

**MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE COMPETENCIA DESLEAL Y PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES EN LO RELATIVO A LAS PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES (LEY 29/2009)**

***Prácticas comerciales desleales y Derecho sancionador de consumo***

*Angel Carrasco  
Catedrático de Derecho Civil  
Universidad de Castilla la Mancha*

*La Ley 29/2009*

La Ley 29/2009, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores, traspone la Directiva comunitaria 29/2005, y modifica con ello cuatro importantes leyes del sistema jurídico español: La Ley de Competencia Desleal, (Ley 3/1991), la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (TR de la LGDCU aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007), la Ley General de Publicidad (Ley 34/1988) y la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (Ley 7/1996). En la presente entrega se revisa el impacto de la nueva regulación sobre el régimen jurídico vigente en materia de protección de consumidores y usuarios.

*Tipificación de conductas prohibidas*

Lo más destacado de la reforma de la LGDCU es que la tipificación de las conductas prohibidas en Derecho de consumo, relativas a las prácticas comerciales desleales, se realiza directamente por el legislador estatal, lo que no es poco relevante, ya que la competencia normativa en materia de consumidores correspondería a las CCAA. El objetivo de tipificación estatal uniforme se consigue mediante una inteligente estructura remisiva. Dado que las CCAA disponen de la competencia de desarrollo normativo pleno en la materia específica de los consumidores y usuarios, y por ello esta tipificación no podría hacerse por la propia LGDCU, esta norma procede mediante una remisión en pleno a la Ley de Competencia Desleal. El legislador estatal realiza una tipificación completa de las conductas prohibidas en la Ley de Competencia Desleal, y se remite a la misma desde la LGDCU, en el entendido de que la tipificación de conductas prohibidas ha sido realizada por el legislador estatal a partir de su competencia exclusiva para regular el Derecho mercantil. En consecuencia: es el legislador estatal mercantil el que tipifica las conductas que constituyen infracciones administrativas de consumo.

La consecuencia más reseñable de esta opción y decisión legal es que, con las excepciones que luego se nombran, no puede existir ya ninguna tipificación, prohibición o condena de prácticas comerciales como desleales, ni la imposición de ningún requisito de información o conducta suplementarias, por parte de las CCAA, haciendo uso de una

virtual competencia exclusiva propia para regular el régimen de protección de consumidores o del comercio interior. Ciertamente tampoco el legislador estatal puede proceder a aumentar el cuerpo de normas prohibitivas al respecto, porque la Directiva 29/2005 se lo impide.

La ley contiene tres excepciones a esta regla de agotamiento de la tipificación de conductas prohibidas, y declara compatibles con el nuevo régimen legal (1) la regulación específica dictada por razones ajenas a la protección de los legítimos intereses de los consumidores, (2) las reglas concretas que regulan las prácticas comerciales en leyes que sean transposición directa de Directivas comunitarias específicas dictadas en materia de protección de consumidores, y (3) las disposiciones más protectoras que puedan dictarse- incluso con el título competencial específico de protección de consumidores, y, por ende, por las CCAA en su caso- en materia de servicios financieros o bienes inmuebles, “que ofrezcan una mayor protección a los consumidores y usuarios” (art. 19.5 LGDCU, modificado). El art. 19.3 a) de la LGDCU, resultante de la reforma, aclara que las “razones ajenas” a la protección de consumidores y usuarios son las relativas a la “salud y seguridad de los consumidores, incluidas las relativas a la seguridad de bienes y servicios”. Esta materia no está *armonizada*, lo que demuestra que el propósito del legislador se ciñe a las relaciones de consumo que atañan a los puros intereses económicos de los consumidores, y que las normas (amplísimas) relativas a la seguridad física de los consumidores no están afectadas por la nueva regulación. Por otro lado, la fórmula de excepción recogida supra (2) quiere decir, con su elíptico sentido, que siguen en vigor y no resultan afectadas por la nueva regulación, las normas relativas a prácticas comerciales en materia de medicamentos, etiquetado, presentación y publicidad de productos, indicación de precios, aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles, crédito al consumo, comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores, comercio electrónico, inversión colectiva en valores mobiliarios, normas de conducta en materia de servicios de inversión, oferta pública o admisión de cotización de valores y seguros, incluida la mediación. En efecto, todos estos regímenes son objeto de una regulación comunitaria especializada frente a la contenida en la Directiva 29/2005, y que pueden contener – y de hecho contienen en mayor o menor grado- una regulación específica o alguna singularidad en materia de conductas desleales por engaño o por agresividad. Por lo que se refiere al supuesto recogido supra (3), la norma comporta la negativa a armonizar todo lo relativo al régimen de la promoción inmobiliaria al consumo, contenido en las leyes autonómicas (muchas) dirigidas a regular la vivienda, la edificación o la calidad de una y otra.

