



Roj: **STS 6676/2008 - ECLI:ES:TS:2008:6676**

Id Cendoj: **28079110012008101126**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/12/2008**

Nº de Recurso: **326/2004**

Nº de Resolución: **1167/2008**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **JESUS EUGENIO CORBAL FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 7274/2003,**
STS 6676/2008

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Diciembre de dos mil ocho.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto respecto la Sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de Juicio Ordinario Declarativo de Menor Cuantía seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Número Veinte de Barcelona, sobre **competencia desleal**; cuyo recurso fue interpuesto por la entidad KEINU, S.L., representada por el Procurador D^a. Almudena González García; siendo parte recurrida la entidad PUBLICACIONES HERES, S.A., representada por el Procurador D. Francisco Velasco Muñoz-Cuellar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El Procurador D. Carlos Testor Ibars, en nombre y representación de la entidad Keinu, S.L., interpuso demanda de Juicio Ordinario de Menor Cuantía sobre **competencia desleal**, ante el Juzgado de Primera Instancia Número Veinte de Barcelona, siendo parte demandada la entidad Publicaciones Heres, S.A., alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia "por la que: 1º. Declare: A) Que la edición y publicación del coleccionable LA BOTICA DE PRONTO por parte de Publicaciones Heres, S.A. constituye un acto de **competencia desleal**. B) Que la compañía demandante KEINU S.L. ostenta frente a la demandada un derecho de propiedad industrial prioritario sobre el distintivo LA BOTICA DE LA ABUELA. C) Que la utilización de la expresión LA BOTICA DE PRONTO como título del coleccionable editado por la demandada constituye asimismo una infracción de los derechos de propiedad industrial de la actora sobre su marca LA BOTICA DE LA ABUELA. D) Como consecuencia de los pronunciamientos anteriores, declare la nulidad de la marca 2.159.340 LA BOTICA DE PRONTO titularidad de PUBLICACIONES HERES, S.A. 2º. CONDENE A LA DEMANDADA: A) A estar y pasar por las anteriores declaraciones. B) A cesar de modo inmediato en la edición, publicación y comercialización del coleccionable LA BOTICA DE PRONTO en su actual formato y bajo este título. C) A abstenerse en lo sucesivo de editar coleccionables de fichas relacionados con la temática de LA BOTICA DE LA ABUELA que puedan ser constitutivos de una imitación del coleccionable LA BOTICA DE LA ABUELA y/o que se editen bajo títulos que incluyan la expresión "LA BOTICA DE...". D) A retirar y destruir las fichas del coleccionable LA BOTICA DE PRONTO que obren en poder de la demandada y/o de sus distribuidores. E) A abstenerse en el futuro de solicitar registros de marca que resulten incompatibles con los derechos prioritarios de la actora sobre la marca LA BOTICA DE LA ABUELA. F) A indemnizar a la actora por los daños materiales causados en función de los criterios que se fijen en Sentencia y por el importe que se cuantifique en Sentencia o en ejecución. G) A publicar la Sentencia en un periódico de tirada nacional elegido por la actora. 3º. ORDENE: La cancelación del

registro de la marca nº. 2.159.340 LA BOTICA DE PRONTO titularidad de PUBLICACIONES HERES, S.A. Todo ello con expresa imposición de las costas a la demandada."

2.- El Procurador D. Antonio M^a. de Anzizu Furest, en nombre y representación de la entidad Publicaciones Heres, S.A., contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia desestimando íntegramente la demanda con expresa imposición de costas a la parte actora.

3.- Recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por la partes fue declarada pertinente. Unidas a los autos, las partes evacuaron el trámite de resumen de prueba en sus respectivos escritos. El Juez de Primera Instancia Número Veinte de Barcelona, dictó Sentencia con fecha 11 de junio de 2.001 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D. Carlos Testo Ibars, en nombre y representación de KEINU S.L., contra la demandada, PUBLICACIONES HERES S.A. procede declarar: A) Que la edición y publicación del coleccionable LA BOTICA DE PRONTO por parte de PUBLICACIONES HERES, S.A. constituye un acto de **competencia desleal**; B) Que KEINU S.L. ostenta frente a la demandada un derecho de propiedad industrial prioritario sobre el distintivo LA BOTICA DE LA ABUELA; C) Que la utilización de la expresión LA BOTICA DE PRONTO como título del coleccionable editado por la parte demandada constituye una infracción de los derechos de propiedad industrial de la actora sobre su marca LA BOTICA DE LA ABUELA; D) Procede declarar la nulidad de la marca nº 2.159.340 LA BOTICA DE PRONTO titularidad de PUBLICACIONES HERES, S.A.; y procede condenar a la demandada: A) A cesar de modo inmediato en la edición, publicación y comercialización del coleccionable LA BOTICA DE PRONTO en su actual formato y bajo este título; B) A retirar y destruir las fichas del coleccionable LA BOTICA DE PRONTO que obren en poder de la demandada y/o de sus distribuidores; y C) A publicar la sentencia en un periódico de tirada nacional elegido por la actora; y procede desestimar el resto de pedimentos de la demanda, debiendo cada parte abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad."

