPI en julio de 1993 con miras al Comité Ejecutivo de Copenhague de 1994, en Grupo español de la AIPPI, Informes sobre propiedad industrial 1979-1995. Grupo español de la AIPPI Barcelona, 1995, p. 357 ss., C. Fernández Novoa, «Reflexiones preliminares sobre la Ley de competencia desleal», La Ley 1991-2, p. 1179 ss., J. M. Otero, «La nueva Ley sobre competencia desleal», La Ley, 1991-4, p. 1053 ss., F. Vicent, «Otra opinión sobre la Ley de Competencia Desleal», RGD, núms. 589-90, 1993, p. 9975.

² A. Menéndez, La competencia desleal, Civitas, Madrid, 1988, pp. 147 a 159.

Ley de Competencia Desleal se ha configurado como una ley general, moderna y efectiva. Como ley general, la Ley de Competencia Desleal es de aplicación a toda actividad económica realizada en el mercado con fines concurrenciales, lo que ha permitido superar la tendencia parceladora que tradicionalmente ha seguido la regulación de la competencia desleal en España; como una ley moderna, la Ley de Competencia Desleal, de un lado, hace plena justicia a la entronización constitucional de la competencia económica como principio clave del orden económico, político y social y, de otro lado, incorpora en su estructura y tenor la experiencia habida en otros ordenamientos, especialmente en los ordenamientos alemán y suizo; y, en fin, como una ley efectiva, la Ley de Competencia Desleal está dotada de las acciones e instrumentos procesales necesarios para asegurar su mayor operatividad. La Ley de Competencia Desleal, en efecto, tiene el mérito de haber establecido y articulado una completa y satisfactoria regulación de la acción de competencia desleal (artículos 18 a 21 LCD). Este trabajo se dedica al estudio de este elemento clave de todo sistema de represión de la competencia desleal.

1. LAS ACCIONES (PRETENSIONES) DERIVADAS DE LA COMPETENCIA DESLEAL

La acción de competencia desleal comprende una pluralidad de pretensiones típicas, en la terminología legal «acciones»: mera declaración de la deslealtad del acto, cesación del acto desleal, remoción de efectos del acto desleal, rectificación de informaciones falsas o engañosas, resarcimiento de daños y perjuicios y enriquecimiento injusto (artículo 18 LCD)³.

a) La acción de declaración de la deslealtad

La acción de declaración de la deslealtad (artículo 18.1 LCD) persigue la constatación de la comisión de un acto de competencia desleal y la proclamación judicial de que el acto examinado constituye un acto de competencia desleal. Para ello se exige, de un

lado, que el acto de competencia desleal objeto de la acción se haya realizado efectivamente o bien que sea de inminente realización y, de otro lado, que en el momento de presentación de la demanda subsista la perturbación o persistan los efectos que dicho acto ocasiona. Este segundo presupuesto sólo puede entenderse válido para los casos en que la pretensión de declaración se sustancie con carácter principal (autónomo o independiente). No habrá de impedir, por el contrario, que se compruebe con carácter previo la deslealtad del acto combatido cuando ello sea necesario para acoger otras pretensiones integrantes de la acción de competencia desleal que, en cambio, no requieren la continuidad de los efectos (y que tampoco requieren el ejercicio conjunto, con carácter adjetivo o complementario, de la acción de declaración)⁴. No es presupuesto de la acción de declaración de deslealtad en ninguno de los casos el dolo o negligencia del sujeto agente.

La única acción de declaración prevista legalmente es de carácter positivo. No ha encontrado reconocimiento en la Ley de Competencia Desleal la pretensión de una declaración de carácter negativo, esto es, de que un determinado acto no constituye un acto de competencia desleal. La general exigencia de reconocimiento legal de las pretensiones ejercitables en juicio hace especialmente difícil que esta acción negatoria acabe siendo reconocida por los tribunales, aunque quizás no falte apoyo a favor de su admisibilidad, como es su expreso establecimiento para la violación de patentes y, por extensión, para otras modalidades de propiedad industrial (artículo 127 y DD LP y artículo 41 LM).

b) La acción de cesación

La cesación del acto de competencia desleal comprende de forma unitaria no sólo la cesación en sentido estricto o paralización del acto que efectivamente se ha ejecutado, sino también la prohibición del que todavía no ha sido puesto en práctica; a su vez, la cesación en sentido estricto comprende tanto la prohibición de continuación como la de repeti-

³ Artículo 18 LCD: Acciones.- Contra el acto de competencia desleal podrán ejercitarse las siguientes acciones:

1. Acción declarativa de la deslealtad del acto, si la perturbación creada por el mismo subsiste.
2. Acción de cesación del acto, o de prohibición del mismo, si todavía no se ha puesto en práctica.
3. Acción de remoción de los efectos producidos por el acto.
4. Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas.
5. Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el acto, si ha intervenido dolo o culpa del agente. El resarcimiento podrá incluir la publicación de la sentencia.
6. Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando el acto lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico.

⁴ En ningún caso fue voluntad del legislador que la exigencia de que persistiera la perturbación en el mercado impidiera el ejercicio de las demás pretensiones del artículo 18 LCD, sino todo lo contrario; véase la intervención del Senador Galén Pérez del Grupo Socialista del Senado en contra de la enmienda presentada por el Grupo Mixto en el Senado para la supresión de la frase «si la perturbación creada por el mismo subsiste»: Cortes Generales, Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Justicia, 27-XI-90, p. 23.

ción (artículo 18.2 LCD)⁵. Como se ha destacado con frecuencia, la pretensión de cesación del acto de competencia desleal constituye el objeto nuclear de la acción de competencia desleal, encaminada como está a poner fin o a impedir el falseamiento de la competencia, las perturbaciones, disfuncionalidades y perjuicios que comporta el acto de competencia desleal. Y ello es así, cualquiera que sea el interés afectado en particular por el acto de competencia desleal combatido (sin perjuicio de que en cada caso el acento pueda ponerse en uno u otro aspecto).

Presupuestos de la cesación son la realización efectiva o inminente del acto de competencia desleal y, en caso de efectiva realización, un riesgo objetivo de repetición o continuación. Aunque este segundo requisito no aparece expresamente mencionado en el texto legal, su vigencia viene impuesta por la naturaleza misma de las cosas. Compete al actor la prueba de que en el caso concurren los presupuestos exigidos para que la acción de cesación sea acogida; en particular, el actor deberá proporcionar la prueba de la realización del acto o, en su caso, de la inminencia de su realización (de común a través de la prueba de actos de preparación), así como de las circunstancias fácticas determinantes de su deslealtad, sin perjuicio de que en ciertos supuestos el juez pueda imponer al demandado la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones o manifestaciones que hayan motivado la contienda (artículo 26 LCD). Asimismo, en caso de realización efectiva del acto de competencia desleal, compete al actor probar la existencia de un riesgo objetivo de repetición (o continuación, según las características fácticas del supuesto en cuestión); en este sentido, el actor habrá de aportar los medios de prueba necesarios para acreditar que el acto combatido también será desleal en el futuro, que por su naturaleza y por las circunstancias del caso es susceptible de ser repetido o de tener continuidad en el tiempo, sea de la misma forma o de una forma sustancialmente idéntica; y, en fin, de que es objetivamente esperable la repetición o continuación. Esto último, con todo, quizás pueda presumirse con carácter general⁶, excepción hecha de los supuestos en que el acto considerado sea de ejecución única o limitada a un tiempo transcurrido ya cuando se presenta la acción (en

efecto, no resulta fácil presumir que en el futuro se repetirá una oferta engañosa hecha para un día determinado: uvas el 31 de diciembre); en que el autor no se halla en condiciones de repetirlo o continuarlo (ad ex. terminación de actividad); en que la actuación denunciada constituyera una medida de legítima defensa⁷; o que se avino de buena fe e íntegramente a los términos de una admonición o requerimiento extrajudicial de cesación. En este sentido y como regla general no parece del todo acertado exigir en todos los casos que la persona que haya realizado un acto de competencia desleal deba formular una «declaración inhibitoria reforzada con pena» para entender excluido el riesgo de repetición, por muy fundada que esté la práctica conocida en otros países. En efecto, no puede olvidarse que los términos de un requerimiento de cese son libremente decididos por el eventual actor (actual perjudicado o amenazado), en cuyas manos está, por lo tanto, exigir en su requerimiento que el requerido acepte la pena convencional; si no lo considera necesario, esto es, si el requerimiento no comprende la previsión de una pena para el caso de repetición, no es tampoco razonable acoger la ulterior acción de cesación del requirente cuando haya mediado una aceptación del requerimiento en todos sus términos y un cumplimiento efectivo de los mismos (incluida la abstención en los preparativos).

Por el contrario, no son presupuesto para la cesación, en ninguna de sus modalidades, el dolo o la negligencia del sujeto agente, ni la causación de un daño efectivo o la idoneidad para ocasionar un daño efectivo.