#### *La cláusula general*

El art. 4 Ley de Competencia Desleal delimita la cláusula general de deslealtad “en las relaciones con consumidores y usuarios”. Mas al mismo tiempo, por remisión de la LGDCU, constituye la cláusula general de *conductas administrativamente prohibidas por desleales* en las prácticas comerciales con consumidores. De esta forma, constituye un comportamiento “contrario a la buena fe” aquél en el que concurren los rasgos siguientes: (1) sea contrario a la diligencia profesional; (2) distorsione o pueda

distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio. Se entiende por distorsión significativa la utilización de una práctica comercial para mermar de manera apreciable la capacidad del consumidor de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, “haciendo así que tome una decisión sobre su comportamiento económico que de otro modo no habría tomado”.

#### *Los dos tipos de prácticas desleales con consumidores*

Las prácticas comerciales con consumidores, *siempre que reúnan las condiciones en la cláusula general* (contrariedad a la diligencia profesional y poder de distorsión del comportamiento del consumidor) son *básica, pero no necesariamente*, de dos tipos. En primer lugar, *actos de engaño*, considerándose tal “cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aún siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error en los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico”. En segundo lugar, las *prácticas agresivas*, y serán tales las que mermen de forma significativa, mediante acoso, coacción o “influencia indebida”, la libertad de elección o conducta del destinatario y, por consiguiente, afecte o pueda afectar a su comportamiento económico.

Por lo que respecta a los *actos de engaño* hay que tener en cuenta lo siguiente. La información falsa o susceptible de inducir a error será desleal cuando afecte a alguno de los extremos mencionados en el art. 5 de la Ley de Competencia Desleal, y no a otros. Si se trata de *omisiones*, el silencio constituirá un acto de engaño cuando se oculte la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa, o si se trata de una información poco clara, ininteligible o ambigua, o no se ofrece en el momento adecuado o no se da a conocer el propósito comercial de esta cláusula, si ello no resulta evidente por el contexto. Aunque el nuevo art. 7 Ley de Competencia Desleal no contiene la lista *exclusiva* de los extremos cuya omisión constituye omisión engañosa, sí lo hace el art. 20 LGDCU. La consecuencia de este trasvase es que en art. 7 Ley de Competencia Desleal hay una lista abierta de omisiones potencialmente engañosas, mientras que en las relaciones con consumidores- pero a efectos exclusivos de tipificación administrativa sancionadora- existe una lista cerrada, como quiere la Directiva.

Como establece el art. 19 de la Ley de Competencia Desleal, y fuera del caso del art. 20 LGDCU (al que luego nos referimos), “únicamente” tendrán la consideración de prácticas comerciales desleales con consumidores las previstas en los arts. 4, 5, 7 y 8 de la Ley de Competencia Desleal, como *tipos básicos*, y sus modalidades de desarrollo contenidas en el art. 20 (prácticas engañosas por confusión con los consumidores), 21 (prácticas engañosas sobre códigos de conducta o distintivos de calidad), 22 (prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas), 23 (prácticas engañosas sobre la naturaleza y propiedades de los bienes y servicios, su disponibilidad y servicios postventa), 24 (prácticas de venta piramidal), 25 (prácticas engañosas por confusión), 26 (prácticas comerciales encubiertas), 27 (otras prácticas engañosas), 28 (prácticas

agresivas por coacción), 29 (prácticas agresivas por acoso), 30 (prácticas agresivas en relación con los menores), 31 (otras prácticas agresivas).

