

**INFORME SOBRE ANTEPROYECTO DE LEY POR EL QUE SE MODIFICA EL
REGIMEN LEGAL DE LA COMPETENCIA DESLEAL PARA LA MEJORA DE LA
PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS**

1.- Antecedentes.

Por medio de comunicación del Sr. Secretario General Técnico del Ministerio de Justicia, ha sido remitido a la Fiscalía General del Estado para informe el texto del Borrador de Anteproyecto de Ley por el que se modifica el régimen legal de la competencia desleal para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

A tenor del artículo 14.1 j) del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, corresponde al Consejo Fiscal informar los proyectos de ley o normas reglamentarias que afecten a la estructura, organización y funciones del Ministerio Fiscal.

El Anteproyecto no afecta a la organización y estructura del Ministerio Fiscal pero incide sin duda en sus funciones y por ello el presente informe entra dentro de las competencias consultivas del Consejo Fiscal y da cumplimiento al preceptivo trámite previsto en la legislación orgánica del Ministerio Fiscal

2.- Referencias básicas a la estructura y fundamentos del Borrador de Anteproyecto de Ley.

El Borrador de Anteproyecto se estructura en una Exposición de Motivos y cuatro artículos, que modifican respectivamente la Ley 3/1991, de 10 de

enero, de Competencia Desleal; la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista; el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre; y la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. También se integra por una Disposición derogatoria, y tres Disposiciones finales.

Como expresa la Exposición de Motivos, el texto pretende incorporar al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n.º 2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (Directiva de prácticas comerciales desleales). El objetivo de la Directiva comunitaria es *“contribuir al buen funcionamiento del mercado interior y alcanzar un elevado nivel de protección de los consumidores, aproximando las legislaciones de los Estados miembros sobre las prácticas desleales que perjudican los intereses económicos de los consumidores”*.

Tanto por razones materiales como de técnica legislativa, se ha optado por incorporar la normativa a trasponer en el régimen de la represión de la competencia desleal, desarrollado a partir de la definición del modelo económico en el artículo 38 de la Constitución -libertad de empresa-, con la finalidad de *“impedir que el principio de libertad de competencia pueda verse falseado por prácticas desleales susceptibles de perturbar el comportamiento concurrencial del mercado”*. Si bien algunos aspectos que tratan de asegurar un alto nivel de protección se incorporan al Texto Refundido de la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios, y asimismo se consideran precisas

modificaciones puntuales de otras leyes para dotar al ordenamiento de la necesaria coherencia interna.

El fundamento constitucional de esta legislación se encuentra, en el caso de la competencia desleal, en el artículo 51 de la Constitución, y en el supuesto de la publicidad, en el art. 20, 1 a) del mismo texto.

3. Consideraciones sobre el Borrador de Anteproyecto.

En materia de competencia desleal, como explica la Exposición de Motivos, se modifica la cláusula general del artículo 5, según la cual se consideran desleales los comportamientos objetivamente contrarios a la buena fe, para aclarar *“que el test de deslealtad debe realizarse tomando en consideración dos elementos: que el comportamiento del empresario o profesional resulte contrario a la diligencia profesional que le es exigible en sus relaciones con los consumidores y que éste sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo al que se dirige la práctica”*. Posteriormente se regulan los actos de engaño (artículo 7), las prácticas agresivas (artículo 8), los actos de comparación (artículo 10), los actos de imitación (art. 11), se añade todo un capítulo acerca de las prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios, y otro sobre las acciones judiciales con especial regulación de la carga de la prueba. También hay una referencia a los códigos de conducta.

En cuanto al comercio minorista, se regulan las ventas multinivel y las ventas con obsequio o prima así como la prohibición de ventas en pirámide.

En lo que afecta a la defensa de consumidores y usuarios se establece que no cabe imponer a los empresarios y profesionales otras obligaciones,

exigencias o prohibiciones distintas de las previstas en la Ley de competencia desleal y en el Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, cuando el título en que se funden sea la protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores. Asimismo se regula la obligación de información a los consumidores en aquellas prácticas comerciales que incluyan información sobre las características del bien o servicio y su precio, con la finalidad de posibilitar que éstos tomen una decisión sobre la contratación, y la de facilitar un presupuesto previo en aquellos servicios en que el precio final sólo pueda fijarse de este modo.