La condena a cesar podrá comprender, según sean unas u otras las circunstancias del caso, una orden de cesación en sentido estricto, que incluya tanto la paralización del acto de competencia desleal que se estaba realizando al tiempo de la presentación de la demanda como la prohibición de la repetición de su realización, o bien una prohibición de poner en práctica el acto de competencia desleal que se estaba preparando al tiempo de interponer la acción. La condena deberá fijar con precisión los términos de la cesación, y, en su caso, de la prohibición, indicando si proceden los extremos o elementos determinan-

⁵ Por la interpretación aquí propuesta, con revisión de los antecedentes de Derecho comparado. S. Bacharach, *La acción de cesación para la represión de la competencia desleal*, ob. cit., pp. 115 y 116. Vide también F. Pantaleón, «La acción de cesación o de prohibición en la Ley de Competencia Desleal», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, T. I, Civitas, Madrid, 1996, p. 952 ss., pp. 952 a 957.

⁶ Sobre la prueba del riesgo de continuación o repetición, con algún detalle S. Bacharach, *La acción de cesación para la represión de la competencia desleal*, ob. cit., pp. 117 a 119.

⁷ Así ya, F. Pantaleón, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, ob. cit., T. I, pp. 959 y 960.

tes de la deslealtad del acto combatido, cuya supresión o modificación permitiría su continuación. El contenido de la cesación se presenta normalmente revestido de carácter negativo, esto es, consiste normalmente en un no hacer, incluido el tolerar (no impedir o no entorpecer) las actuaciones del actor o de terceros o el tolerar determinadas situaciones de hecho. Ello no obstante, no han de faltar supuestos en los que el cumplimiento de la cesación exija del condenado un obrar positivo, en especial cuando se trata de evitar un particular efecto (la cesación de una determinada publicidad sólo se logra mediante la dación de las instrucciones necesarias para que deje de emitirse o publicarse un anuncio, o para que se retiren las vallas publicitarias instaladas); en estos supuestos, la cesación se aproxima a la remoción de los efectos, si no llega a coincidir materialmente con ella.

La eficacia práctica de la condena de cesación sólo se puede asegurar, en su caso, mediante la remoción de los efectos o rectificación de las informaciones, medidas que, ellas mismas, son objeto de sendas acciones de competencia desleal (artículo 18.3 y 4 LCD). *De lege data* no parece posible acudir con este fin a la imposición de multas coercitivas o medidas similares, que no pueden fundarse ni en una norma general ni en la extensión por analogía de lo previsto en materia de defensa de la competencia.

c) La acción de remoción

La acción de remoción de los efectos producidos por el acto de competencia desleal (artículo 18.3 LCD) tiene un carácter autónomo respecto de la acción de cesación: no sólo permite el aseguramiento de la condena a cesar, sino también y principalmente la eliminación de aquel estado de cosas contrario a Derecho traído por el acto de competencia desleal que sea duradero; eso es, de aquel estado de cosas que pueda persistir igualmente cuando no existe riesgo de continuación o de repetición del acto de competencia desleal. A diferencia de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, la acción de remoción está orientada por criterios estrictamente concurrenciales, por lo que su objetivo consiste en la eliminación de una distorsión actual de la competencia, y no en la reparación de los efectos dañosos producidos en el pasado por el acto combatido.

Las medidas de remoción de efectos sólo pueden alcanzar al demandado -esto es, su ejecución sólo ha de incidir en la esfera personal o patrimonial del demandado-, no a los terceros. Para ello es preciso que la condena de remoción sea dictada en un proceso en el que hayan sido demandados, lo que presupone que ellos mismos sean autores del acto

de competencia desleal denunciado, que hayan cooperado a su realización, que sean trabajadores o colaboradores de los anteriores (artículo 20 LCD), o bien que hayan realizado un acto de competencia desleal distinto pero relacionado con el anterior. En este mismo orden de cosas, podrán ser objeto de ejecución *in natura* las medidas de remoción acordadas judicialmente que consistan en un hacer que no pueda calificarse de hacer personalísimo.

Para que sea acogida la acción de remoción se requiere que el acto de competencia desleal produzca efectos distorsionadores de la competencia, así como también, aunque el texto legal guarde silencio en este punto, que tales efectos persistan no obstante la cesación. No parece exigible con carácter general, en cambio, la plena realización del acto de competencia desleal. Resultan, en efecto, fácilmente imaginables hipótesis en las que pueden existir efectos potencialmente distorsionadores de la competencia sin que todavía se haya realizado el acto de competencia desleal (material publicitario con indicaciones engañosas que aún no se ha distribuido). En estos casos, y del mismo modo en que se admite para la acción de cesación preventiva (prohibición del acto no realizado pero inminente), debe acordarse la remoción, como necesario complemento y desarrollo de la cesación cuando no sea suficiente por sí misma para asegurar que el acto desleal no se realizará (sin merma de su respectiva autonomía). No son presupuestos de la acción de remoción, ni el dolo o culpa del demandado, ni el riesgo de repetición, ni la producción de una lesión patrimonial.

El contenido y extensión de la remoción sólo podrá determinarse caso por caso, en atención a los efectos que produce (o que podría producir) el acto que motiva la demanda y de cuya eliminación se trata. En cualquier caso, puede avanzarse que las medidas de remoción que se acuerden han de ser objetivamente adecuadas para eliminar los efectos del acto de competencia desleal y, además, han de ser proporcionadas. Por otro lado, y ahora con un carácter particular, la remoción puede actuar sobre los objetos en que se materializa el acto de competencia desleal (ellos mismos fuente de ulteriores perturbaciones concurrenciales en cuanto susceptibles de ser utilizados o explotados en el mercado: material publicitario, productos imitados, documentos, moldes, patrones, envoltorios, envases, etiquetas...) mediante su modificación, restitución (secretos empresariales), retirada del tráfico o incluso destrucción; sobre los registros en que se ampara un derecho (patente, modelo de utilidad, diseño industrial, marca, nombre comercial, rótulo...) cuya obtención o utilización sea desleal, mediante su cancelación o modificación; sobre las informaciones

contenidas, manifestaciones o indicaciones desleales, mediante su rectificación (que ha sido objeto de una regulación particular y de la que se trata infra d)); sobre los contratos realizados o establecidos a raíz del acto de competencia desleal (captación desleal de clientes o de colaboradores), mediante su suspensión temporal o incluso mediante la declaración de su ineficacia.

d) La acción de rectificación

Con la acción de rectificación de informaciones engañosas, incorrectas y falsas se da cabida a la pretensión de corrección (publicitaria o no) entre las acciones derivadas de la competencia desleal (artículo 18.4 LCD). Así se había hecho ya, de modo expreso, para la publicidad ilícita [artículo 31.d) LGP]. Si bien la determinación judicial (negativa) de la configuración de un acto que se ha considerado desleal no parece en absoluto superflua (que es el otro contenido que en principio podría atribuirse a la acción de rectificación), este extremo no deja de ser propio del contenido de la condena de cesación. La relativa novedad y, sobre todo, la excepcionalidad y rigurosidad de sus presupuestos, en cambio, no hacen obvio que la corrección del acto desleal quede comprendida, sin una previsión expresa, en la acción de remoción. De ahí que parezca preferible entender que la acción de rectificación derivada de la competencia desleal es, en realidad, una acción que tiene por objeto la corrección de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas. Aunque no deja de ser una especie de la acción de remoción, debe valorarse de forma positiva que, así entendido, la acción de rectificación se haya reconocido en forma separada respecto de la acción de remoción, precisamente por la diferencia en sus respectivos presupuestos (en particular, y como se verá, no basta que perduren los efectos del acto de competencia desleal para dictar una condena de rectificación).

Cualquiera que sea el *nomen iuris* asignado legalmente a esta acción, no puede pasarse por alto que la difusión de informaciones incorrectas o falsas no constituye *per se* un acto de competencia desleal. En este sentido, la acción de rectificación está reservada a remover los efectos de los actos cuya deslealtad pueda basarse en la difusión de informaciones engañosas, incorrectas o falsas: actos de engaño y de comparación engañosa, así como, aunque quizás en menor medida, actos de denigración y de comparación denigratoria. Pero no a cualquier supuesto de acto de engaño, de denigración o de comparación desleal, sino sólo a aquellos cuya ilicitud derive de la

presencia de informaciones engañosas, incorrectas o falsas. Ello da lugar a dos consecuencias de distinto sentido. En primer término, no podrá pretenderse la rectificación cuando la deslealtad de estos actos tenga un sustento fáctico diverso, como sucede cuando la denigración es desleal por no ser pertinentes o por tener un carácter estrictamente personal las manifestaciones realizadas o difundidas, o bien cuando la comparación es desleal por no ser análogos o relevantes los extremos comparados, o incluso por no haberse podido comprobar si es que no se ha demostrado su inexactitud o falsedad. En segundo término, no podrá pretenderse la rectificación cuando la deslealtad del acto considerado se base en la omisión de indicaciones o manifestaciones verdaderas, o bien, ahora desde un ángulo negativo, cuando no radique en una información difundida mediante indicaciones o manifestaciones, sino v. gr., en la misma forma de presentación de las alegaciones, indicaciones o manifestaciones (publicidad encubierta).