SEGUNDO.- Interpuestos recursos de apelación contra la anterior resolución por las representaciones respectivas de las entidades Publicaciones Heres, S.A. y Keinu, S.L., la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Quince, dictó Sentencia con fecha 2 de diciembre de 2.003 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por KEINU S.L. y estimamos el interpuesto por PUBLICACIONES HERES, S.A. contra la Sentencia dictada en los autos de Juicio de Menor Cuantía número 445/2000 , seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número Veinte de Barcelona, cuya parte dispositiva ha sido transcrita en el primero de los antecedentes de la presente sentencia, y REVOCANDOLA en su integridad, desestimamos la demanda formulada por Keinu S.L. contra Publicaciones Heres, S.A. con expresa condena a la parte demandante de las costas devengadas en la primera instancia. No formulamos condena alguna respecto a las costas devengadas en esta alzada."

TERCERO.- El Procurador D. Carlos Testor Ibars, en nombre y representación de la entidad KEINU, S.L., interpuso recurso de casación respecto la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Quince, de fecha 2 de diciembre de 2.003, con apoyo en los siguientes motivos, MOTIVOS DEL RECURSO: PRIMERO.- Al amparo del art. 477,1 y 3 de la LEC de 2.000 , se alega infracción por interpretación indebida del art. 6 de la Ley de **Competencia Desleal**. SEGUNDO .- Bajo el mismo ordinal se alega infracción del art. 11 de la Ley de **Competencia Desleal**. TERCERO .- Bajo el mismo ordinal se alega infracción del art. 5 de la Ley de **Competencia Desleal** .

CUARTO.- Por Providencia de 28 de enero de 2.004, se tuvo por interpuesto recurso de casación y se acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala Primera del Tribunal Supremo, comparecieron la entidad KEINU, S.L., como parte recurrente, representada por el Procurador D^a. Almudena González García; y la entidad PUBLICACIONES HERES, S.A., como parte recurrida, representada por el Procurador D. Francisco Miguel Velasco Muñoz-Cuellar.

SEXTO.- Por esta Sala se dictó Auto de fecha 2 de octubre de 2.007 , por el que se admitió el recurso de casación interpuesto por la entidad Keinu, S.L., respecto la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Quince, de fecha 2 de diciembre de 2.003.

SEPTIMO.- Dado traslado a la parte recurrida, la entidad Publicaciones Heres, S.A., presentó escrito de impugnación al recurso formulado de contrario.

OCTAVO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 21 de noviembre de 2.008, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JESÚS CORBAL FERNÁNDEZ



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del proceso versó sobre derecho marcario y de la **competencia desleal**, quedando reducido en el recurso de casación a la segunda materia mercantil. Se plantea en el recurso de casación -en síntesis- si la edición de un coleccionable de recetas naturales -remedios y consejos de otras generaciones- por una Revista incurre en alguno de los ilícitos de **competencia desleal** de los arts. 6 (acto de confusión), 11 (acto de imitación) o 5 (cláusula general de conculcación de la buena fe objetiva) de la Ley de **Competencia Desleal** por haber realizado antes otro coleccionable también de recetas caseras en virtud de un contrato, ya fenecido, con la entidad que tenía una programa de televisión sobre el mismo tema, existiendo algunas semejanzas expositivas entre ambos coleccionables.

