

INFORME PN-02

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

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), vista la solicitud presentada por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Sanidad y Consumo, que obró entrada en esta Comisión el pasado 5 de septiembre, en relación con el *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*, ha aprobado el presente informe. Dicho informe se adopta en ejercicio de las competencias consultivas en relación con proyectos y proposiciones de normas que afecten a la competencia, que le atribuye el artículo 25.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

I. ANTECEDENTES

I.A) Origen del Anteproyecto

Las leyes de los Estados miembros relativas a las prácticas comerciales desleales muestran marcadas diferencias que pueden generar distorsiones apreciables de la competencia y obstaculizar el buen funcionamiento del mercado interior.

Para paliar esta heterogeneidad legislativa y sus consecuencias adversas sobre la competencia y el mercado interior, 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) no 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, aproxima las leyes de los Estados miembros sobre las prácticas comerciales desleales, incluida la publicidad desleal, que son directamente perjudiciales para los intereses económicos de los consumidores y, por ende, indirectamente perjudiciales para los de los competidores legítimos.

Así, se establece la obligación para los Estados miembros de adoptar y publicar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la citada Directiva, la cual preveía, como fecha límite de transposición, el 12 de junio de 2007.

I.B) El proceso de elaboración del Anteproyecto

El borrador objeto de análisis es el resultado de los trabajos conducentes a la satisfacción de las obligaciones de transposición.

En el caso español, atendiendo a las particularidades de la legislación nacional, se ha considerado que la transposición debe llevarse a cabo incorporando sustancialmente la Directiva a través de la modificación de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, y realizando asimismo las oportunas modificaciones en la demás regulación afectada, es decir, la Ley 34/1988, de 11 de noviembre de 1988, General de Publicidad, la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y 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.

Para la elaboración de este borrador se creó en su momento un grupo de trabajo formado por representantes de distintas instancias de la Administración española relacionadas directamente con la materia a tratar, grupo con el que la Comisión Nacional de la Competencia ha colaborado en la forma en que ha sido requerida para ello por sus miembros. Ello ha posibilitado que esta Comisión, a distintos niveles, haya tomado contacto con los sucesivos borradores, realizando las aportaciones que ha considerado pertinentes en aquellos extremos contenidos en versiones previas que podrían afectar a la defensa de la competencia.

I.C) Estructura y contenido del Anteproyecto

El Anteproyecto se estructura en cuatro artículos, una Disposición Derogatoria y tres Disposiciones Finales. Cada uno de los artículos modifica una de las leyes afectadas por la transposición de la Directiva (Ley de Competencia Desleal, Ley General de Publicidad, Ley de Ordenación del Comercio Minorista y Texto Refundido de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios).

El cuanto al contenido material del Anteproyecto, la nueva regulación modifica fundamentalmente la actual LCD, afectando a conceptos fundamentales tales como el ámbito de aplicación de la misma, la definición de deslealtad, la inclusión de prácticas desleales que lo son con referencia a los consumidores y usuarios y el fomento de los códigos de conducta entre las organizaciones empresariales y profesionales.

Para adecuar el régimen actual a la regulación comunitaria se ha modificado el ámbito de aplicación objetivo y subjetivo de la LCD, toda vez que será de

aplicación tanto a empresarios como profesionales que lleven a cabo prácticas comerciales desleales, en relación con los consumidores antes, durante y después de una transacción comercial, que produzcan o puedan producir efectos sustanciales en el mercado español o que lesionen o puedan lesionar los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios en ese mercado.

Igualmente se modifica la cláusula general del art. 5 LCD en la que se reputan desleales los comportamientos objetivamente contrarios a la buena fe, para aclarar, conforme exige la legislación comunitaria, que en las relaciones de los empresarios o profesionales con los consumidores o usuarios el test de deslealtad debe realizarse tomando en consideración dos elementos: 1) que el comportamiento del empresario o profesional resulte contrario a la diligencia profesional que le es exigible en sus relaciones con los consumidores y 2) 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.