Por la extremada trascendencia de sus repercusiones, la condena de rectificación debe exigir la concurrencia de ciertos presupuestos especialmente rigurosos: de un lado, se requiere que los efectos residuales (que se manifiesten más allá de la cesación) del acto de competencia desleal sean graves y extraordinariamente duraderos y, de otro lado, se requiere que la rectificación sea un remedio proporcionado y eficaz. En el primer sentido, la adopción de la condena a rectificar exige una comprobación cuidadosa de la efectiva persistencia de los efectos del acto de competencia desleal y de los riesgos que ello comporta. Así, la rectificación debe reservarse para los casos en que, por el contenido de los mensajes falaces y por la duración e intensidad con que circularon, se haya inculcado a los consumidores un convencimiento erróneo acerca de la naturaleza, características, condiciones o utilidad, de determinadas actividades, prestaciones o establecimientos, o bien se haya provocado entre los consumidores un descrédito de la persona, actividades, establecimiento o prestaciones del demandante o de un tercero tan acendrados (engaño y denigración) que no sólo no vayan a desaparecer con la cesación del acto desleal (es más, pudieran ser reavivados por nuevos mensajes del todo veraces⁸), sino que vayan a seguir influyendo decisiva y efectivamente en las decisiones de los consumidores (de ahí que pueda descartarse su aplicación en los supuestos de ofertas promocionales, que por definición tienen una reducida duración). Esta influencia decisiva y efectiva ciertamente podrá ser modulada y exigirse con una intensidad diversa en función de los riesgos deriva-

⁸ Como destaca C. Fernández-Navoa, *Estudios de Derecho de la publicidad*, ob. cit., p. 280.

dos de la contratación de las prestaciones promocionadas para los consumidores. Asimismo, y sobre lo anterior, es necesaria una comprobación de la gravedad de tales efectos, hecha a partir de una valoración de los intereses involucrados, especialmente atenta a los riesgos que para los intereses de los consumidores (en particular para su seguridad y su salud⁹) pudieran comportar los efectos residuales del acto de competencia desleal (por ejemplo, contratación de las prestaciones promocionadas mediante el acto desleal). En el segundo sentido, se requiere no sólo que la cesación sea insuficiente para la eliminación de los efectos del acto desleal, sino, también, que la rectificación sea el único remedio posible para deshacer la situación creada por el acto desleal, que sea proporcionada y, además, que sea realmente eficaz para ello. La prueba de la concurrencia de todos estos requisitos compete al demandante que exige la rectificación. No son presupuestos de esta acción ni el dolo o culpa del sujeto agente, ni la producción de un daño.

La rectificación consiste en la difusión de una comunicación que deberá advertir de forma expresa y clara de la inexactitud o falsedad de las indicaciones o manifestaciones difundidas con anterioridad y que, si fuere imprescindible para poner término a los efectos residuales del acto de competencia desleal, deberá proporcionar también la información exacta y veraz que resulte pertinente. En todo caso, la rectificación deberá incluir una referencia expresa al hecho por el que se realiza en cumplimiento de una sentencia dictada por competencia desleal. La rectificación no consiste, por tanto, en la mera publicación de la sentencia de condena, que acertadamente se ha configurado como modalidad de reparación *in natura* de los daños y perjuicios ocasionados por el acto de competencia desleal (artículo 18.5 LCD). Lo extraordinario de este remedio obliga a que la sentencia de condena fije cuidadosamente tanto el contenido de la rectificación, como las condiciones en que habrá de difundirse: el medio (en esencia, comunicaciones individualizadas orales o escritas a los afectados y/o publicación en medios de comunicación social) y la duración. El criterio determinante al respecto es el aseguramiento de que la rectificación llegue al público que en su día recibió las informaciones engañosas, inexactas o falsas y de que efectivamente elimine los efectos residuales del acto de competencia desleal.

La condena a rectificar únicamente puede imponerse de modo directo al autor de la difusión de las

informaciones engañosas, incorrectas o falsas en que se funde el acto de competencia desleal considerado en cada caso. No puede imponerse, en cambio, a quienes hayan cooperado en su realización, como editores, entidades de radiodifusión, etc. salvo que hayan hecho propias tales informaciones. A estos sujetos, y siempre que fueran igualmente demandados (artículo 20 LCD), habrá de condenárseles, de un lado, a hacer público su distanciamiento respecto de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas; y, de otro, a difundir a su costa la rectificación en los términos establecidos judicialmente.

e) La acción de resarcimiento de daños y perjuicios

La acción de resarcimiento de daños y perjuicios (artículo 18.5 LCD) no ocupa un lugar central en el sistema de acciones contra la competencia desleal, ni desde un punto de vista funcional ni desde un punto de vista económico. Como se ha advertido anteriormente, este rol principal corresponde a la acción de cesación y, en menor medida, a la acción de remoción. La función de la acción de resarcimiento es triple. Si por un lado tiene una función resarcitoria, por otro no deja de cumplir una función disuasiva o preventiva de nuevos actos de competencia desleal y, en conjunto, una función aseguradora del mantenimiento del orden concurrencial libre y no falseado.

El resarcimiento de los daños y perjuicios procede si el acto de competencia desleal ocasionó una lesión patrimonial (daño emergente y lucro cesante) efectiva y, de otro lado, si su autor procedió con dolo o culpa.

Dolo y culpa fundan en igual medida la responsabilidad por daños y perjuicios, si bien en este último caso se abre la posibilidad de moderar la responsabilidad en atención a una eventual conducta igualmente culposa del actor (omisión de un requerimiento o de otras medidas que hubieran podido evitar o aminorar el daño). El dolo consiste en el conocimiento efectivo de la deslealtad de la propia actuación, pero también en la consciente aceptación de la deslealtad o no comprobación de la deslealtad cuando ya se ha decidido la actuación y la ilicitud concurrencial se tiene por posible; no se exige, en cambio, voluntad de ocasionar un daño o aceptación de un daño como consecuencia de la actuación desleal. Por su parte, la culpabilidad consiste en el conocimiento debido de la deslealtad de la propia

⁹ Extremo que ya apuntara, mediante una referencia al artículo 8 LGP en este contexto, C. Fernández-Novoa, *Derecho de los Negocios*, núm. 7, 1991, p. 2.

actuación, y no sólo en el conocimiento de las circunstancias de hecho en que se funda su deslealtad (necesario como regla general para que la actuación constituya un acto de competencia desleal); como en el caso anterior, tampoco es preciso que dicho conocimiento debido se extienda a los daños y perjuicios ocasionados a terceros. En la apreciación de la culpa debe procederse de un modo estricto. Como regla general la culpa se puede afirmar en todos los casos en que un examen diligente de la propia actuación y de las circunstancias del caso (extremo que ha de valorarse en atención a las condiciones del demandado, que no necesariamente es un empresario) hubiere permitido pronosticar la deslealtad o hubiere permitido superar un error acerca de su calificación jurídica como acto de competencia desleal; por el contrario, sólo parece posible negar la culpabilidad, incluso cuando haya mediado un requerimiento de cese, en los casos en los que existan dudas acerca del enjuiciamiento (calificación jurídica) de una determinada conducta, sea por el carácter novedoso (falta de precedentes) y complejo del supuesto, sea por la existencia de precedentes contradictorios, si en cualquiera de estas circunstancias se ha obtenido un asesoramiento externo independiente que ofrezca razones serias y fundadas para entender que la actuación considerada es conforme a Derecho. Observa igualmente una conducta dolosa o culposa quien inicialmente no procedió con dolo o culpa si con posterioridad se encontró en cualquiera de las situaciones expuestas y, ello no obstante, continuó en la realización del acto de competencia desleal.

El actor habrá de probar cumplidamente todos estos presupuestos, así como la relación de causalidad. Aunque resulte ciertamente discutible, quizás no pueda descartarse que juzgados y tribunales acaben por aceptar una extensión de la doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad por riesgo u objetivación de la responsabilidad extracontractual del que causa daño a otro en ejercicio de una actividad empresarial¹⁰. A mi modo de ver, y considerados sus fundamentos y antecedentes, sólo estaría justificado que prosperara esta doctrina en relación a la reparación de los daños y perjuicios ocasionados a los consumidores; en cambio, no existen razones que puedan avalar su aplicación en relación con los daños y perjuicios causados a otros competidores¹¹.

El resarcimiento puede consistir tanto en la reparación por equivalente o pecuniaria, como en la reparación específica o *in natura*. Aunque en un plano teórico a esta última corresponde prioridad sobre la primera, lo cierto es que la reparación específica juega un papel limitado en materia de competencia desleal. Ello se debe a que la restauración de la situación anterior es principalmente asumida por la acción de remoción y de rectificación. No obstante lo anterior, una de las modalidades de reparación específica ha sido objeto de una mención particular: la publicación de la sentencia a costa del demandado.