Finalmente, en materia de publicidad se produce la incorporación a la Ley de competencia desleal del régimen jurídico de la publicidad engañosa, la publicidad comparativa y la publicidad desleal, para eliminar la dualidad hasta ahora existente. Se trataba de una aspiración muy reclamada por la doctrina, ya que la dualidad daba lugar a muchos conflictos entre la Ley de competencia desleal y la Ley general de publicidad, especialmente en materia de competencia territorial judicial, por la mayor facilidad concedida al demandante por la primera de las leyes citada, así como a conflictos de valoración, por ser la segunda una ley que tiene muy en cuenta a la industria de la publicidad. Además se modifica la regulación de las acciones para hacer cesar la publicidad ilícita, única materia que afecta a las funciones del Ministerio Fiscal, junto con la acción de cesación que establece el artículo uno del Borrador en materia de prácticas comerciales desleales que perjudiquen los intereses económicos, colectivos o difusos de los consumidores y usuarios.

El Borrador de Anteproyecto debería tener en cuenta también la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, que introduce, por ejemplo, en su artículo 3, para determinar si una publicidad es engañosa, una referencia a la naturaleza y ejecución de los bienes o servicios, y en el artículo

5, en referencia a las acciones de cesación, que éstas se aplicarán, “incluso cuando no haya prueba de una pérdida o de un perjuicio real, o de una intención o negligencia por parte del anunciante”.

4. Incidencia del Borrador de Anteproyecto en las funciones del Ministerio Fiscal.

Solamente inciden en las funciones del Ministerio Fiscal el artículo cuatro del Borrador de Anteproyecto, que modifica la Ley general de publicidad, y el artículo uno, al otorgar legitimación al Fiscal para ejercitar la acción de cesación en la reforma que propone del artículo 32 de la Ley de Competencia Desleal, frente a las prácticas comerciales desleales que perjudiquen los intereses económicos, colectivos o difusos de los consumidores y usuarios.

4.1. La Ley General de Publicidad.

A) La regulación actual de la Ley general de publicidad.

La actual Ley regula la llamada publicidad ilícita, entendiendo por tal la que atenta contra la dignidad de la persona o vulnera los valores y derechos reconocidos en la Constitución, la publicidad engañosa, la desleal, la publicidad subliminal, y la que infringe lo dispuesto en la normativa que regula la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios (materiales o productos sanitarios o sometidos a reglamentaciones técnico-sanitarias o que pueden generar riesgos para la salud o seguridad de las personas o su patrimonio; publicidad sobre juegos de suerte, envite o azar; productos estupefacientes, psicotrópicos y medicamentos destinados al consumo de personas o animales; tabacos, bebidas con gradación alcohólica superior a 20

grados centesimales; en definitiva los llamados “regímenes publicitarios especiales”). Por la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, se añadió al texto de la Ley la publicidad comparativa, y por la Disposición adicional sexta de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, se incorporó, dentro de la publicidad atentatoria contra la dignidad de la persona, el inciso referente a los “anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”.

Procesalmente, para la realización de la legislación material citada, la ley establece unas acciones de cesación y rectificación (Título IV de la Ley, artículos 25 y siguientes). En general se exige una solicitud previa al anunciante con la finalidad de que cese o rectifique la publicidad ilícita por parte de la persona natural o jurídica que resulte afectada o por quienes tengan un derecho subjetivo o interés legítimo. En aquellos casos en que la publicidad utilice de forma vejatoria o discriminatoria la imagen de la mujer, puede solicitar del anunciante su cese y rectificación: a) la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer; b) el Instituto de la Mujer o su equivalente en el ámbito autonómico; c) las asociaciones legalmente constituidas que tengan como objetivo único la defensa de los intereses de la mujer y no incluyan como asociados a personas jurídicas con ánimo de lucro; d) los titulares de un derecho o interés legítimo. Y cuando se afecte a los intereses colectivos o difusos de los consumidores o usuarios, la petición al anunciante del cese y rectificación de la publicidad ilícita podrán solicitarla: a) el Instituto Nacional de

Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores; b) las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios o en la legislación autonómica sobre la materia; c) las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas; d) los titulares de un derecho o interés legítimo.