Deben tenerse en cuenta tres cosas al respecto. Primero, y como ya ocurría con el art. 5 de la Ley de Competencia Desleal antes de la reforma, la cláusula general de deslealtad “en las relaciones con consumidores” que se contiene en el art. 4 de la Ley de Competencia Desleal contiene un tipo residual capaz de prohibir conductas que no estuviesen específicamente contempladas en los artículos siguientes (tipos especiales de deslealtad). La cláusula general del art. 4 “en las relaciones con consumidores” no queda agotada con los supuestos de los arts. 5 a 8 y los contenidos en los arts. 20 a 31 de la Ley. Por tanto, existe un *espacio posible para una prohibición residual de conductas desleales específicamente no consideradas por las normas de desarrollo*. Esto resulta claro del tenor del art. 2.4 de la Directiva (“en particular”). Segundo, sólo constituyen conductas comerciales *tipificadas como infracción de consumo* por el art. 49 LGDCU aquellas conductas que conforme a la Ley de Competencia Desleal sean prácticas comerciales desleales y, además, el supuesto específico de información comercial insuficiente contenida en el art. 20 LGDCU, en la medida en que su supuesto no quede ya englobado en la cláusula general de engaño del art. 5 de la Ley de Competencia Desleal (más propiamente, en la cláusula del art 7, omisiones engañosas). Tercero, aunque la Ley 29/2009 modifica también la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, e introduce prohibiciones específicas en las ventas multinivel y en las ventas en pirámide, este régimen no está armonizado como conductas catalogables como prácticas comerciales desleales salvo en lo referido a la venta piramidal (art. 24 Ley de Competencia Desleal)

#### *Potestad sancionadora*

Como la regulación de las prácticas comerciales desleales con consumidores ha sido realizada desde el doble frente del régimen mercantil de la Competencia Desleal y del régimen administrativo de la protección de consumidores, también las consecuencias de la conducta infractoras son dobles. Las conductas o prácticas desleales con consumidores constituyen ilícitos civiles de competencia desleal, sujetos al régimen correspondiente y a la competencia de los juzgados de lo mercantil. Pero también conforman estas conductas actos tipificados como infracción administrativa de consumo.

Conforme al esquema remisivo que hemos explicado, la tipificación de la conducta infractora la realiza el Estado, al modificar en este sentido el art. 49 de la LGDCU. Y la realiza por remisión. En general, se declara infracción administrativa de consumo “el uso de prácticas comerciales desleales con consumidores”, y su tipificación se realiza de hecho mediante una remisión a una ley de Derecho privado. Este procedimiento es muy peligroso, porque los ilícitos civiles pueden describirse mediante cláusulas generales amplias, cuya concreción se remite a la discreción del juzgador. Pero la tipificación de infracciones de consumo están sujetas al principio y exigencia de tipicidad del art. 25 de la Constitución. El resultado previsible es que las autoridades administrativas de consumo carezcan de la misma competencia que tienen los jueces de la jurisdicción

civil para concretar y aplicar cláusulas generales, y que, por ende, las sanciones administrativas correspondientes acaben siendo cuestionadas, como consecuencia de déficits notables de tipificación normativa de la conducta prohibida.

La Ley no predetermina cuáles son las autoridades administrativas competentes para sancionar como infracciones de consumo los actos comerciales desleales que la Ley de Competencia Desleal tipifica como actos de competencia desleal. Pero sin duda son las autonómicas (nuevo art. 47.3 LGDCU), como ha de quedar claro por la tipificación de estas conductas como infracciones específicas del régimen de consumo en el art. 49 LGDCU. Con un lenguaje opaco y deliberadamente huidizo, parece que confirma lo dicho – no tenía más remedio que hacerlo- el apartado penúltimo de la Exposición de Motivos de la Ley, cuando reafirma que la presente ley no tiene como objetivo o efecto modificar o atribuir competencias administrativas “a otras administraciones sectoriales”, que seguramente se refiere a las sectoriales *estatales*.

El nuevo sistema comporta unos retos enormes para el operador administrativo competente para la aplicación administrativa del Derecho de consumidores. Primero ha de *chequear* las (a veces innumerable, por ejemplo en la Ley Andaluza de consumidores) tipificaciones singulares contenidas en las leyes autonómicas de consumo, para comprobar si se corresponden con y caben en las descripciones legales de conductas comerciales desleales de la ley 29/2009. Si no es así, las sanciones que se impongan serán ineficaces, aunque sólo fuera por el principio de supremacía del Derecho comunitario. En segundo lugar el órgano competente ha de *concretar* las descripciones que en la Ley 29/2009 constituyen cláusulas generales, con una reserva de discrecionalidad- reverso de la tipificación legal abierta- que abre un horizonte interesante a quienes estén interesados en impugnar las resoluciones administrativas sancionadoras.