Como se desprende de lo anterior, la publicación de la sentencia no puede considerarse como un complemento de la reparación pecuniaria, sino como una alternativa. A ella se ha de recurrir en los supuestos, no precisamente escasos, en que la cuantificación de los perjuicios no sea posible en absoluto o no sea posible en parte; en este último caso, la publicación de la sentencia se suma, pero no completa, a la reparación del daño emergente. Nada ha dispuesto el legislador acerca del modo en que debe hacerse la publicación de la sentencia, en particular no ha precisado ni el lugar ni el contenido de la publicación. Son extremos que, como no podía ser de otro modo, se han confiado a jueces y tribunales, pues sólo pueden resolverse adecuadamente a la vista de las circunstancias del caso. En principio, debe ordenarse que la publicación se realice en los mismos medios de comunicación social en que apareció la publicidad desleal y, en los demás supuestos, que se realice de forma tal que la noticia de la sentencia llegue de modo suficiente y proporcionado a los clientes del afectado por el acto de competencia desleal, incluida la publicación en medios de comunicación social. El contenido de la publicación debe reducirse, en principio, a un extracto de la sentencia (elaborado por el juzgador) o a la parte dispositiva de la sentencia. No parece adecuado, por el contrario, que el objeto de la publicación sea el texto entero de la sentencia, que si puede ser de interés para los juristas no lo es en absoluto para el público en general, e incluso puede cuestionarse si tiene alguna utilidad como medida de resarcimiento cuando, por su extensión y más que necesaria complejidad, pasa inadvertida o no es comprendida por los destinatarios naturales de la misma. La previsión de una publicación de la sentencia a costa del demandado como sanción del acto de

¹⁰ Con detalle acerca del proceso de objetivación de la responsabilidad extracontractual y especial delimitación de sus hitos para la responsabilidad del empresario, S. Cavanillas, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Aranzadi, Pamplona, 1987, pp. 46 a 103.

¹¹ No obstante, STS 30-V-92. Construcciones Agrícolas Aguirre, S.L. c. Vicon España, S. A.É = RAJ número 4832, con nota crítica en este punto de J. Massaguer, CCJC, número 29, 1992, p. 610 ss., pp. 635 a 637.

competencia desleal no impide que el actor-victorioso la publique a su costa; las resoluciones judiciales, en efecto, son de libre publicación, dado su carácter de acto oficial público (artículos 24.2 y 120.1 CE, artículo 266.1 LOPJ¹²) y dada la licitud de la difusión de información veraz concurrentialmente desfavorable a un agente económico siempre que sea pertinente (arg. ex artículo 9 LCD¹³); el actor, pues, puede dar publicidad a la sentencia de forma íntegra o de forma extractada, pero sin alteraciones, mutilaciones, adiciones o comentarios denigratorios para la parte demandada-vencida.

A los efectos del resarcimiento por el equivalente, los daños comprenden la pérdida directamente producida por el acto de competencia desleal: aminoración del valor de la imagen y expectativas de negocio del actor (que no logren repararse con la cesación y, en su caso, rectificación, o con las medidas que hubiere podido adoptar el actor); valor de objetos sustraídos que no puedan recuperarse u objetos dañados; gastos para la prevención de los efectos sobre la clientela (publicación de anuncios, envío de comunicaciones...) que puedan considerarse necesarios y proporcionados en atención a los efectos del acto de competencia desleal así combatido o prevenido; investigación y acopio de pruebas, asesoramiento; paralización de la producción o comercialización... Entre los daños resarcibles no pueden contarse los daños morales: aunque sin duda un acto de competencia desleal puede ocasionarlos (denigración), se producen en un ámbito absolutamente ajeno al propio de la Ley de Competencia Desleal y, así, al margen de su finalidad y objeto, no son daños morales sino patrimoniales los relacionados con la pérdida de imagen y buen nombre del actor.

Los perjuicios, de su lado, son los beneficios dejados de obtener como consecuencia del acto desleal, la diferencia entre el valor actual del patrimonio del actor y aquel que habría tenido si no se hubiere realizado el acto de competencia desleal. La cuantificación de los perjuicios encuentra enormes dificultades en la práctica, que se manifiestan fundamentalmente, y como es obvio, en la reconstrucción del valor hipotético del patrimonio del actor, puesto que debe hacerse en atención a un también hipotético desarrollo de las cosas que obliga a con-

siderar, en particular, circunstancias tales como la situación y tendencias del mercado, las medidas adoptadas para evitar los efectos del acto ilícito o la actuación de los demás competidores. La complejidad de los factores que influyen en este proceso de cálculo, sumada a la diversidad entre las situaciones a que dan lugar los diferentes actos de competencia desleal impiden fijar reglas generales (al menos sin abandonar el esquema general del resarcimiento de una lesión patrimonial extracontractual): *ad ex.*, la consideración de la cifra de negocios del autor del acto de competencia desleal en relación con los productos afectados podría servir para reparar los perjuicios que ocasiona una imitación idónea para generar asociación, pero no lo es de ninguna forma para reparar los que produce esa misma imitación si comporta un aprovechamiento indebido de la reputación ajena, como en general no lo es en ningún caso en que el perjuicio, del modo en que sucede en una buena parte de los actos de competencia desleal, consista en la desviación de clientela. Lo cierto es que no existe ninguna norma que proporcione al juzgador específicos criterios para la determinación de los perjuicios y que, de otro lado y por ello mismo, facilite al actor la prueba de la cuantía de los perjuicios, en particular acerca de la hipotética evolución de sus ingresos y gastos en el caso de que no se hubiere realizado el acto de competencia desleal. Finalmente y como consecuencia obligada del principio de territorialidad que rige en esta materia, sólo son resarcibles los daños y perjuicios ocasionados en el mercado español.

f) La acción de enriquecimiento injusto

Finalmente, la acción de enriquecimiento injusto (artículo 18.6 LCD) procede si el acto de competencia desleal comporta la intromisión en la esfera de exclusiva asegurada por el ordenamiento al actor, sea de modo directo mediante un derecho de exclusiva (*ius prohibendi*) o indirectamente (situación de contenido económico análogo a un derecho de exclusiva)¹⁴. Su previsión viene a llenar el hueco que, en estos supuestos, dejan algunos de los elementos característicos de la acción de resarcimiento, como son, de un lado, la exigencia de dolo o culpa y, de otro, la limitación de la reparación a los daños y perjuicios efectivamente sufridos (condición que no tienen ni el daño cesante ni el lucro emergente

¹² Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial = BOE 1985/157.

¹³ En esta línea, STS 28-VII-95 = RAJ 1995/2791.

¹⁴ Vid. C. Fernández Novoa, *El enriquecimiento injusto en el Derecho Industrial*, Academia Gallega de Legislación y Jurisprudencia, La Coruña, 1996, *passim*. En general, para los bienes inmateriales, L. Díez-Picazo, en M. De la Cámara y L. Díez-Picazo, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 124 y 125.

logrados a través de la invasión de una esfera de exclusiva ajena).

El condicionamiento de la acción de enriquecimiento a la lesión de una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva, y no del propio derecho de exclusiva, o de una situación económica análoga, no añade un presupuesto particular a los presupuestos propios de esta acción según el Derecho común. Tampoco constriñe de otro modo el campo operativo de la acción de enriquecimiento injusto. Al contrario, con aquella previsión se define el supuesto de hecho, especificando el alcance propio de esta acción (el tránsito no justificado de un valor patrimonial desde un patrimonio a otro) en materia de represión de la competencia desleal. Para que se produzca dicho tránsito, en efecto, es preciso que exista algún tipo de título jurídico o de hecho (pero también éste jurídicamente protegido) sobre el bien económico afectado por la acción ilícita de un tercero (en este caso, por el acto de competencia desleal), título que justamente se identifica como «posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico». Entre las posiciones amparadas por un derecho de exclusiva se cuentan los derechos de propiedad industrial y de propiedad intelectual (en el bien entendido de que la pretensión de enriquecimiento injusto comprendida en la acción de competencia desleal no se basa en la mera violación del correspondiente *ius prohibendi*). Entre las posiciones de análogo contenido económico, se deben contar las posiciones activas en la relación entre un sujeto y un determinado bien económico, en que el ordenamiento reserva a su titular la explotación de dicho bien económico en ciertas circunstancias a través de cualquier mecanismo, incluido el Derecho contra la competencia desleal, que le legitime para impedir a los terceros su aprovechamiento (no necesariamente en todos los casos y bajo cualquier condición), salvo que cuenten con su autorización. Entre los bienes que son objeto de esta clase de posiciones de contenido económico análogo a los derechos de exclusiva se deben mencionar los signos distintivos no inscritos, los elementos y rasgos identificativos de una persona, los secretos empresariales, y las prestaciones protegibles frente a la imitación desleal.