Por la entidad mercantil KEINU S.L. sedujo demanda contra la también compañía mercantil PUBLICACIONES HERES S.A. en la que solicita: 1º. Se declare: A) Que la edición y publicación del coleccionable La Botica de Pronto por parte de Publicaciones Heres, S.A. constituye un acto de **competencia desleal**; B) Que la compañía demandante Keinu S.L. ostenta frente a la demandada un derecho de propiedad industrial prioritario sobre el distintivo La Botica de la Abuela; C) Que la utilización de la expresión La Botica de Pronto como título del coleccionable editado por la demandada constituye asimismo una infracción de los derechos de propiedad industrial de la actora sobre su marca La Botica de la Abuela; D) Como consecuencia de los pronunciamientos anteriores, se declara la nulidad de la marca 2.159.340 La Botica de Pronto titularidad de Publicaciones Heres S.A.; 2º. Se condene a la demandada: A) A estar y pasar por las anteriores declaraciones; B) A cesar de modo inmediato en la edición, publicación y comercialización del coleccionable La Botica de Pronto en su actual formato y bajo este título; C) A abstenerse en lo sucesivo a editar coleccionables de fichas relacionados con la temática de La Botica de la Abuela que puedan ser constitutivos de una imitación del coleccionable La Botica de la Abuela y/o que se editen bajo títulos que incluyan la expresión "La Botica de..."; D) A retirar y destruir las fichas del coleccionable La Botica de Pronto que obren en poder de la demandada y/o de sus distribuidores; E) A abstenerse en el futuro de solicitar registros de marca que resulten incompatibles con los derechos prioritarios de la actora sobre la marca La Botica de la Abuela; F) A indemnizar a la actora por los daños materiales causados en función de los criterios que se fijen en Sentencia y por el importe que se cuantifique en Sentencia o en ejecución; G) A publicar la Sentencia en un periódico de tirada nacional elegido por la actora; y, 3º. Se ordene la cancelación del registro de la marca núm 2.159.340 La Botica de Pronto titularidad de Publicaciones Heres, S.A.

La Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm 20 de Barcelona, en los autos de juicio de menor cuantía núm 445 de 2.000, el 11 de junio de 2.001, estima parcialmente la demanda declarando: A) Que la edición y publicación del coleccionable La Botica de Pronto por parte de Publicaciones Heres S.A. constituye un acto de **competencia desleal**; B) Que Keinu S.L. ostenta frente a la demandada un derecho de propiedad industrial prioritario sobre el distintivo La Botica de la Abuela; C) Que la utilización de la expresión La Botica de Pronto como título de coleccionable editado por la parte demandada constituye una infracción de los derechos de propiedad industrial de la actora sobre su marca La Botica de la Abuela; D) Procede declarar la nulidad de la marca núm 2.159.340 La Botica de Pronto titularidad de Publicaciones Heres S.A. y procede condenar a la demandada: A) A cesar de modo inmediato en la edición, publicación y comercialización del coleccionable La Botica de Pronto en su actual formato y bajo este título; B) A retirar y destruir las fichas del coleccionable La Botica de Pronto que obren en poder de la demandada y/o de sus distribuidores; y, C) A publicar la sentencia en un periódico de tirada nacional elegido por la actora. Y procede desestimar el resto de pedidos de la demanda, debiendo cada parte abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

La Sentencia dictada por la Sección Décimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona el 2 de diciembre de 2.003, en el Rollo núm 514 de 2.001, desestima el recurso de apelación de Keinu S.L., y estima el de Publicaciones Heres S.A., revoca la Sentencia del Juzgado y desestima la demanda formulada por Keinu S.L. con expresa condena de las costas devengadas en primera instancia, y sin especial imposición respecto de las devengadas en la alzada.

Contra esta última resolución se interpuso por KEINU S.L. recurso de casación articulado en tres motivos que fueron admitidos por Auto de esta Sala de 2 de octubre de 2.007 .

SEGUNDO.- Habida cuenta que el recurso de casación excluye el examen de cualquier cuestión de orden fáctico, por lo que deviene incólume y vinculante para este Tribunal la base fáctica sobre la que se fundamentó el juicio jurídico de la sentencia impugnada, procede anticipar al examen concreto de los motivos la relación de hechos probados tomados en cuenta en la instancia. La Sentencia del Juzgado declara probados, por indiscutidos, y, además, constar documentalmente probados, los siguientes hechos: 1º. Que la demandante, Keinu, S.L., es titular de los siguientes registros de marca: marca denominativa nº 2.103.800, denominación La Botica de la Abuela, clase 16, concedida el 20-1-98, para "papel, cartón y artículos de estas materias, no comprendidos en otras clases; productos de imprenta, publicaciones, folletos y prospectos; artículos de