Como se aprecia es característica esencial de la regulación vigente la obligatoriedad de un intento de arreglo extraprocésal, es decir, la solicitud de cesación o rectificación dirigida al anunciante, que deberá hacerse por escrito en forma que permita tener constancia de la fecha, de su recepción y contenido, como requisito previo a entablar las acciones judiciales pertinentes.

Pero se establecen dos excepciones, admitiéndose, por una parte, la posibilidad de ejercitar la acción de cesación sin necesidad de llevar a cabo con anterioridad un intento de solución extraprocésal, cuando las conductas contrarias a la ley lesionen los intereses colectivos o difusos de los consumidores o usuarios. La acción de cesación tiene como finalidad obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta contraria a la ley a prohibir su reiteración futura. La acción también se puede utilizar ya cesada la conducta, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato. Están legitimados para ejercitar la acción: a) el Instituto Nacional de Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores; b) las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la Ley General para la

Defensa de los Consumidores y Usuarios o en la legislación autonómica sobre la materia; c) el Ministerio Fiscal; d) las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas; e) los titulares de un derecho o interés legítimo.

Por otra parte, la segunda excepción se regula en la Disposición adicional de la Ley, introducida por la Disposición adicional sexta de la ya citada Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre. Como en el caso anterior, también se puede recurrir directamente a los tribunales sin necesidad de intento extraprocesal con el anunciante siempre que se utilice de forma vejatoria o discriminatoria la imagen de la mujer. En este caso la legitimación activa recae en el Ministerio Fiscal y en la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer, el Instituto de la Mujer o su equivalente en el ámbito autonómico; las asociaciones legalmente constituidas que tengan como objetivo único la defensa de los intereses de la mujer y no incluyan como asociados a personas jurídicas con ánimo de lucro y en los titulares de un derecho o interés legítimo.

En definitiva, el texto actual otorga legitimación activa al Ministerio Fiscal cuando las conductas contrarias a la ley lesionen los intereses colectivos o difusos de los consumidores o usuarios o cuando se utilice de forma vejatoria o discriminatoria la imagen de la mujer. Habilitaciones semejantes a la primera de las señaladas existen en otras leyes mercantiles, como en el artículo 54 del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que otorga legitimación al Ministerio Fiscal para el ejercicio de la acción de cesación en materia de cláusulas abusivas, contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, venta a distancia, garantías en la venta de productos y viajes combinados o, en general, cuando se lesionen intereses

colectivos o difusos de consumidores y usuarios. La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, en sus artículos 12 y 16 otorga legitimación al Fiscal para ejercer las acciones de cesación, retractación y declarativa en caso de condiciones generales que resulten contrarias a la ley. Asimismo, la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, en su artículo 106,3 confiere legitimación activa al Fiscal para ejercer la acción de cesación frente a conductas en materia de publicidad de medicamentos de uso humano o conductas en materia de publicidad de productos sanitarios o productos con supuestas propiedades para la salud (en este caso con solicitud previa de rectificación al anunciante); la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, en su artículo 20 otorga la misma legitimación al Fiscal para las acciones de cesación por conductas contrarias a esa ley que lesionen los intereses tanto colectivos como difusos de los consumidores y usuarios. La Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias, cuyo artículo 16 bis hace la misma atribución al Ministerio Fiscal para el ejercicio de la acción de cesación contra las conductas contrarias a lo dispuesto en la ley. Y finalmente la misma posibilidad ofrece al Ministerio Fiscal en sus artículos 21 y 22 la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552 CEE, sobre coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. Todas estas habilitaciones tienen su origen en la Ley 39/2002, que modificó las leyes anteriores o sus equivalentes vigentes en ese momento y que también introdujo, con carácter general, el apartado 11,4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme al cual *“asimismo el Ministerio Fiscal y las entidades habilitadas a que se refiere el artículo 6, 1, 8º estarán legitimadas para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios”*.