La acción de enriquecimiento injusto por actos de competencia desleal, en suma, no es una acción conferida a los titulares de derechos de propiedad industrial o intelectual en casos de violación llana de estos derechos, sino a éstos por actos o aspectos de actos que no constituyen propiamente una violación de los mismos sino actos de competencia desleal (aprovechamiento indebido de la fama mediante utilización de una marca renombrada) y a los

titulares de ciertos bienes económicos protegidos por el ordenamiento mediante mecanismos distintos también en casos de propia competencia desleal (confusión con signos distintivos no registrados, imitación de creaciones industriales o estéticas no protegidas mediante derechos de exclusiva que implica confusión, aprovechamiento indebido de la reputación o del esfuerzo ajenos, aprovechamiento indebido de la reputación ajena mediante la utilización de signos distintivos no registrados, de nombres, de elementos o rasgos de la personalidad de otro, explotación de secretos empresariales, etc). Así las cosas, el tránsito patrimonial que constituye el supuesto de hecho del enriquecimiento injusto no puede producirse de común en los supuestos de engaño, publicidad en especie, denigración, comparación, inducción a la infracción contractual, infracción de normas, discriminación o venta a pérdida; sino sólo en algunos casos de confusión, imitación, aprovechamiento de fama ajena y violación de secretos, así como quizás en algún supuesto de inducción a la infracción contractual.

Los presupuestos de la acción de enriquecimiento injusto y el contenido de la restitución pretendida con ella son los generales del Derecho Común, en cuyo seno la teoría del enriquecimiento injusto no es construcción legislativa, sino jurisprudencial. Estos presupuestos son, en primer lugar, el enriquecimiento patrimonial del autor del acto de deslealtad, que puede consistir tanto en la obtención de determinadas ganancias como, lo que aquí puede ser de un especial interés, en el ahorro de ciertos gastos que reporta el aprovechamiento de las prestaciones ajenas amparadas por un derecho de exclusiva o posición económicamente análoga; en segundo lugar, el empobrecimiento del que sufre el acto de competencia desleal, resultado de la usurpación de una posibilidad de uso o disfrute atribuida por el ordenamiento al actor, de modo que el enriquecimiento que experimenta el tercero se obtiene a costa del actor, en el sentido de que se logra mediante el aprovechamiento ilegítimo de su posición para el desarrollo de la propia actividad, y no en el sentido de que le ocasiona daños y perjuicios; finalmente, la falta de causa que justifique el enriquecimiento, extremo que se cumple en todos los supuestos en que pueda afirmarse la comisión de un competencia desleal. No son presupuestos de la acción de enriquecimiento ni el dolo ni la culpa del autor del acto desleal.

El objeto material de esta acción no es la restitución de la integridad de la posición jurídica amparada por el derecho de exclusiva u otra económicamente análoga lesionada por el acto de competencia desleal (de ello se ocupan las acciones de cesación y

remoción), sino sólo la reintegración del equivalente. La condena, por tanto, consiste en la compensación por el indebido aprovechamiento de un elemento patrimonial ajeno y, así, tiene por objeto la suma de dinero en que se evalúa el enriquecimiento. Dicha suma puede consistir en el ahorro de costes que el acto de competencia desleal ha reportado a su autor, esto es, en el valor de uso del bien económico usurpado, que normalmente se fijará como porcentaje sobre ingresos obtenidos como consecuencia de la realización del acto de competencia desleal (importe de una licencia por el uso del bien económico deslealmente apropiado). Su determinación ha de hacerse en forma objetiva y según los parámetros ordinarios del sector (es decir, prescindiendo de que la política del actor no sea la concesión de licencias, pero atendiendo al valor de uso que tenga en el mercado el bien económico de que se trate). No puede eludirse esta condena en el caso de que la realización del acto de competencia desleal no hubiese permitido la obtención de una ganancia. De otro lado y para los casos en que la ganancia exceda del importe del ahorro de costes, la suma a cuyo pago ha de condenarse al autor del acto de competencia desleal que se haya enriquecido, consistirá en el importe de la ganancia obtenida de este modo que sea reconducible a la utilización del bien económico deslealmente usurpado. La condena no puede tener por objeto en este caso el importe de los ingresos logrados mediante el acto de competencia desleal, puesto que en tal caso se le beneficiaría igualmente con la parte de ingresos destinada a cubrir los costes propios del infractor (distintos de los que corresponden al uso no autorizado del bien económico deslealmente usurpado) que no soporta el actor.

Así las cosas, la acción de enriquecimiento no tiene en materia de competencia desleal un carácter subsidiario, como tampoco lo tiene con carácter general; el objetivo que persigue no puede ser alcanzado a través de ninguna otra de las acciones de competencia desleal. En particular son distintas las nociones y el contenido de daños y perjuicios, de un lado, y, de otro, de enriquecimiento injusto. No obstante, la ganancia dejada de obtener puede coincidir conceptualmente con el empobrecimiento padecido, aunque no económicamente de modo necesario:

en un caso de violación de secretos, por ejemplo, normalmente no coincidirán los beneficios dejados de obtener por el actor mediante su explotación con la ganancia del que adquirió y reveló el secreto a un tercero (el precio de la cesión que el titular del secreto pensaba conceder podría ser inferior al precio pagado al espía, o viceversa), ni con los beneficios obtenidos por éste con su explotación.

2. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA

La legitimación activa para el ejercicio de la acción de competencia desleal está reconocida no sólo a favor de las personas cuyos intereses se ven directamente afectados por el acto de competencia desleal, sino también a favor del conjunto de personas que, por hallarse en una misma situación, se ven afectadas de igual forma por el acto de competencia desleal (artículo 19 LCD)¹⁵. El respeto y salvaguardia de esta dualidad interés individual/interés público en el ámbito de la legitimación activa es exigencia sistemática, por lo demás, del modelo de tutela institucional de la competencia económica y de los presupuestos materiales del ilícito de deslealtad concurrencial. De ahí el reconocimiento separado de una legitimación activa a título individual y de una legitimación activa a título colectivo, concebida como medio de efectiva tutela de los intereses del conjunto (de una clase) de partícipes en el mercado.

A título individual, tienen reconocida legitimación activa las personas que participan en el mercado y resultan directamente perjudicadas o amenazadas en sus intereses económicos por el acto de competencia desleal (artículo 19.1 LCD). La acción de competencia desleal no se configura como una acción pública; de la fórmula normativa resulta patente, además, la voluntad del legislador de evitar esta evolución y, por ello, la necesidad de extremar la prudencia, que no es ineludiblemente lo mismo que ser restrictivos, en el reconocimiento de la legitimación activa a título individual. El ámbito subjetivo del reconocimiento de acción está delineado, ante todo, por las referencias a la condición de partícipe en el mercado y a los intereses económicos. Las personas que participan en el mercado son aquellas en cuyo interés se establece la represión de la competencia desleal (artículo 1

¹⁵ Artículo 19 LCD: Legitimación activa.- 1. Cualquier persona que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por el acto de competencia desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en los cinco primeros números del artículo anterior.

La acción de enriquecimiento injusto sólo podrá ser ejercitada por el titular de la posición jurídica violada.

2. Las acciones contempladas en los números 1 a 4 del artículo anterior podrán ejercitarse además por las siguientes entidades:

a) Las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos cuando resulten afectados los intereses de sus miembros.

b) Las asociaciones que, según sus estatutos, tengan por finalidad la protección del consumidor. La legitimación quedará supeditada en este supuesto a que el acto de competencia desleal perseguido afecte directamente a los intereses de los consumidores.

LCD), incluidos los consumidores (aunque en la práctica el reconocimiento de legitimación activa a título individual en favor de los consumidores tiene un simple valor simbólico), y no sólo aquellas que forman parte del círculo de destinatarios de la prohibición de competencia desleal (artículo 3.1 LCD). Ello, sin embargo, no es óbice para exigir la condición real y efectiva de partícipe en el mercado, sea como consumidor o como operador económico profesional. En este último caso aquella condición se satisface tanto a través del desarrollo real y efectivo de una actividad de producción, mediación o prestación de bienes o servicios para el mercado (en España), como de la preparación de estas actividades (campañas de publicidad). En esta línea, se debe negar la legitimación activa a quien haya cesado su actividad en el mercado, si bien al respecto conviene proceder con prudencia y considerar cuidadosamente las posibilidades reales de reiniciar la actividad y la medida en que la actuación combatida afecta a dichas posibilidades. Los intereses económicos son los que, considerada la actividad que se lleva a cabo en el mercado, tiene cada partícipe en relación al aspecto del orden concurrencial afectado por el acto que se considere. La referencia al perjuicio o amenaza directa de los intereses económicos no ha de servir para introducir por esta vía la producción real o potencial de un daño patrimonial o la relación de competencia como presupuestos de la deslealtad de un acto concurrencial; de ahí que la legitimación activa no quede limitada a los competidores efectiva o potencialmente afectados por el acto de competencia desleal y, consiguientemente, de ahí que tampoco tenga mucho sentido entrar a considerar quiénes son competidores y quiénes no. En este sentido, el perjuicio y la amenaza directa de los intereses económicos sólo concretan el interés legítimo exigible para iniciar una causa de esta naturaleza. Por ello estas circunstancias concurrirán en las personas que resulten personal e inmediatamente alcanzadas por la repercusión que el acto de competencia desleal tenga sobre la estructura competitiva y/o el funcionamiento concurrencial del mercado, afectando negativamente a la propia posición o actividad en el mercado.

