

PROMOCIONES DE REGALOS Y “CARTILLA DE PUNTOS” POR VENTAS: ¿UNA PRÁCTICA ENGAÑOSA Y DESLEAL?

*Miguel Fernández Benavides
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha*

La Sentencia de 4 de octubre de 2011, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Salamanca (JUR/2011/386395), desestima la demanda interpuesta por una asociación de consumidores y usuarios contra el Grupo El Árbol Distribución y Supermercados, S.A. Según la resolución, las prácticas llevadas a cabo por la mencionada empresa no pueden ser consideradas prácticas promocionales engañosas o prácticas señuelo a la luz de la regulación prevista en la Ley de Competencia Desleal. A propósito del pronunciamiento judicial señalado, realizaremos un breve comentario del mismo, así como de las diversas cuestiones jurídicas suscitadas en torno a la interpretación de la LDC.

1. La práctica comercial que dio lugar a la contienda judicial

Mediante la campaña publicitaria promocional puesta en marcha por el referido grupo de supermercados, se anunciaban como *gratis* determinados accesorios de cocina a cambio de la consecución de un número de puntos -que se obtenían por la realización de compras en los diversos establecimientos de la empresa- o de un menor número de puntos en complemento al pago de una pequeña cantidad. En el folleto publicitario, junto con la descripción del producto y su fotografía, aparecía en letras de gran tamaño la inscripción *gratis*, e inmediatamente debajo y con letra de parecida dimensión figuraban expresiones tales como: “con 60 puntos” o “con 30 puntos mas 4,99 euros”. Por otra parte, en el mismo folleto se explicaba a los clientes el funcionamiento de la promoción, del siguiente modo: “del 31 de enero al 21 de mayo de 2011 por cada 10 euros de compra que realices El Árbol, recibirás un punto. Colecciona los puntos que consigues con tus compras, pégalos en las cartillas y consigue tu colección, gratis o a un precio realmente increíble”.

2. Posiciones mantenidas por las partes en el litigio

La asociación de consumidores y usuarios (actora), ejercita una acción de cesación de conducta desleal y de prohibición de reiteración futura *ex* artículo 33.1.2 de la Ley de Competencia Desleal (en adelante LCD). Concretamente, la demanda se dirige frente a una de las denominadas prácticas promocionales engañosas, consistentes en ofrecer como gratuito un producto cuando el consumidor ha de abonar dinero por cualquier concepto distinto del coste inevitable de la respuesta a la práctica comercial y la recogida del producto o del pago por la entrega de éste (art. 22.5 LCD).

Por su parte, la entidad demandada sostiene que no concurren los requisitos para declarar desleal la práctica promocional descrita en la demanda, en tanto que la campaña publicitaria, por sus características, no es apta para inducir a error al consumidor medio (no concurriendo los requisitos exigidos por el art. 5.1 LCD). Así, dado que de la publicidad se deduce claramente la exigencia de rellenar una “cartilla de puntos de compra”, considera la empresa que no existen dudas para el consumidor acerca de la efectiva gratuidad de los obsequios promocionales.

3. Normativa aplicada, argumentación y fallo

De acuerdo con el artículo 5.1 de la LCD, “se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios”. A partir de esta cláusula general, se tipifican en la norma diversas conductas concretas que habrán reputarse engañosas, y por ende, desleales. En este sentido, cabe tener en cuenta que, por medio de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, se produjo la transposición a nuestro derecho interno de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios. Y desde este momento, se recogen en el articulado de la LCD una serie de prácticas desleales que antes no se contenían, entre las que se encuentran las prácticas señuelo y las prácticas promocionales engañosas (art. 22). Estos actos, de acuerdo con el artículo 19.2 de la LCD, habrán de ser considerados prácticas comerciales desleales con los consumidores. Así las cosas, el artículo 22.5 se refiere a “describir un bien o servicio como *gratuito*, *regalo*, *sin gastos* o cualquier fórmula equivalente, si el consumidor o usuario tiene que abonar dinero por cualquier concepto distinto del

coste inevitable de la respuesta a la práctica comercial y la recogida del producto o el pago por la entrega de éste”¹.