#### *Reclamaciones individuales de daños y otras civiles*

Salvo que la legislación estatal básica lo permita (no lo hace), o lo haga la legislación autonómica de desarrollo, en el procedimiento administrativo sancionador de consumo no se pueden determinar ni liquidar los daños y menoscabos singulares sufridos por consumidores como consecuencia de la práctica comercial prohibida. Las reclamaciones individuales para el resarcimiento o satisfacción de otras pretensiones de naturaleza contractual tienen que hacerse valer ante los tribunales del orden civil.

La Ley 29/2009 no cambia este escenario. Pero comporta algunas consecuencias singulares, derivadas del hecho, ya advertido, de que la tipificación administrativa de sanciones de consumo se realiza por medio de una remisión a las conductas que merecen la consideración de actos de competencia desleal catalogados en una norma de Derecho privado. La consecuencia ineludible es que los consumidores serán también sujetos con legitimación activa para ejercitar (¡ante los juzgados de lo mercantil!) las acciones por competencia desleal, en la medida en que “resulten directamente perjudicados” (art. 33.1 Ley de Competencia Desleal). Pero esta vía procedimental se limita al ejercicio de las acciones de cesación, de remoción, de rectificación o de

resarcimiento, que serán las únicas en las que los consumidores tengan, si acaso, un interés singular. Fuera de ello, las acciones contractuales (cumplimiento de contratos, nulidad de contratos, resolución contractual, resarcimiento de daños por incumplimientos contractuales) siguen el procedimiento común y se sujetan a la jurisdicción común. Especialmente es éste el sentido cabal de la fórmula extraña utilizada por el art. 19.2 in fine reformado de la LGDCU: “no tienen la consideración de prácticas comerciales las relaciones de naturaleza contractual”. Más claro en este sentido es el art. 3.2 de la Directiva.

### *Información necesaria en la oferta comercial*

El nuevo art. 20 LGDCU unifica y armoniza el régimen de la información comercial positiva de las prácticas comerciales que *incluyan información sobre las características del bien o servicio*. En este caso, deberá informarse “al menos” de los siguientes extremos: nombre comercial; características esenciales del bien o servicio; precio final completo, o, al menos, la base de cálculo que permita al consumidor comprobar el precio y el importe estimado de los gastos adicionales; procedimientos de pago, plazos de entrega y ejecución del contrato, sistema de tratamiento de las reclamaciones; existencia, en su caso, del derecho de desistimiento. El incumplimiento de estas exigencias convertirá a la práctica comercial en conducta desleal por engaño.

Existe una asimetría entre el contenido mínimo necesario de la información comercial, en los términos expuestos, y los extremos de la información respecto de los cuales la información engañosa constituye actos de competencia desleal conforme al art. 5 de la Ley de Competencia Desleal. Como ya se ha explicado, el “incumplimiento” (es decir, la omisión de la información requerida) de lo dispuesto en el art. 20 LGDCU constituye competencia desleal por engaño. Conforme al art. 5 de la Ley de Competencia Desleal, la información engañosa será competencia desleal cuando “incida” sobre los “aspectos” que allí se mencionan, que son adicionales a los extremos sobre los que debe suministrarse la información a los consumidores. Esto es importante, porque tales “aspectos”, en la medida que excedan del art. 20 LGDCU, no tienen que figurar necesariamente en la información que se suministre al consumidor, pero, si se suministran, constituirán actos de competencia desleal si son engañosos.