No concurrirán, en cambio, por el solo hecho de que se sufra o se pueda sufrir cualquier clase de perjuicio patrimonial o relativo a bienes o derechos no directamente protegidos por la represión de la competencia desleal a resultas de un acto de competencia desleal: el criterio de la causalidad no es bastante para aceptar una legitimación activa cuando el perjuicio o amenaza de los propios intereses sea ocasionado por el perjuicio o amenaza de los intereses de un tercero con el que se mantiene relación (como acreedor, socio, inversor interesado...), éste sí producido por el acto de competencia desleal.

A título colectivo, por su parte, están legitimados para ejercitar la acción de competencia desleal las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos (asociaciones de empresarios, colegios profesionales, gremios...) y las asociaciones de consumidores. Su legitimación activa no alcanza a todas las pretensiones propias de la acción de competencia desleal, sino sólo a las de declaración, cesación, prohibición, remoción y rectificación (artículo 19.2 LCD, artículo 25.1 LGP). Ello no obstante, estas entidades están legitimadas para interponer las acciones de resarcimiento y de enriquecimiento en los casos en que el acto de competencia desleal afecte a estas entidades en cuanto tales y, en su caso, propicie el aprovechamiento de un derecho de exclusiva o situación análoga propias de ellas.

Este reconocimiento de legitimación activa se efectúa en términos muy generosos, y no se ve limitada por ninguna norma particular que sancione específicamente los abusos de la misma. Desde un punto de vista formal, sólo se exige una forma jurídica que tenga reconocida capacidad para el ejercicio de acciones (artículo 7.3 LOPJ), un estatuto específico que les atribuya como finalidad la promoción de los intereses económicos de sus miembros, o en su caso, la defensa de los intereses de los consumidores. No es preciso requerir a estos efectos que sus normas de gobierno o sus estatutos contengan una expresa mención de la represión de la competencia desleal. Desde un punto de vista material, finalmente, se requiere que el acto de competencia desleal combatido caiga en el ámbito de actividades de sus miembros. Así sucede cuando sus miembros resultan directamente perjudicados o amenazados en sus intereses económicos. Atendidas la finalidad de tutela institucional de la competencia asumida por la ley y la supresión de la relación de competencia como elemento material del ilícito, nada puede oponerse a la legitimación activa de las asociaciones intersectoriales.

En particular, una asociación de consumidores tiene legitimación para ejercitar la acción de competencia desleal sin necesidad de estar constituida con arreglo a la Ley de Asociaciones o como una cooperativa de consumo e inscrita en el correspondiente libro de registro llevado en el Ministerio de Sanidad y Consumo. Ello sólo es requisito para gozar de los beneficios que la legislación de defensa de los consumidores otorga a las asociaciones de consumidores (artículo 20 LCU). Sin embargo, el ejercicio de acciones ante los órganos de la jurisdicción, y en particular, el ejercicio de la acción de competencia desleal, no tiene esta consideración; sí lo tiene, por el contrario, el beneficio de justicia gratuita. En la práctica, no

obstante, la exclusión de la posibilidad de ejercitar la acción de resarcimiento de daños y perjuicios¹⁶, de un lado, y, de otro, los costes que lleva aparejado el proceso por competencia desleal, en especial la fianza requerida para la adopción de medidas cautelares y los gastos que exige el acopio de pruebas, puede desembocar en que las asociaciones de consumidores prefieran, a pesar de ser menor su eficacia, las acciones por publicidad ilícita: el requerimiento extrajudicial les asegura un significativo protagonismo en la vida económica y política a un coste muy bajo les conviene, sobre todo, la denuncia ante los órganos de la Administración en los casos en que el acto de competencia desleal comporte un ilícito en materia de consumo, un ilícito de comercio interior o un ilícito *antitrust*: la tramitación del expediente y, por tanto, la investigación de los hechos compete a la Administración, que asume íntegramente los gastos que genera, y la asociación de consumidores tiene garantizada su intervención en el eventual procedimiento administrativo como parte interesada.

Carecen de legitimación activa para ejercitar la acción de competencia desleal tanto la Administración, como el Ministerio Fiscal. En relación a la primera, su omisión de entre los legitimados para interponer la acción de competencia desleal¹⁷ contradice y deja sin contenido material efectivo las previsiones de buena parte de las normas autonómicas, que todavía atribuyen competencia para velar por el cumplimiento de la legislación estatal contra la competencia desleal a los órganos de la Administración autonómica encargados de aplicar las normas sobre prácticas comerciales. Ello no obstante, los órganos administrativos competentes, *rectius*: las Administraciones en que se encuadren

tienen reconocida la legitimación para interponer la acción de publicidad ilícita (artículo 25.1 LGP, así como la extraña y probablemente vacía de efecto práctico Disposición Adicional Segunda LOCM, sin otra limitación en principio que la derivada de la exigencia general de que el particular supuesto de publicidad ilícita afecte a los intereses generales (artículo 103 CE). De ahí que, no obstante la falta de precisión que en este punto adolece la norma, los órganos administrativos competentes para el ejercicio de la acción de publicidad ilícita sean tanto aquellos que tienen expresamente atribuida la legitimación para el ejercicio de esta acción por disposición legal, como la Comisión Nacional del Mercado de Valores (artículo 94 II LMV¹⁸), el Banco de España (artículo 11.5 OM 12-XII-89¹⁹) o algunos organismos autonómicos (artículo 10 LAC del País Vasco), como aquellos otros organismos cuyas funciones legalmente establecidas comprenden de forma más o menos genérica el ejercicio de acciones en defensa de los intereses cuya tutela tienen específicamente encomendados, como es por ejemplo el caso de los Consejos Reguladores de las Denominaciones de Origen. Con todo, debe tenerse en cuenta que la legitimación activa de la Administración no es en este caso emanación de su *imperium* sino una facultad de Derecho Privado. De ahí que la eventual concurrencia de diversos órganos administrativos competentes deba resolverse reconociendo a todos la legitimación, y no seleccionando a uno de ellos como el único órgano competente, en la medida en que el acto considerado tenga difusión nacional o no quede comprendido en el ámbito de competencias ejecutivas autonómicas.

De otro lado, para el ejercicio de la acción de publicidad ilícita no cuenta la Administración con ningun-

¹⁶ Sobre la inviabilidad técnica de la reclamación de daños y perjuicios ocasionados a una pluralidad no determinada de personas, J. J. Marín, en R. Bercovitz y J. Salas, Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Civitas, Madrid, artículo 20.1, 2, pp. 569 a 573, con ulteriores referencias.

¹⁷ Esta omisión se debe a la enmienda número 74 del Grupo Socialista en el Congreso, que trajo la supresión del artículo 20.2.c) PLCD: «Las acciones contempladas en los números 1+ a 4+ del artículo anterior podrán ejercitarse además por las entidades siguientes... La Administración del Estado y, en su caso, la de las Comunidades Autónomas, respecto de aquellos actos que afecten al interés público o el mantenimiento de un orden concurrencial no falseado...», con la lapidaria motivación que sigue: «Técnica. Tratarse de una eventualidad prevista en la Ley de Disciplina de Mercado», como si alguna vez la legislación estatal hubiera contado con semejante Ley. Otra cosa hubiera sido si de este modo se hubiera estimado que sólo los órganos de defensa de la competencia debían tener legitimación para actuar contra los actos de competencia desleal y ello de conformidad con el régimen de sanciones y según el procedimiento propios de la legislación de defensa de la competencia y, además, sólo en casos de grave afectación de un peligro para el mantenimiento de la competencia en el mercado que afectara gravemente a los intereses públicos, pues ello ya se había logrado con el artículo 7 LDC. Como se indica en el texto, aun en este caso la decisión de política legislativa quizás no fuera tampoco feliz, pues sin duda existe un buen número de supuestos, como pueden ser, por ejemplo, los relativos al engaño, en los que no concurren los requisitos del artículo 7 LDC pero está justificada la intervención de una administración pública, particularmente de los organismos competentes en materia de comercio interior y defensa de los consumidores y usuarios, estatales y autonómicos, que sin embargo carece de normativa y procedimiento administrativo de los que valerse para reprimirlos por tratarse de materias integradas en el ámbito de la defensa de la competencia, en el sentido amplio definido por la jurisprudencia constitucional.

¹⁸ LMV: Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores = BOE núm. 181.

¹⁹ Orden Ministerial (Ministerio de Economía y Hacienda) de 12 de diciembre de 1989 = BOE núm.

na previsión especial, lo que determina que también la Administración se vea sometida a la exigencia de previa reclamación. Sólo en el ámbito de la acción cautelar puede apreciarse algún trato privilegiado, como sin duda es la previsión de que (sólo) las medidas cautelares instaladas por la Administración puedan ser dictadas en las veinticuatro horas siguientes a la presentación de la demanda [artículo 30.1 a) II LGP], aunque tampoco en este caso se dispense expresamente a la Administración del requerimiento de previa reclamación extrajudicial de cese.