A juicio de del juzgador, la práctica descrita en el artículo 22.5 de la LCD pertenece al grupo de las denominadas prácticas promocionales engañosas (art. 22, apartados 3 a 6), y, para que pueda ser considerada engañosa, la campaña publicitaria ha de ser apta para inducir a error al consumidor, “bien porque omite datos esenciales en la publicidad promocional o por el elevado coste económico de los obsequios promocionales considerados individualmente”. Una vez sentada dicha doctrina, el órgano de instancia llega a la conclusión de que la campaña publicitaria desplegada por la empresa demandada no puede generar confusión alguna al consumidor medio sobre la efectiva gratuidad de los obsequios, y que por tanto, no puede ser considerada engañosa (*ratio decidendi*). Los argumentos conducentes al fallo son los siguientes: a) que los folletos publicitarios expresan con claridad el sistema de funcionamiento de la adquisición del objeto promocional; b) que en vista de lo anterior, la práctica no puede inducir a error al consumidor medio, que “comprende a la perfección que para adquirir el obsequio ha de rellenar la oportuna cartilla de puntos”; c) que se trata simplemente de un sistema de premiar la fidelidad del cliente a la cadena de supermercados; d) que el escaso valor de los obsequios en relación con la prestación principal, “no genera en el consumidor medio un comportamiento económico relevante” ni favorece la “compra compulsiva”.

En vista de los argumentos expuestos, el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Salamanca desestima en su totalidad la demanda interpuesta por la asociación de consumidores y usuarios, al entender ajustada a Derecho la práctica comercial llevada a cabo por empresa demandada.

4. Comentario

Una vez hemos analizado la resolución judicial que da lugar al presente trabajo, cabe ahora cuestionar hasta que punto la decisión adoptada es la más adecuada, y, por otra parte, valorar algunas cuestiones interpretativas cuyo estudio se revela imprescindible en aras de comprender la problemática jurídica ante la que nos hallamos. Respecto de la primera cuestión, hemos de adelantar nuestra posición favorable respecto del fallo desestimatorio en el caso concreto, si bien no

¹ La práctica comercial del artículo 22.5 de la LCD se trata de un copia prácticamente exacta de la conducta recogida en el núm. 20 del Anexo I de la Directiva 2005//29/CE.

coincidimos con la argumentación desplegada por el órgano jurisdiccional para llegar a dicha conclusión.

4.1. ¿Qué relación existe entre los artículos 5 y 22 de la LCD?

Como ya tuvimos ocasión de señalar, la demanda interpuesta por la asociación de consumidores se dirigía contra una de las denominadas prácticas promocionales engañosas (art. 22.5 LCD). Sin embargo, los argumentos empleados en la sentencia relacionan la conducta tipificada en el citado precepto con el artículo 5 del mismo texto legal. Así, según el juzgador, la práctica descrita en el artículo 22.5 únicamente podría ser considerada engañosa en la medida en que la campaña publicitaria fuese apta para inducir a error al consumidor (bien porque omite datos esenciales en la publicidad promocional, bien por el elevado coste económico de los obsequios). En definitiva, según esta tesis, una conducta no podría considerarse engañosa por el simple hecho de encontrarse tipificada en el catálogo de supuestos previsto por el Legislador, sino que además habrían de concurrir los requisitos previstos en el artículo 5.

