

PROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE LA COMPETENCIA DESLEAL PARA MEJORAR LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES (I): DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DERECHO DE CONSUMO

Ángel Carrasco

1. De los muchos elementos oscuros y cuestionables que se contienen en el *Proyecto de Ley por la que se modifica el régimen general de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios*, BOCG Congreso, 5 junio 2009, en esta presentación me limitaré a señalar los extremos problemáticos que derivan de la pretensión de haber querido transponer los términos de una Directiva *consumerista* (la 29/2005) mediante una modificación profunda de nuestro Derecho jurídico privado contenido en la Ley de Competencia Desleal.

2. Los Estados Miembros tenían de hecho dos posibilidades de proceder a la transposición de la Directiva 29/2005 (Prácticas comerciales desleales con consumidores). O bien mediante la refundición (y supresión masiva) del régimen administrativo, básicamente autonómico, relativo a las obligaciones de información precontractual y a las prácticas comerciales relativas a consumidores, o proceder a concentrar el régimen mediante el uso de las cláusulas generales de Derecho privado, referidas a la prohibición de actos desleales o engañosos. Se ha hecho esto único, con lo que se avoca sustancialmente la materia a la competencia estatal sobre el Derecho mercantil (art. 149.1.6º de la Constitución). Y esta avocación es la que de hecho hace posible la transposición de la Directiva, que de otra forma hubiera sido imposible acometer.

3. Pero para ello ha sido preciso incluir en la cláusula general de deslealtad competencial (art. 4.1 LCD reformado) un tipo de conducta desleal genérico propio de consumidores [*comportamiento contrario a la diligencia profesional conforme a prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio, entendiendo por distorsión la utilización de una práctica comercial para mermar de manera apreciable la capacidad del consumidor para adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, haciendo que tome una decisión que de otro modo no habría tomado*].

4. Esta *incrustación* del Derecho de los consumidores en el Derecho de la competencia produce desajustes evidentes. Así, derogando el texto vigente del art. 7 LCD, ahora los actos de engaño se definen estrictamente en los términos en que la Directiva concibe tales actos como una práctica desleal con consumidores, y *limita* los extremos sobre los que puede recaer un engaño *entre competidores* a los términos en que la Directiva permitía considerar que la conducta del empresario podía ser considerada un ilícito de consumo. Y la necesidad de formular, por exigencias de la Directiva, un nuevo tipo especial de deslealtad ("prácticas agresivas"), conduce por ello mismo a la formulación de un nuevo tipo de deslealtad entre los propios competidores, muy cuestionable. Finalmente, en los nuevos arts. 19 a 31 de la LCD se especifica el catálogo de conductas que, *junto*

con las delimitadas en las cláusulas generales de la Ley (básicamente, actos de engaño y prácticas agresivas), constituyen la *únicas* prácticas comerciales que se consideran desleales *con* los consumidores. ¿Es que esta lista de *concreción* de las cláusulas generales ya no rigen para delimitar tipos de deslealtad entre empresarios (por ejemplo, el nuevo régimen de obsequios, primas y subordinación contractual del incorporado art. 22)?

5. El resultado en materia de legitimación activa y de acciones es confuso. Necesariamente, el consumidor individual y sus asociaciones quedan legitimados para el ejercicio de cualquier acción, cualquiera sea el tipo de deslealtad en que se funde. Y como la relación entre consumidor y empresario (a diferencia de la relación entre empresarios) se produce casi necesariamente en el seno de un contrato, no será fácil ni muchas veces posible distinguir el ejercicio de acciones de nulidad de cláusulas abusivas, el ejercicio de acciones de nulidad contractual o por incumplimiento, el ejercicio de acciones declarativas abstractas de nulidad de cláusulas contractuales, y las específicas acciones de competencia desleal. Es inevitable un concurso poco claro de acciones de daños por infracciones competenciales y la propias acciones que resultan de que estas infracciones de mercado pueden suponer al mismo tiempo casos de *culpa in contrahendo*. Mas tampoco existe una restricción a la legitimación de los "agentes del mercado", y los competidores están igualmente investidos de legitimación para demandar por la comisión de tipos de infracción que en la ley tienen una *específica finalidad de protección del consumidor*.

6. Cabría pensar que la refundición del régimen de deslealtad en el sector del consumo en la LCD suprime la posibilidad de *sancionar* estas mismas conductas, tipificadas en una ley estatal de Derecho privado, como *infracciones administrativas de consumo*. Es decir, que las CCAA no podrían introducir nuevos tipos de deslealtad, disfrazados bajo específicas infracciones administrativas de consumo, ni podrían sancionar los tipos legales de deslealtad de la nueva LCD como infracciones de consumo. Más no es así, como demuestra la proyectada reforma de los arts. 47.3 y 49.1 k) del TR de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, donde esta competencia se mantiene incólume. Y de la relación, oscura en todos sus términos, del proyectado art. 19.2 de esta ley con los dos preceptos que se acaban de citar resulta probable la conclusión de que las Administraciones autonómicas de consumo pueden sancionar como infracción administrativa en materia de prácticas comerciales *todo*, pero *sólo*, lo que está prohibido por la LCD. Con excepción de los servicios financieros y los inmuebles, donde se admite ahora que las Administraciones competentes (pero también, por eso, las de consumo) puedan establecer niveles de exigencia más protectores de los consumidores.