3. LA LEGITIMACIÓN PASIVA

La legitimación pasiva corresponde *prima facie* al autor material y al que coopera en la realización del ilícito (artículo 20 LCD)²⁰. Si varias personas participan en la comisión de un acto de competencia desleal, una o unas como autor (es) y/o otra u otras como cooperador (es), cada una responde independientemente, según la naturaleza y efectos de su contribución, con la particularidad de la indemnización de los daños y perjuicios y de la compensación del enriquecimiento injusto cuando el acto de competencia desleal haya sido cometido por trabajadores y colaboradores (artículo 20.2 LCD).

Autor material del acto de competencia desleal es la persona que lo realiza u ordena: la persona que de forma voluntaria ejecuta o prepara la ejecución de un acto de competencia desleal, o a cuya decisión se debe su ejecución o su preparación por otro; no priva de la condición de autor a estos efectos el hecho de que se obre en representación de un tercero, incluso como miembro del órgano de administración de una persona jurídica (sin perjuicio de que ésta también sea autora como consecuencia de la imputación directa de la actuación de sus órganos). En todos los casos, la autoría está desvinculada respecto del aprovechamiento de la acción: igualmente merece la consideración de autor quien realiza u ordena la realización del acto de competencia desleal que únicamente beneficia a un tercero (cfr. artículo 2.2 LCD). El que coopera en la realización del acto de competencia desleal es la persona que, con medios materiales y personales propios, facilita o hace posible el comportamiento desleal de un tercero (como autor, quien decide por sí la realización del acto de competencia desleal) respecto del que no está subordinado jerárquica o técnicamente

y, por esto mismo, con su negativa puede impedir la ejecución del acto de competencia desleal. En esta situación se encuentran, en particular, los medios de comunicación que difunden publicidad engañosa, denigratoria, parasitaria..., o a los distribuidores de imitaciones desleales.

Si en la realización o preparación de un acto de competencia desleal participan varias personas, como autores y/o como cooperadores, la acción podrá dirigirse, a elección del actor, contra todos, algunos o uno de ellos; no existe *litis-consorcio* pasivo necesario. Cuando la acción no se dirija contra todos los que hubieren participado en la realización o preparación del acto de competencia desleal, la elección de los demandados no está condicionada por su respectivo grado de implicación. Por supuesto, y a los solos efectos de la acción de cesación, deberá tenerse en cuenta la posibilidad de que haya desaparecido el riesgo de repetición respecto de alguno de los autores y/o cooperadores. Por otro lado, la precisa determinación de la condena, en particular en relación con la cesación, remoción, rectificación y enriquecimiento injusto, habrá de efectuarse a la luz de la forma de intervención en la realización o preparación de cada uno de los posibles demandados. La responsabilidad por daños y perjuicios, por el contrario, es solidaria (en el bien entendido de que se hayan logrado probar los requisitos exigidos para que sea acogida, y de modo particular la relación de causalidad entre la contribución de los demandados a la realización o preparación del acto de competencia desleal y los daños y perjuicios que ocasiona).

Los actos de competencia desleal ejecutados materialmente por trabajadores y colaboradores son imputados a su principal (artículo 20.2 LCD), esto es, a la persona por cuya cuenta y bajo su dirección obran. Lo aquí dispuesto no deja de ser una concreción y, al mismo tiempo, una parcial adaptación de la llamada responsabilidad por hecho ajeno. La relación laboral es una relación típica, ya de por sí considerablemente extendida por legislador y jurisprudencia. La relación de colaboración, por su parte, nace de un acuerdo, sea cual fuere su naturaleza, por el que una de las partes (colaborador) se obliga frente a la otra (principal) a prestar unos servicios o a realizar una obra bajo su poder de dirección y supervisión, sea de forma permanente o no, sea de

²⁰ Artículo 20 LCD: Legitimación pasiva.- 1. Las acciones previstas en el artículo 18 podrán ejercerse contra cualquier persona que haya realizado u ordenado el acto de competencia desleal o haya cooperado a su realización. No obstante, la acción de enriquecimiento injusto sólo podrá dirigirse contra el beneficiario del enriquecimiento.

2. Si el acto de competencia desleal es realizado por trabajadores u otros colaboradores en el ejercicio de sus funciones y deberes contractuales, las acciones previstas en los números 1 y 4 del artículo 18 deberán dirigirse contra el principal. Respecto a las acciones de resarcimiento de daños y de enriquecimiento injusto se estará a lo dispuesto por el Derecho Civil.

forma retribuida o no. Esta condición puede atribuirse, en particular, a las agencias de publicidad. Para que el acto de competencia desleal efectuado por trabajadores y colaboradores pueda ser imputado al principal será preciso que aquéllos hubieren actuado en el ejercicio de sus funciones y/o deberes contractuales. Así ocurre siempre que su actuación halla una inserción causal y funcional en el marco de la actividad de su principal. Es irrelevante, pues, que haya extralimitación de funciones por parte del trabajador o colaborador, que el principal hubiere ordenado o conocido la realización del acto de competencia desleal, que dicha realización se deba a la sola iniciativa del trabajador o colaborador, o incluso que, esto desde luego sólo a efectos de declaración, cesación, remoción y rectificación, hubiere desatendido las indicaciones u órdenes impartidas por el principal²¹. La acción del trabajador o colaborador sólo deja de imputarse al principal si es exclusivamente privada, si fue realizada únicamente en su beneficio propio, aunque se haya ejecutado en el marco espacial u organizativo de la actividad de su principal.

Las acciones de declaración, cesación, remoción o rectificación derivadas de un acto de competencia desleal realizado por un trabajador o un colaborador «deberán dirigirse contra el principal» (artículo 20.2 LCD). En este caso, el principal responderá de la misma forma y con la misma extensión que lo haría su trabajador o colaborador. Si algún significado se ha de atribuir a la literalidad de los términos empleados por el legislador («deberán», y no «podrán») así como a la sistemática del precepto (ulterior remisión al régimen de Derecho común para las acciones de indemnización y de enriquecimiento injusto), parece que cuando se interponga una acción de declaración, cesación, remoción o rectificación por competencia desleal será necesario demandar al principal. De ahí no debe seguirse, sin embargo, que estas acciones sólo puedan entablarse contra el principal, esto es, que sus trabajadores o colaboradores no deban afrontarlas como autores materiales del acto desleal, sino sólo que de ser demandados habrán de serlo conjuntamente con el principal, mientras que de ser demandado éste no necesitan serlo también aquéllos. La legitimación previa del principal, por lo tanto, no comporta para trabajadores y colaboradores pérdida de su condi-

ción de autores materiales y, por ello mismo, de su legitimación pasiva para soportar la acción de competencia desleal. Del texto legal no se sigue tal exoneración. Tampoco es ésta consecuencia que se concilie con los principios generales en materia de responsabilidad por hecho ajeno: se admite la interposición de acción contra el autor material también si de sus actos responde otro²²; ni con la razón práctica: en el caso de que el acto sea realizado por colaboradores no sometidos jerárquicamente al principal, la condena de cesación impuesta a éste, pensemos particularmente en una orden de cesación provisional, no asegura la efectiva paralización de la publicidad. Esta depende de que el demandado/condenado les comunique la condena o medidas cautelares, ordenándoles que se abstengan de continuar la ejecución del acto desleal: si el anunciante no procede de este modo, nada asegura la efectiva cesación de la publicidad ilícita. Seguidamente, la desvinculación de la antijuridicidad del acto de competencia desleal respecto de la diligencia de la conducta de su autor trae una doble derogación del régimen de Derecho común de la responsabilidad por acto ajeno: para el buen éxito de las acciones de declaración, cesación, remoción y rectificación no es condición la culpa *in eligendo* o *in vigilando* del principal²³, ni la culpa *in operando* del trabajador o colaborador²⁴.

Si las acciones interpuestas contra un acto de competencia desleal efectuado por trabajadores o colaboradores son la de resarcimiento de daños o la de enriquecimiento injusto, son de aplicación las normas y principios de Derecho común (artículo 20.2 *in fine* LCD). En consecuencia, la acción de resarcimiento podrá ser interpuesta directamente contra el principal, sin necesidad de demandar a los trabajadores o colaboradores que llevaron a cabo el acto de competencia desleal, únicamente habrá de ser acogida si media culpa en la elección de los trabajadores o colaboradores o en su dirección o supervisión y, finalmente y a la vista de la jurisprudencia dominante, difícilmente podrá esperarse que el principal se exonere demostrando que obró con la diligencia debida en la elección o dirección y supervisión de sus trabajadores y colaboradores. Más difícil parece estar a «lo dispuesto por el Derecho Civil» para la acción de enriquecimiento injusto, que conocida-mente carece de regulación. Con todo, y a partir de

²¹ Con derogación, pues, del principio vigente en Derecho de Daños SSTS 24-II-69 = RAJ 1969/995, 27-V-83 = RAJ 1983/2916.