encuadernación; fotografías; papelería; adhesivos (pegamentos) para la papelería o la casa; material para artistas; pinceles; máquinas de escribir y artículos de oficina (excepto muebles); materiales de instrucción o de enseñanza (excepto aparatos); materias plásticas para embalaje (no comprendidas en otras clases); naipes; caracteres de imprenta; clichés"; marca denominativa nº 2.103.801, denominación La Botica de la Abuela clase 41, concedida el 5.1.98, para "Educación; Formación, esparcimiento, actividades deportivas y culturales; en especial el montaje y explotación de programas de televisión"; y marca mixta gráfico-denominativa nº 2.231.031 denominación La Botica de la Abuela clase 5 concedida el 7.12.99 para "Productos higiénicos, sustancias dietéticas para uso médico, alimentos para bebés, emplastos, material para apósitos; desinfectantes; productos para la destrucción de animales dañinos, fungicidas y herbicidas" (documentos nº 11, 12 y 13 acompañados a la demanda); 2º. Que el 12 de enero de 1.998 Keinu S.L. y Publicaciones Heres, S.A. suscribieron contrato, en virtud del cual Keinu S.L. cedió a Publicaciones Heres, S.A. los derechos de reproducción editorial de los contenidos del programa La Botica de la Abuela emitido por TVE para su publicación en forma de coleccionable en la revista Pronto para el período comprendido entre la fecha de dicho contrato (o sea, enero de 1998) y el 30 de marzo de 1999. El objeto de dicho contrato era, según el pacto primero del contrato, la cesión por parte de la actora "con una periodicidad semanal, de la exclusividad para medios escritos (Revistas y Libro), de todo lo relacionado con el programa "La Botica de la Abuela", emitido en televisión, tanto de lo que habitualmente consta en el programa, como de los diferentes cambios que pudiera haber en el futuro", cesión que se producía, según el pacto cuarto "para publicar en la Revista Pronto". En dicho contrato se pactó en el pacto quinto que Publicaciones Heres, S.A. abonaría "...por cada reportaje semanal de dos páginas la cantidad de cuatrocientas mil pesetas (400.000 ptas)..." (documento nº 15 de la actora y nº 76 de la demandada); 3º. Que en el mes de octubre de 1.998 Keinu, S.L. y Publicaciones Heres, S.A. acordaron la prórroga del contrato por tres meses más, es decir, hasta junio de 1999 (documento nº 16 acompañado a la contestación a la demanda); 4º. Que el 29 de diciembre de 1998 Publicaciones Heres, S.A. decidió resolver anticipadamente el citado contrato con efectos a 31 de enero de 1.999 a la vista de la interrupción en la emisión del programa La Botica de la Abuela en TVE; 5º. Que en el mes de febrero de 1.999, es decir, apenas unos días después de que se produjera la resolución del contrato de cesión de derechos editoriales de 12 de enero de 1998, la demandada lanzó al mercado un nuevo coleccionable de fichas sobre remedios caseros bajo el título La Botica de Pronto; 6º. Que Publicaciones Heres, S.A. registró la marca nº 2.159.340 de la clase 16, denominativa "La Botica de Pronto" (documento nº 20 acompañado a la demanda), para "revistas, publicaciones y periódicos" formulando la solicitud de registro el 30.4.98 y concediéndosele dicha inscripción mediante resolución de fecha 20.10.98.

La Sentencia de la Audiencia asume implícitamente la anterior relación fáctica considerando como hechos remarcables (fto. 4º) los siguientes: el citado programa televisivo dejó de emitirse en junio de 1.998; Keinu S.L. tiene registradas a su favor las marcas núms. 2.103.800 (clase 16), 2.103.301 (clase 41) y 2.231.031 (clase 5), todas con la denominación La Botica de la Abuela, con una prioridad de julio de 1.997; en fecha 12 de enero de 1.998, Keinu S.L. y Publicaciones Heres S.A., suscribieron un contrato en virtud del cual la primera cedió a la segunda los derechos de reproducción editorial de los contenidos del programa televisivo La Botica de la Abuela; ese contrato estuvo en vigor hasta finales del mes de diciembre de 1.998, fecha en la que fue resuelto unilateralmente por la demandada en virtud de lo estipulado en el mismo; en febrero de 1.999, Publicaciones Heres, S.A. lanzó, a través de su revista Pronto, un coleccionable de fichas sobre remedios caseros bajo el título La Botica de Pronto y, asimismo, la referida demandada obtuvo el registro de la marca núm. 2.159.340 (clase 16), con la denominación La Botica de Pronto, con prioridad de veinte de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