A nuestro juicio, dicha interpretación tropieza con diversos obstáculos, revelándose contraria a la propia literalidad y espíritu de la norma. En primera lugar, cabe recordar que el artículo 19.2 de la LCD establece que las prácticas comerciales reguladas en los artículos 21 a 31 “son en todo caso y en cualquier circunstancia, prácticas comerciales desleales con los consumidores”. En segundo lugar, debemos atender a lo dispuesto en el artículo 5.5 de la Directiva 2005/29/CE, cuyo tenor literal es el siguiente: “en el Anexo I figura una lista de las prácticas comerciales que se considerarán desleales en cualquier circunstancia”. Por último, podemos comprender la *ratio legis* si prestamos atención a lo establecido en el considerando 17 de la citada norma europea², del que se extrae igualmente que las conductas tipificadas habrán de considerarse desleales en todo caso, y sin exigencia de requisitos adicionales. Por lo tanto, como bien ha señalado SANCHEZ BARRIOS, “el reproche de deslealtad de las prácticas comerciales del artículo 22 no conlleva la necesidad de comprobar si concurren los requisitos de las prácticas o conductas engañosas” del artículo 5.1

² “Para incrementar la seguridad jurídica, es importante que estén identificadas aquellas prácticas comerciales que se consideran desleales en cualquier circunstancia. Ese tipo de prácticas se enumeran exhaustivamente en la lista del anexo I. Se trata exclusivamente de las prácticas comerciales que pueden considerarse desleales sin necesidad de un examen pormenorizado de que se dan en cada caso concreto los supuestos contemplados en los artículos 5 a 9. La lista sólo puede modificarse mediante una revisión de la presente Directiva” (Considerando 17 de la Directiva 2005/29/CE).

de la LCD (art. 6.1 de la Directiva), en tanto que las mismas han de ser consideradas “prácticas engañosas *per se*”³. En otras palabras, dado que las prácticas previstas en el artículo 22 han sido “objeto de una expresa prohibición *ex ante*”⁴, será suficiente con que el comportamiento se encuentre entre los tipificadas en el catálogo para que deba ser calificado como desleal de manera automática (sin necesidad de acreditar que la práctica induce o puede inducir a error al consumidor, siendo susceptible de modificar su comportamiento económico).

4.2. ¿Son subsumibles los hechos denunciados en el artículo 22.5 de la LCD?

Partiendo de la interpretación de la norma que acabamos de defender, cabría preguntarse si la práctica comercial que dio lugar al litigio se corresponde efectivamente con la conducta descrita en el artículo 22.5 de la LCD, pues en dicho caso, la práctica habría de reputarse desleal (con independencia de cualesquiera otras consideraciones). El precepto señalado se refiere a describir un bien o servicio como gratuito, regalo -o fórmulas equivalentes- si el consumidor y usuario tiene que abonar dinero por cualquier concepto diverso “del coste inevitable de la respuesta a la práctica comercial y la recogida del producto o el pago por la entrega de éste”. Como señala MARÍN LÓPEZ, con esta norma se prohíbe “la práctica de ofrecer un bien como gratuito, aparentemente libre de gastos, cuando después se pretende cobrar al consumidor algo distinto del coste inevitable de la respuesta a la práctica comercial y la recogida del producto o del pago por la entrega del bien”⁵.

En efecto, no parece que el Legislador estuviera pensando en prácticas como la que nos ocupa, en el momento de la redacción del artículo 22.5 de la LCD. Encajarían en esta prohibición, por ejemplo, aquellos supuestos en que alguno de los elementos de la oferta es presentado como obsequio (utilizando expresiones como *gratis* o *regalo*), cuando en realidad no se trata de un regalo sino de un producto incluido en la oferta cuyo coste se incorpora en el precio que finalmente abona el consumidor. Igualmente, se encuadraría dentro de la

³ SANCHEZ BARRIOS, J. L., en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., Aranzadi, 2011, p. 633.

⁴ Así se expresa, en relación con a las prácticas del Anexo I de la Directiva, MAMBRILLA RIVERA, *Prácticas comerciales y competencia desleal. Estudio del derecho comunitario europeo y español. La incorporación de la Directiva 2005/29/CE a nuestro derecho interno*, 2009 p. 127.