### *Una lista de prácticas prohibidas con consumidores*

A modo de catálogo, y prescindiendo de su calificación específica, ofrecemos a continuación un catálogo de conductas comerciales que en el futuro se consideran prohibidas en las relaciones con consumidores. Prescindimos de reproducir las cláusulas generales de engaño y agresividad de los arts. 5, 7, 8 y 20 Ley de Competencia Desleal, y nos limitamos a los tipos específicos prohibidos:

- La afirmación engañosa de que el empresario está adherido a un código de conducta,

- La afirmación engañosa de que un código de conducta ha recibido el refrendo de un organismo público u otro tipo de acreditación,
- La afirmación engañosa de que el empresario, sus bienes o sus prácticas, han sido aprobados, aceptados, autorizados por un organismo público o privado,
- La exhibición de un sello de confianza o calidad sin haber obtenido la necesaria autorización,
- Realizar una oferta a un precio determinado sin revelar la existencia de motivos razonables que hagan pensar que aquéllos no estarán disponibles al precio ofertado durante un período suficiente y en cantidades razonables,
- Realizar una oferta comercial a un precio determinado, para luego, con objeto de promocionar otro bien o servicio diferente, negarse a mostrar el bien o servicio promovido, no aceptar pedidos, negarse al suministro en un tiempo razonable o enseñar una muestra defectuosa del servicio promocionado para desprestigiarlo,
- Ventas en liquidación, cuando no se cumplan los requisitos sectoriales para que proceda la venta de esta clase,
- Las ofertas de premio que de hecho no concedan tales premios u otros de valor equivalente,
- Describir el bien o servicio como gratuito o sin gastos si el consumidor tiene que 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,
- Crear la impresión falsa de que el consumidor ha ganado, ganará o conseguirá un premio u otra ventaja equivalente si realiza un acto determinado, si tal ventaja no existe o está condicionada a la realización de un gasto por el consumidor o de realizar un pago,
- Alegar que los bienes o servicios pueden facilitar la obtención de premios en juegos de azar,
- Proclamar falsamente que un bien o servicio puede curar enfermedades o disfunciones,
- Afirmar, no siendo cierto, que el bien o servicio sólo estará disponible durante un período de tiempo muy limitado, o en determinadas condiciones durante un tiempo muy limitado,
- Ofrecer un servicio postventa sin informar que el idioma del mismo no es aquél utilizado para realizar la operación comercial,
- Crear la impresión falsa de que el servicio postventa estará disponible en un Estado miembro (sic) distinto de aquel en el que se ha adquirido,
- Crear, dirigir, promocionar un plan de venta piramidal en el que el consumidor realice una contraprestación a cambio de la oportunidad de recibir una compensación derivada “fundamentalmente” de la entrada de otros consumidores en el plan, y no de la venta,
- Suministrar bienes y servicios creando la confusión de que proviene de otro empresario,
- Toda información en los medios de comunicación que contenga promoción de bienes o servicios, pagada por el empresario, que no dejen claro que se trata de un mensaje publicitario,

- Presentar como característica propia de la promoción la existencia de derechos conferidos por la legislación pertinente,
- Realizar afirmaciones inexactas o falsas de los riesgos para la salud o seguridad que se derivarían de no contratar un bien o servicio,
- Transmitir información inexacta que impela al consumidor a adquirir bienes o servicios en condiciones menos favorables a las normales del mercado,
- Incluir en la documentación una factura o documento similar, que dé al consumidor la impresión de que ya ha realizado el pedido,
- Afirmar de forma fraudulenta que el empresario no actúa en el marco de su actividad profesional o empresarial,
- Toda práctica que haga creer al consumidor que no puede abandonar el establecimiento sin haber contratado,
- Realizar visitas en persona al domicilio del consumidor, ignorando sus peticiones para que el empresario abandone su casa o no vuelva a personarse en ella,
- Realizar propuestas no deseadas y reiteradas por teléfono u otro medio de comunicación a distancia, salvo en los casos en que esté justificado para cumplir una obligación contractual,
- No utilizar en estas comunicaciones sistemas que permitan al consumidor dejar constancia de su oposición a seguir recibiendo propuestas comerciales,
- Utilizar en tales comunicaciones un número de teléfono no identificable,
- Incluir en la publicidad una exhortación directa a los niños para que adquieran bienes o usen servicios o convenzan a sus padres u otros adultos para que los adquieran,
- Con motivo de la reclamación de pago de un seguro, exigir al consumidor documentos que no sean razonablemente necesarios para determinar la existencia del siniestro o el importe del daño,
- En la situación descrita anteriormente, dejar de responder sistemáticamente la correspondencia, para disuadir al consumidor de que ejercite sus derechos,
- Exigir el pago inmediato, la custodia o la devolución de bienes o servicios no solicitados,
- Informar expresamente al consumidor que el trabajo o sustento del empresario corren peligro si el consumidor no contrata.