TERCERO.- En el primer motivo se alega infracción, por interpretación indebida, del art. 6 de la Ley 3/1992, de 10 de enero, de **Competencia Desleal** . Se indican como Sentencias, cuya doctrina ha sido conculcada, las de 11 de julio de 1.997 (que, por cierto, no se refiere a **competencia desleal**, sino a culpa extracontractual), 6 de julio de 2.001 y 17 de octubre de 2.002 . El argumento del motivo se concreta en que la resolución recurrida limita el acto de confusión sancionado en el art. 6 LCD a la hipótesis de confusión entre prestaciones empresariales de la misma naturaleza y excluye el supuesto del error propiciado por éstas en cuanto al origen y procedencia de las mismas.

El motivo se desestima porque no es cierto que la Sentencia recurrida no tome en cuenta la eventualidad del riesgo de asociación a efectos de poder apreciar el ilícito competencial del art. 6 LCD. Y así explícitamente lo menciona en el fundamento undécimo con referencia a un Auto de la propia Sala de 14 de abril de 2.000 , y también de modo diáfano rechaza su concurrencia en el caso en el fundamento duodécimo en el que se efectúan hasta tres alusiones al respecto. En el párrafo primero se indica que en el riesgo de confusión queda comprendido el de asociación para a continuación referirse a la tutela del consumidor ante el riesgo de error sobre el origen empresarial, y en el párrafo segundo del propio fundamento se dice que "no puede afirmarse que haya existido o existiese riesgo de confusión o asociación".



Por otro lado, no resulta procedente entrar a examinar si ha habido o no acto de confusión-asociación ex art. 6 LCD porque la doctrina jurisprudencial representada por las sentencias citadas no es idónea al respecto, sin que quepa admitir su instrumentación para el planteamiento de cuestiones diferentes por ser contraria a la "ratio" del interés casacional, al degradarse la exigencia legal a una mera invocación artificial.

CUARTO.- En el motivo segundo se alega infracción del art. 11 de la Ley de **Competencia Desleal** por no haberse calificado el proceder de Publicaciones Heres, S.A. en torno al coleccionable La Botica de Pronto como un acto de imitación. La denuncia del motivo se circunscribe a la infracción del inciso primero del apartado 2 de dicho artículo, en el que se establece que "No obstante [el principio de libre imitabilidad del apartado 1] la imitación de las prestaciones de un tercero se reputará desleal cuando resulta idónea para generar la asociación por parte de los consumidores respecto de la prestación", quedando excluida, por consiguiente, la hipotética ilicitud por aprovechamiento de la reputación ajena.

Se argumenta que la protección frente a la imitación desleal no se fundamenta en la singularidad u originalidad de la prestación imitada sino en la constatación -en el marco del examen de la totalidad de los elementos coincidentes y discrepantes existentes entre las prestaciones empresariales en pugna- de la existencia de un riesgo de asociación por parte de los consumidores entre los productos o prestaciones enfrentados. Se citan como infringidos las Sentencias de 19 de mayo de 1.993, 5 de junio de 1.997, 19 de febrero de 2.000 y 19 de junio de 2.003 .

El motivo debe desestimarse.

Antes de entrar el examen de las alegaciones del motivo debe señalarse que quedan fuera del examen del recurso las cuestiones de derecho marcario planteadas en la demanda, las cuales no son objeto de la casación, siendo preciso advertir que la Ley de **Competencia Desleal**, como viene reiterando esta Sala, no duplica la protección jurídica que otorga la normativa de propiedad industrial, y en concreto la que dispensa el sistema de marcas para tales signos distintivos, de modo que tiene carácter complementario (SS. 13 y 21 de junio y 4 de septiembre de 2.006, y 17 de julio de 2.007), pero no puede suplantarla y menor sustituirla (S. 1 de abril de 2.004) funcionando ante la inexistencia de unos derechos de exclusión ("en lugar de") o bien más allá de los lindes objetivos y del contenido del correspondiente derecho de exclusión (S. 20 de mayo de 2.008). Por consiguiente, el tema litigioso se centra en la edición y publicación del coleccionable La Botica de Pronto por parte de Publicaciones Heres, S.A., que se estima por la parte recurrente conculca el art. 11.2, inciso primero, LCD .