⁵ MARÍN LÓPEZ, M.J., en: *La “lista negra” de prácticas comerciales engañosas con consumidores*, CESCO, 2010, <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/14/2010/14-2010-2.pdf>, p. 11

práctica descrita el ofrecimiento como gratuito de un determinado bien, imponiendo unos gastos desproporcionadamente elevados por la entrega del mismo. Sin embargo, cabe destacar que la práctica promocional desplegada por el grupo de supermercados, en la que se anunciaba como “gratis” determinados productos, se especificaba igualmente con claridad la necesidad de acumular un determinado número de puntos para obtenerlos. En base a ello, no apreciamos la apariencia de gratuidad, entendida como inexistencia de contraprestación, por lo que nos encontraríamos ante una mera práctica de fidelización de clientes, ampliamente extendida en el mercado (y sobradamente conocida por los consumidores y usuarios).

4.3. *Conclusión: ¿Podría la conducta reputarse engañosa de acuerdo con lo previsto en el artículo 5 de la LCD?*

Una vez hemos concluido que el artículo 22.5 no resulta de aplicación al supuesto resuelto por la sentencia analizada, es hora de analizar si una práctica comercial de este tipo puede ser reprimida en aplicación del artículo 5 de la LCD. Previamente, hemos de recordar, siguiendo los razonamientos de MARÍN LÓPEZ, el “proceso lógico” que ha de seguir el operador jurídico para averiguar si una determinada conducta constituye una práctica comercial desleal. Según el autor señalado, el proceso a seguir está jerarquizado, y ha de desenvolverse a través de las siguientes fases: a) en primer lugar, hemos de analizar si la conducta se encuentra entre las tipificadas en los artículos 20 a 31 de la LCD, tratándose por lo tanto de una conducta desleal “en todo caso”; b) en segundo lugar, si la práctica no fuera subsumible en alguno de los supuestos específicos, hemos de valorar si tiene encaje en alguno de los dos “subtipos genéricos de prácticas comerciales engañosas (arts. 5 y 7 LCD) y agresivas (art. 8 LCD)”; c) por último, en caso de haber sido excluidas las dos posibilidades anteriores, habremos de acudir a la cláusula general de deslealtad del artículo 4 de la LCD⁶.

⁶ En el artículo 4 de la LCD, encontramos una serie de elementos a tener en cuenta para valorar que ha de entenderse por comportamiento del empresario contrario a las exigencias de la buena fe en las relaciones con consumidores y usuarios. Así, se considera como tal aquel comportamiento “contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores (...)”.

Llegados a este punto, consideramos que los argumentos empleados por la resolución son suficientemente sólidos como para desechar la aplicación del artículo 5 de la LCD. En efecto, tanto la presentación como el contenido de los folletos publicitarios en modo alguno podían inducir a error al consumidor medio, pues se expresaba con claridad que la *gratuidad* del producto quedaba sometida a la obtención por el cliente de un número determinado de puntos. Igualmente, dado el escaso valor de los obsequios, coincidimos con el juzgador en que difícilmente puede una práctica de este tipo generar en el consumidor medio una distorsión de su comportamiento económico.

Por último, queremos recordar que las normas han de ser interpretadas, entre otros criterios, de acuerdo “con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas” (art. 3 CC). Así, si dirigimos la vista hacia el actual tráfico mercantil con los consumidores y usuarios, podemos observar que las prácticas comerciales encaminadas a premiar la fidelidad del cliente (y concretamente las que establecen un sistema de puntos para acceder a un determinado obsequio) se hayan ampliamente generalizadas. Ello hace que el consumidor medio conozca sobradamente el funcionamiento de este tipo de prácticas comerciales, y que se pueda enfrentar a las mismas sin un especial riesgo de engaño o eventual alteración de su comportamiento económico. Sin embargo, planteada la cuestión en estos términos, nuestra conclusión no se reduce a que las prácticas de este tipo deban ser consideradas siempre y en todo caso ajustadas a Derecho. Al contrario, habiendo desechado su consideración como conductas engañosas *per se* (art. 22.5), habrá de valorarse (caso por caso) la posible concurrencia o no de los supuestos previstos en los artículos 5, 7 y 8 de la LCD, y subsidiariamente, su posible encaje en la cláusula general de deslealtad del artículo 4 del mismo texto legal.