B) La modificación propuesta por el Borrador de Anteproyecto.

En su aspecto material, como se dijo, la modificación consiste en que la publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva pasan a regularse en la Ley de Competencia Desleal para terminar con las disfunciones denunciadas por la doctrina.

En el aspecto procesal, las novedades son las siguientes: a) se define la acción de rectificación, que es aquella *“dirigida a obtener una sentencia que ordene, a costa del demandado, la publicación total o parcial de la Sentencia o la difusión de la publicidad correctora, cuando la gravedad del caso así lo requiera y siempre que la publicidad correctora contribuya a la reparación de los efectos de la publicidad ilícita”*; b) el requisito previo extraprocesal anterior al ejercicio de las acciones de cesación y de rectificación pasa a ser potestativo y limitado a los casos en que el anunciante esté adherido a los Códigos de Conducta que el Borrador introduce en el texto de la Ley de Competencia Desleal; c) junto con el anunciante, se reconoce legitimación pasiva al medio que emita o divulgue la publicidad ilícita (problema detectado en la STS 26-7-97).

Para el ejercicio de la acción de cesación contra la publicidad ilícita por utilizar de forma vejatoria o discriminatoria la imagen de la mujer se atribuye legitimación a: a) la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género; b) el Instituto de la Mujer o su equivalente en el ámbito autonómico; c) las asociaciones legalmente constituidas que tengan como objetivo único la defensa de los intereses de la mujer y no incluyan como asociados a personas jurídicas con ánimo de lucro; d) al Ministerio Fiscal.

Finalmente, para entablar la acción de cesación prevista contra la publicidad ilícita sobre determinados productos, bienes, actividades o servicios incluidos en los “regímenes publicitarios especiales”, se otorga legitimación activa a: a) los órganos o entidades correspondientes de la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales que resulten competentes para el control y aplicación de la normativa infringida; b) las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en el Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores; c) al Ministerio Fiscal.

4.2. La Ley de Competencia Desleal.

A) La regulación actual.

La actual legislación prevé en el artículo 18, la acción de cesación junto con la declarativa de la cesación del acto, la acción de remoción de los efectos producidos por el mismo, la acción de rectificación, la de resarcimiento de daños y perjuicios y la de enriquecimiento injusto. Para el ejercicio de la acción de cesación otorga legitimación, además de a quien, interviniendo en el mercado, tenga un interés económico directamente amenazado o perjudicado, a las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos siempre que resulten afectados los intereses de sus miembros, así como a las asociaciones que estatutariamente tengan por finalidad la protección del consumidor, si el acto afecta directamente a los intereses de los consumidores.

B) La regulación propuesta por el Borrador de Anteproyecto.

El Borrador mantiene la clasificación de las posibles acciones oponibles frente al acto de competencia desleal, añadiendo la mención a las prácticas comerciales desleales que perjudiquen los intereses económicos, colectivos o difusos de los consumidores y usuarios, y para la regulación de la legitimación para el ejercicio de la acción de cesación contra estas últimas se remite al artículo 54,1 del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, donde expresamente se menciona al Ministerio Fiscal como legitimado activo.

5. Breves notas sobre la acción de cesación y sobre el interés social.

A) La acción de cesación.

La acción de cesación apareció en nuestro ordenamiento, en primer lugar en el artículo 63.a) de la Ley 11/1986 de 20 de marzo de Patentes. Como antecedentes jurisprudenciales de esta línea de protección de intereses colectivos pueden citarse por su importancia las sentencias de STC 324/94 de 1 de diciembre sobre la “Presa de Tous” y las STS de 27 de junio de 1997 y STS de 26 de septiembre de 1997 sobre el aceite colza ambas de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