En segundo lugar, y en exégesis del precepto que se examina, procede señalar: a) Que la apreciación de la deslealtad sancionada en la norma debe ser objeto de interpretación restrictiva (SS. 13 de mayo 2.002 y 30 de mayo de 2.007) porque si bien las creaciones empresariales deben ser protegidas por el interés de sus creadores o titulares, de los consumidores y el interés en general, sin embargo nuestro ordenamiento jurídico establece como principio general el de libre imitabilidad (art. 11.1 LCD) que se halla integrado en el de libre competencia (S. 17 de julio de 2.007); b) Para la apreciación del ilícito competencia del art. 11.2 LCD , aparte de los requisitos generales de actuación en el mercado y finalidad concurrencial exigibles para todo acto desleal, se requiere que confluyan tres requisitos positivos, y la ausencia de dos circunstancias de índole negativa; c) El primer requisito positivo es la existencia de una "imitación", la cual consiste en la copia de un elemento o aspecto esencial, no accidental o accesorio, incidiendo sobre lo que se denomina "singularidad competitiva" o "peculiaridad concurrencial", que puede identificarse por un componente o por varios elementos (S. 17 de julio de 2.007); d) El segundo requisito hace referencia al objeto de protección, que suscita la diferencia de la figura típica del art. 6 LCD . La doctrina de esta Sala viene entendiendo que el art. 6 LCD se refiere a los signos, a las creaciones formales, a la presentación de los productos, mientras que el art. 11 LCD lo hace a las creaciones materiales (técnicas, artísticas, estéticas y ornamentales), los productos, características propias de estos. En tal sentido SS. 9 de junio de 2.003; 11 de mayo de 2.004, 7 de julio y 22 de noviembre de 2.006; 30 de mayo, 12 de junio, 10 y 17 de julio de 2.007; 5 de febrero de 2.008 ; aunque por la doctrina se ha apuntado la posibilidad de que en algún supuesto excepcional se solapen los preceptos; e) El tercer requisito de índole positiva consiste en la exigencia de "idoneidad para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación". El riesgo de asociación debe entenderse (S. 17 de julio de 2.007) en un sentido amplio, comprensivo no solo del riesgo de confusión indirecta en sus dos posibilidades de confusión de procedencia empresarial o de existencia de relaciones económicas u orgánicas entre los empresarios, sino también de la confusión inmediata o directa que incide sobre la confundibilidad de productos, que no se identifican como distintos. Dice la reciente Sentencia de 12 de junio de 2.007 que "es suficiente que se cree el riesgo y la probabilidad fundada del error en el consumidor acerca de que los productos proceden del empresario genuino (regla "a minori ad maius"), y, para apreciar el riesgo, se habrá de tomar en cuenta, en el aspecto subjetivo, el tipo de consumidor medio, el que normalmente no se detiene en una minuciosa comparación o comprobación, o no se para en los pequeños detalles, y, en el aspecto objetivo, la impresión visual del conjunto que revele la identidad



o semejanza, en cuyo aspecto debe prevalecer el juicio de la instancia siempre que la base fáctica no resulte desvirtuada mediante la apreciación de error en la valoración probatoria y el juicio jurídico, sobre la aplicación del concepto jurídico indeterminado a los hechos fijados, resulte razonable y coherente". Y señala la Sentencia de 30 de marzo de 2.007 que el conflicto debe resolverse desde la perspectiva del consumidor medio y con una visión de conjunto sintética (SS. 17 de octubre de 2.000, 21 de junio y 22 de noviembre de 2.006), lo que armoniza con la normativa de la Directiva 2005/29 / CE sobre prácticas comerciales desleales que, en su art. 5.2 .b), toma como referencia el consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica, o al miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo de consumidores (S. 17 de julio de 2.007); f) El primer requisito de índole negativa -de exclusión del ilícito- es que la prestación o iniciativa empresarial ajena no esté amparada por un derecho de exclusiva reconocido por la Ley, y el segundo requisito negativo que no concurre la circunstancia de inevitabilidad del riesgo de asociación a que se refiere el párrafo segundo del art. 11.2 LCD .