²² SSTS 2-IV-86 = RAJ 1986/1788, 1-XII-87 = RAJ 1987/9171.

²³ Principio vigente en el Derecho común de daños: SSTS 26-III-81 = RAJ número 1076, 9-V-86 = RAJ número 2675, entre otras muchas.

²⁴ Principio vigente en el Derecho común de daños: SSTS 7-XI-85 = RAJ 1985/5516, 8-II-89 = RAJ 1989/756, entre otras muchas.

la regla de imputación de lo hecho por dependientes a su principal prevista para la responsabilidad extracontractual (artículo 1903 IV CC), el principal habrá de soportar directamente la acción y ésta deberá ser acogida, con independencia de la culpa *in eligendo* o *in vigilando*, en los casos en que lo hecho por trabajadores o dependientes haya comportado la invasión de una esfera de exclusiva ajena que le haya procurado un enriquecimiento patrimonial (ahorro de gastos u obtención de ganancia).

4. LA PRESCRIPCIÓN

Para el ejercicio de la acción de competencia desleal, y por tanto para el ejercicio de cualquiera de las pretensiones que constituyen su contenido, se ha fijado un plazo de prescripción complejo, que consta de un primer tramo de un año cuyo momento inicial se determina subjetivamente: desde la fecha en que pudo ejercitarse y el legitimado tuvo conocimiento de quién realizó el acto de competencia desleal, y de un segundo tramo de tres años, que se superpone al anterior y cuyo momento inicial tiene carácter objetivo: desde la fecha de realización del acto (artículo 21 LCD)²⁵. Sin duda, esta previsión se halla fuertemente inspirada por razones de seguridad jurídica y, de otro lado, responde a una tradición muy arraigada en el Derecho español. A mi modo de ver, sin embargo, no deja de suscitar algunos problemas. En efecto, no puede pasarse por alto que la represión de la competencia desleal no se establece únicamente en interés de quienes resultan directamente amenazados o perjudicados por los actos de competencia desleal, y en particular, de los competidores, sino también en interés de los consumidores y de la generalidad. Con la prescripción, y a decir verdad, con unos plazos tan breves se deja la tutela de los intereses públicos en el mantenimiento de un sistema competitivo en manos de la diligencia de los particulares (no se olvide la muy limitada legitimación activa de las administraciones públicas) y, en consecuencia, se acepta que resulte imposible reprimir ciertos actos de competencia desleal, cualesquiera que fueren los intereses afectados. Aunque más costosa en términos operativos, los objetivos de la ley habrían resultado mejor servidos por una norma que hiciera del abuso la causa de la pérdida de la acción de competencia desleal.

El dies a quo correspondiente al primer plazo de un año es «el momento en que pudieron ejercitarse (las acciones) y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal». De esta forma no se han establecido dos momentos iniciales diversos, sino sólo se ha incorporado la regla general relativa al comienzo de los plazos de prescripción en los casos de reclamación de daños causados por culpa o negligencia (artículo 1968.2 CC) tal y como reiteradamente ha interpretado la jurisprudencia²⁶: conocimiento del acto de competencia desleal, conocimiento de su autor y ausencia de obstáculos que impidan el ejercicio de la correspondiente acción. Los problemas de la norma no radican tanto en su construcción, cuanto en su aplicación. Ello se debe en particular a que la verificación de alguno de aquellos elementos, la identificación del autor y en especial el acopio de los medios probatorios necesarios para fundar las diversas pretensiones viables en el caso, depende, en mayor o menor medida según los supuestos, de la conducta que observe el legitimado tras conocer la realización del acto de competencia desleal. En consecuencia, la identificación del autor y la superación de los obstáculos que impiden el ejercicio de la acción de competencia desleal están vinculados a la diligencia con que se trató de establecer aquélla y lograr esto. Pero nótese que otro tanto debe decirse en relación con el acto de competencia desleal mismo: la valoración de un determinada acción como acto de competencia desleal no es automática, sino que exige asesoramiento y, por tanto, diligencia en la búsqueda del asesoramiento. Y nótese, finalmente, que estos problemas no son más graves que los planteados en Derecho común. De ahí que valga regla general según la cual corresponde al demandado la prueba de todos aquellos hechos en los que se funda su defensa de extinción de la acción.

Al lado de este plazo, y de forma superpuesta, se establece un segundo plazo, que, en este sentido, opera como norma de cierre con un momento inicial objetivo: cualquiera que sea el conocimiento que el afectado tenga de la realización del acto de competencia desleal y de la persona de su autor, y cualesquiera que sean los obstáculos que, no obstante el conocimiento de tales extremos, pudieran impedir el ejercicio de la acción, la acción de competencia desleal prescribe transcurridos tres años desde la

²⁵ Artículo 21 LCD: Prescripción.- Las acciones de competencia desleal prescriben por el transcurso de un año desde el momento en que pudieron ejercitarse y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal; y, en cualquier caso, por el transcurso de tres años desde el momento de la realización del acto.

²⁶ Por cierto, la invocación del artículo 1.968.2+ CC en este contexto (así, A. Wirth, "Supuestos procesales de la nueva Ley de competencia desleal", Derecho de los Negocios, número 24, 1992, p. 1 ss., p. 6 es del todo acertada), como revela la intervención del Senador Galán Pérez en defensa de la redacción vigente del artículo 21 LCD por el Grupo Socialista del Senado: Cortes Generales, Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Justicia, 27-XI-90, p. 23.

realización del acto en cuestión. Ello no obstante, este segundo plazo no obvia todos los inconvenientes prácticos del primero: entre la expiración de uno y otro pueden mediar hasta dos años en el supuesto de que la realización del acto y el conocimiento de todas las circunstancias se produjeran el mismo día. En este caso se hace patente la conflictiva situación que rodea a la prescripción de la acción de competencia desleal en relación con actos de competencia desleal que produzcan efectos duraderos. Bajo este aspecto conviene diferenciar dos supuestos: Si el acto de competencia desleal considerado es un acto instantáneo cuyos efectos, sin embargo, se prolongan a lo largo del tiempo, el *dies a quo* para el cómputo de los tres años debe ser el día de ejecución o consumación. En cambio, si se trata de un supuesto de repetición de un acto de competencia desleal a lo largo del tiempo, a mi modo de ver, el *dies a quo* no ha de ser la fecha de su primera ejecución, sino la fecha de la última o, en su caso, la del momento en que finalizara el peligro de ejecución o de repetición. Como consecuencia de ello, el transcurso de tres años desde la primera ejecución de un acto desleal repetido de forma continua no sana la deslealtad de la conducta ni impide el ejercicio de cualquiera de las pretensiones comprendidas en la acción de competencia desleal. Una interpretación distinta, a mi juicio, traicionaría la finalidad institucional que preside la represión de la competencia desleal. De prevalecer la tesis de que el *dies a quo* es

en este caso el día de realización o consumación acabaría por tolerarse la permanencia de los efectos indeseables para el sistema de competencia y, en la práctica, para los consumidores, agudizando los problemas que de por sí trae el establecimiento de una regla de prescripción de la acción de competencia desleal. Si al cabo de tres años de su inicio la difusión de una determinada indicación o manifestación sigue siendo, por ejemplo, engañosa y, con ello, determina la formación de preferencias y la toma de decisiones sobre bases que no son racionales, no son fáciles de entender las razones que pueden mover a aceptar eternamente este estado de cosas. Y desde luego, la estructura de la norma relativa a la prescripción no facilita un elemento que permita tratar diferenciadamente aquellos supuestos en los que la realización del acto de competencia desleal sólo afecta a intereses privados de los competidores, de aquellos otros que afectan a los intereses de los consumidores o al interés público.

La prescripción se interrumpe por las causas generales de Derecho común (artículo 1.973 Código Civil), debidamente adaptadas al contexto²⁷: presentación de la demanda por competencia desleal, reclamación extrajudicial que solicite, al menos, la cesación del acto, y, por último, el reconocimiento de la realización del acto de competencia desleal acompañado de un compromiso, al menos implícito, de cesación.

²⁷ No obstante, vide la intervención del Senador Galán Pérez en defensa de la redacción vigente del artículo 21 LCD por el Grupo Socialista del Senado: Cortes Generales, Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Justicia, 27-XI-90, p. 23, donde se pronuncia por la aplicación del artículo 944 CCom. en lugar del artículo 1.973 CC; ahora bien, en esta ocasión sólo se emitió un parecer personal (equivocado), no un juicio que condicione al intérprete: ni la enmienda discutida entonces afrontaba tan siquiera de modo indirecto el problema de la interrupción del plazo de prescripción ni esta es cuestión que haya abordado la LCD en ningún otro punto. Así las cosas, la extensión analógica del artículo 944 CCom. a la acción de competencia desleal es imposible: la competencia desleal no es estructuralmente un acto de comercio y, además, la represión de la competencia desleal ha abandonado el marco mercantil, pues no sólo afecta a los empresarios en el ejercicio de una actividad formalmente mercantil, para establecerse como Derecho general del mercado.