El legislador ha regulado un tipo de procedimiento y unas formas de legitimación que apuntan a esta acción como referida a un interés general, sólo tutelable de forma rápida (el artículo 15, apartado 4 de la LEC, tras la reforma operada por la Ley 39/2002, expresamente prevé que no se paralizarán los procedimientos por consumo iniciados por asociaciones de consumidores y usuarios para que puedan personarse los perjudicados individuales cuando se trate del ejercicio de esta acción), en un juicio verbal, con limitadas posibilidades

de participación de sujetos individuales (intervención adhesiva simple) y restringiendo la legitimación a casos muy concretos. Se trata de una acción a medio camino entre las continentales y las *class actions* del derecho norteamericano, derecho en el que cualquier afectado dentro del colectivo puede actuar en nombre de quienes se encuentran en idéntica situación que él. La acción de cesación es una forma especial de tutela colectiva de intereses del consumidor pero con una legitimación activa limitada.

Es idónea para la tutela de la eficacia del Derecho material de consumo dado que, presuponiendo la nulidad “ex tunc” de la cláusula contractual, conducta o práctica o recomendación, ordena su prohibición de futuro. En contraposición, es preciso recordar que la declaración de nulidad con indemnización del consumidor individualmente afectado, clásica en nuestro derecho, no impone que el acto infractor cese y no protege directamente al consumidor potencial.

Quizá debería haberse aprovechado la ocasión para aclarar el tema de la cosa juzgada en estos procedimientos (art. 221, 2º; 222, 3º y 519 LEC), pues una vez dictada sentencia en un proceso en el que se ha ejercitado una acción colectiva, todos los perjudicados, determinados o no, resultarán afectados por la cosa juzgada, por lo que no podrán ejercitar nuevas acciones individuales. Este precepto es contradictorio con el 11, 1 LEC que reconoce la posibilidad de acciones individuales y con el 15,4 que limita la publicidad para que los perjudicados individuales se incorporen al proceso en el caso de ejercicio de acciones de cesación en los procesos en defensa de los intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios, reconocida en los apartados anteriores del precepto en otro tipo de procedimientos. Ciertamente existe un conflicto de intereses entre el demandado, que, en el caso de que la sentencia no tuviera efectos reflejos para consumidores individuales podría verse abocado a un serie interminable de procedimientos instados por consumidores individuales, y estos

consumidores individuales, a los que se les limita la participación en estos procesos regidos por un deseo de celeridad. Quizá la solución podría venir de la mano de limitar la legitimación activa, dentro de las entidades constituidas para la defensa de los consumidores y usuarios, a las que sean representativas en el sentido del artículo 11.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para garantizar así un mayor equilibrio en el señalado conflicto de intereses. Aunque esto lo prevé con carácter general este último precepto, no se reitera en la regulación de cada concreta acción de cesación, lo que puede llevar a problemas interpretativos.

Por otra parte, el Borrador de Anteproyecto, como ya dijimos en el informe al Anteproyecto de Ley por el que se regula la protección de los consumidores en los servicios de intermediación y en la contratación de créditos o préstamos, no contempla ningún mecanismo en virtud del cual el órgano judicial ante el que se formule una demanda ejercitando una acción de cesación por cualquiera de las entidades a las que se refiere el artículo 11.3 a) y b) - Instituto Nacional del Consumo, órganos o entidades correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios, y Asociaciones de Consumidores y Usuarios- deba poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la existencia del proceso así iniciado.

Esta falta de previsión normativa determina que en la práctica, pueda desarrollarse el proceso en defensa de los intereses colectivos o difusos de los consumidores y usuarios con total desconocimiento del Ministerio Fiscal, pese a que la defensa de tales intereses es una función que le está legalmente atribuida, tiene legitimación para el ejercicio de la acción de cesación y su ámbito natural es el proceso. Tampoco la LEC en su articulado prevé ningún mecanismo mediante el cual se dé conocimiento al Ministerio Fiscal del ejercicio de la acción de cesación por cualquiera de las entidades habilitadas.

La profusión de normas que atribuyen la legitimación activa para el ejercicio de la acción de cesación al Ministerio Fiscal y la trascendencia de los intereses objeto del proceso, tal vez hagan aconsejable que se aborde la cuestión para suplir esta omisión, por cuanto afecta con carácter general, no sólo al Anteproyecto objeto de informe, sino a las leyes de protección de consumidores anteriormente detalladas y a la propia LEC.