Aplicando la doctrina expuesta el planteamiento del motivo resulta la carencia de consistencia de éste, pues la referencia en el fundamento décimosexto de la sentencia recurrida a la "singularidad competitiva" no supone algo extraño a la materia, como lo revela que también se alude en la Sentencia de esta Sala de 17 de julio de 2.007 . Además es palmario que la sentencia impugnada no aprecia la idoneidad del acto para generar asociación por parte de los consumidores, excluyendo la concurrencia del riesgo de asociación (ftos. 15º y 16º), e incluso rechaza la existencia de imitación, pues, como con acierto apunta el escrito de oposición de la parte recurrida, en el fundamento 12º de dicha resolución se ponen de relieve las diferentes prestaciones - productos- consistentes en el programa de televisión (de la actora) y del coleccionable (de la demandada), y que "en las actuaciones no consta que, toda la estructura, estética y apariencia de los coleccionables, incluidos La Botica de la Abuela y la Botica de Pronto no obedezcan a la propia impronta de la demandada".

Finalmente debe decirse que el juicio de hecho es ajeno al recurso de casación, y que no se aprecia que por la resolución recurrida se hayan vulnerado las pautas jurisprudenciales para adoptar sus conclusiones.

QUINTO.- En el motivo tercero se denuncia infracción del art. 5 de la Ley de **Competencia Desleal** , con base en que procede la calificación del comportamiento de Publicaciones Heres, S.A. como un acto contrario al principio general de buena fe. En el cuerpo del motivo se alega que la argumentación "ratio decidendi", recogida en el fundamento décimocuarto de la resolución recurrida, consistente en no entrar en el análisis del supuesto con base en la doctrina de que "no está justificado el recurso a la cláusula general, por su función de válvula del sistema, cuando el modelo de conducta ha alcanzado ya una realidad positiva, al haberlo incorporado (tipificado) el Legislador a una norma jurídica reguladora del comportamiento activo u omisión de que se trate, [habida cuenta que] esta norma específica ya pondrá en movimiento sus propios mecanismos de control de antijuridicidad y, en su caso, de reacción ante la violencia", contradice la jurisprudencia de esta Sala representada por las Sentencias de 15 de abril de 1.998, 7 de junio de 2.000, y 28 de septiembre de 2.001 .

El motivo se desestima por las razones que se exponen a continuación.

El art. 5 de la Ley de **Competencia Desleal** establece, bajo la rúbrica "Cláusula general", que "se reputa desleal todo comportamiento que resulta objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe". Y la jurisprudencia de esta Sala viene declarando en su interpretación y aplicación: 1º. Que el precepto está reservado a comportamientos que merezcan la calificación de desleales no contemplados en los arts. 6 a 17 de la propia Ley (arts. 23 de mayo de 2.005 ; 24 de noviembre y 29 de diciembre de 2.006; 10 de octubre y 28 de noviembre de 2.007; 19 y 28 y 29 mayo de 2.008); 2º. Que no establece un principio abstracto objeto de desarrollo en los artículos siguientes (SS. 24 de noviembre de 2.006 y 23 de marzo de 2.007), sino un supuesto de ilicitud con sustantividad propia (SS. 24 de noviembre de 2.006 y 23 de marzo de 2.007), que entraña una norma completa (S. 29 de diciembre de 2.006), por lo que no cabe su alegación si los actos se contemplan en otra norma (SS. 7 de junio de 2.000, 23 de junio y 28 de septiembre de 2.005). Su plena autonomía se manifiesta en que no puede valorarse en relación con los actos típicos de los arts. 6 a 17 , pues no tiene carácter integrativo o complementario de los mismos (SS. 20 de febrero y 4 de septiembre de 2.006 y 23 de noviembre de 2.007), de ahí que quepa rechazar de plano todo planteamiento que pretenda configurar el ilícito general como una versión de los tipos específicos modalizados por un comportamiento contrario a la buena fe objetiva (SS. 22 de febrero y 11 de julio de 2.006; 19 y 29 de mayo y 8 de julio de 2.008); 3º. El precepto comprende los actos realizados en el mercado (trascendencia externa) con fines concurrenciales (idóneos para promover o asegurar la difusión de las prestaciones propias o de un tercero) que, no estando tipificado, suponga una deslealtad por ser objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe objetiva, la cual actúa como un estándar o patrón de comportamiento justo y honrado reconocido en el tráfico a las circunstancias concretas, es decir, conforme a los valores de la honradez, lealtad y justo reparto de la propia responsabilidad y ateniendo a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena (SS. 16 de junio de 2.000; 15 de junio de 2.001; 19 de febrero de 2.002; 14 de julio de 2.003; 21 de octubre



de 2.005; 14 de marzo de 2.007). Se trata de conseguir que los agentes económicos compitan por méritos o por eficiencia y no "mediante la realización de comportamientos que supriman, restrinjan la estructura competitiva del mercado o la libre formación y desarrollo de las relaciones económicas del mercado" (SS. 24 de noviembre de 2.006 y 23 de marzo de 2.007); y, 4º. La infracción del art. 5 LCD obliga a identificar las razones en que se funda la deslealtad de la conducta (S. 24 de noviembre de 2.006), sin que baste citar el precepto en los fundamentos de derecho de la demanda (S. 19 de mayo de 2.008).