En consecuencia para no hacer ineficaz la previsión del número 4 del artículo 11 de este Anteproyecto, tal vez fuera conveniente establecer expresamente la necesaria comunicación del inicio del proceso por parte de la autoridad judicial al Ministerio Fiscal, a los efectos de que pueda tomar conocimiento de la demanda de acción de cesación ejercitada por una entidad legitimada, como medio necesario para valorar si, en defensa del interés social, se persona o no en un proceso iniciado.

C) El interés social.

El interés social, como especie del interés público, conecta con el capítulo III del Título I de la Constitución, que se refiere a los principios rectores de la política social y económica y enlaza con la configuración de nuestro Estado como social y de Derecho (artículo 1,1 CE). El interés público, por su parte, es lo que justifica la intervención del Ministerio Fiscal en todos aquellos procesos que versan sobre materias de carácter indisponible. La satisfacción del interés social tiene mucho que ver con una actuación encaminada a remediar situaciones injustas en las materias señaladas en ese capítulo de la Constitución.

En el mismo sentido, tanto la Circular 7/1978 de la Fiscalía General del Estado como la Memoria de 1982, al comentar el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal del año anterior, identificaron el interés social con el interés del

Estado social de Derecho, en la forma en que es definido por los principios rectores de la política social y económica contenidos en los artículos 48 a 53 de la CE.

Desde este punto de vista, aunque la regulación del artículo 11,4 LEC establezca con carácter general la legitimación activa del Ministerio Fiscal para intervenir en estos importantes procedimientos, no está de más que se vuelva a recordar en cada una de las leyes concretas.

Sin embargo, en algunas de las materias de los llamados “regímenes publicitarios especiales”, estando ya legitimado el Ministerio Fiscal para el ejercicio de la acción de cesación en los casos más importantes, es decir, frente a conductas en materia de publicidad de medicamentos de uso humano o conductas en materia de publicidad de productos sanitarios o productos con supuestas propiedades para la salud en virtud de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, y siendo en principio adecuado atribuir legitimación activa al Ministerio Fiscal para ejercitar la acción de cesación en tales ámbitos, sin embargo, en algunos casos, dadas las heterogéneas materias que en ellos se incluyen, el interés social puede ser tan mediato, que quizá sería preciso añadir que su intervención tendrá lugar “cuando así lo aconseje el interés social” o bien “cuando así lo establezca la legislación de desarrollo” a la que el mismo nuevo artículo 5 de la Ley General de Publicidad se refiere.

6. Conclusiones.

Dada la importancia del interés social implicado, a pesar de la cláusula general del art. 11,4 LEC, no parece incorrecto reiterar en cada concreta ley la legitimación activa del Ministerio Fiscal para el ejercicio de las acciones colectivas de cesación. Sin embargo, en la única novedad reseñable de

atribución de tal competencia en el texto del Borrador de Anteproyecto, es decir, en los regímenes publicitarios especiales, si bien en principio en muchos casos el interés social hace necesaria la atribución de legitimación activa para el ejercicio de la acción de cesación, en otros tal interés social sólo mediatamente será afectado, por lo que quizá debería matizarse la atribución de legitimación con una referencia a cuando el interés social lo justifique o a cuando lo establezca la legislación de desarrollo de los regímenes publicitarios especiales. Por otra parte sería conveniente establecer que el juez o tribunal que conozca de uno de estos procedimientos comunique al Ministerio Fiscal el inicio del procedimiento para que valore la posibilidad de personarse en el mismo. Asimismo sería conveniente tener en cuenta la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa y para un mayor equilibrio de los efectos de la cosa juzgada en los procesos relativos a la protección de los intereses colectivos o difusos de consumidores y usuarios, limitar la legitimación activa para el ejercicio de las acciones colectivas a las asociaciones de defensa de consumidores y usuarios que sean más representativas.

Madrid, 20 de enero de 2009

EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO,
PRESIDENTE DEL CONSEJO FISCAL

Cándido Conde Pumpido-Tourón