Aplicando la doctrina anterior al caso de autos resulta: a) Por un lado, que la Sentencia recurrida no conculca la jurisprudencia expresada, ni la que es su antecedente alegada en el cuerpo del motivo, porque lo que, al menos implícitamente, aprecia el juzgador "a quo" es que las circunstancias fácticas con las que se pretende fundamentar el ilícito de **competencia desleal** del art. 5 LCD son las mismas ya tomadas en cuenta para rechazar la existencia de acto de confusión y de acto de imitación de los arts. 6 y 11 , y que, al estar agotadas en el juicio emitido a propósito de dichos ilícitos, pues una cosa sería que no fueran enjuiciables a su tenor y otra es que no tengan entidad cualitativa y/o cuantitativa para ser sancionados como desleales, no son susceptibles de incardinación, y por ello se rechaza el examen, en el art. 5 LCD ; y, b) Por otro lado, no es de aplicación el precepto alegado porque, aún con independencia de a quien quepa atribuir la conformación -estructura, estética y apariencia- del primer coleccionable (que la resolución recurrida atribuye a la demandada), el hecho de que el mismo se hiciera en relación con un programa de televisión de la actora y un contrato entre las dos empresas, ambas cosas ya terminadas, no implica que quede vedado a la editora, por una supuesta lealtad competencial, la publicación de otro coleccionable sobre recetas caseras (obviamente diferentes de las anteriores) aunque se aprovechen algunas de las formas de presentación del coleccionable anterior, pues ni la idea de un coleccionable, ni la publicación de las recetas, son monopolizables por la persona a quien se le ocurrió hacer un programa televisivo sobre remedios caseros, los que, como señala la sentencia de apelación, forman parte del acervo común.

Por consiguiente, el que no hubiera continuado la relación contractual entre la empresa titular del programa de televisión en el que se emitían recetas naturales y la empresa titular de la revista en que se publicaba el coleccionable con dichas recetas, vinculación que se extinguió precisamente por no continuar el programa televisivo, no impide, desde la perspectiva del art. 5 LCD , que la revista pueda publicar un coleccionable sobre recetas caseras, sin utilizar el contenido de las que eran objeto del programa de televisión. En nuestro ordenamiento jurídico rige la libre iniciativa empresarial, consecuencia de la libertad de empresa, y, si la restricciones derivadas de la LCD tratan de evitar la perturbación del funcionamiento del mercado, en consonancia con su finalidad de instrumento de ordenación y control de las conductas en el mismo, y en concreto el ilícito desleal del art. 5 sanciona el abuso de la competencia, no cabe estimar que, dadas las circunstancias concurrentes, ha habido en el caso una situación abusiva generada por una conducta vulneradora de la buena fe objetiva, que afecte a las reglas del normal funcionamiento del mercado.

SEXTO.- La desestimación de los motivos conlleva la declaración de no haber lugar al recurso de casación, sin hacer especial condena al pago de las costas causadas en el mismo por apreciarse serias dudas que hacían razonable la interposición del mismo aunque no haya prosperado por las consideraciones expuestas en los fundamentos anteriores, todo ello de conformidad con los arts. 487.3 "a contrario sensu", y 398.1 en relación con 394 , de la LEC.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de casación interpuesto por la compañía KEINU, S.L. contra la Sentencia dictada por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona el 2 de diciembre de 2.003, en el Rollo número 514 de 2.001, dimanante de los autos de juicio de menor cuantía núm. 445 de 2.000, del Juzgado de 1ª Instancia núm. 20 de la misma Capital, sin hacer especial condena respecto de las costas causadas en el recurso de casación. Publíquese esta resolución con arreglo a derecho, y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Jesús Corbal Fernández.- José Antonio Seijas Quintana.- Clemente Auger Liñán.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jesús Corbal Fernández, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.