Por otra parte, se establece un régimen jurídico unitario para los actos de engaño y para las prácticas agresivas, siendo exigible igual nivel de corrección con independencia de que sus destinatarios sean consumidores o empresarios.

Adicionalmente, se dedica un capítulo completo de la Ley a regular los actos de competencia desleal que, afectando también a los competidores, se considera que solo son susceptibles de perjudicar a sus destinatarios cuando éstos son consumidores y usuarios, tales como omisiones engañosas, prácticas señuelo, prácticas promocionales engañosas, prácticas de venta piramidal, etc. A este capítulo se incorpora también la regulación sobre los códigos de conducta relativos a las prácticas publicitarias desleales, que contribuirán a reforzar el nivel de protección de los consumidores y usuarios.

Por añadidura, entre las novedades que aporta el contenido del Anteproyecto destacan:

- La sujeción exclusiva de empresarios y profesionales al régimen de la competencia desleal y la defensa de los consumidores y usuarios, en aquellos supuestos en que el título en que se funden sus conductas sea la protección de los legítimos intereses de los consumidores.
- El establecimiento de obligaciones de información a los consumidores en determinadas prácticas comerciales publicitarias.

- La modificación de la regulación sobre ventas promocionales, por ejemplo en relación con aquéllas propuestas comerciales no solicitadas y reiteradas por teléfono u otros medios de comunicación.
- Determinadas precisiones procesales en el ejercicio de las acciones relacionadas con estos ilícitos.

II. OBSERVACIONES

PRIMERA. Aspectos de interés ya incorporados al Anteproyecto.

Desde el punto de vista de la defensa de la competencia, el elemento clave en su relación con el derecho de la competencia desleal no es tanto la intensidad con la que se protege a consumidores y competidores mediante la delimitación de los distintos ilícitos, como el grado de afectación al interés público de la conducta desleal concreta.

Es por ello que, en términos generales, el impacto del Anteproyecto en cuestión sobre las condiciones de competencia efectiva en los mercados es, en principio y por sí mismo, limitado, y tanto más cuando las modificaciones que el mismo introducen en el ordenamiento jurídico van estrictamente encaminadas a incrementar el ámbito de protección de los consumidores en las relaciones comerciales entre aquéllos y los operadores que participan en un mercado (y no, en sí mismo, a regular las relaciones entre competidores o la posición de éstos en el mercado). Así, las nuevas tipificaciones de conductas desleales son fundamentalmente “frente al consumidor” y no van a introducir modificaciones sustanciales en las categorías de actos desleales “frente al competidor”, que son las que típicamente, y por el juego del art. 3 LDC, van a examinarse, en su caso, en sede de defensa de la competencia.

En cualquier caso, en lo que se refiere al contenido concreto del Anteproyecto, ya surgieron en los trabajos preparatorios determinadas cuestiones que podían resultar relevantes desde el punto de vista de la competencia, que han sido convenientemente subsanadas en la versión actual.

Como ejemplos concretos de dicha adecuación, el Consejo quiere destacar la redacción que se ha adoptado en los siguientes aspectos:

A) Artículo primero. Apartado diez. Modificación del art. 31 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

Esta propuesta de modificación del art. 31 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, incluye el reconocimiento de la validez de los códigos de conducta como instrumento para la autorregulación de las posibles conductas desleales, en concreto prácticas publicitarias. En el punto 2 de dicho artículo 31, se ha incluido una alusión a que dichos códigos de conducta "respetarán la normativa de defensa de la competencia".

Debe partirse de que, desde el punto de vista de la competencia, en principio la autorregulación de los operadores económicos y, en su caso, la adopción de códigos de conducta, no puede servir de espacio para la concertación entre competidores de cara a acordar las condiciones comerciales, como precios, horarios, o cualesquiera otras. Ello, lejos de proteger a consumidores y usuarios, tendría el efecto de restringir la competencia efectiva.

Tal circunstancia no obsta para reconocer que existen sin embargo condiciones bajo las cuales la adopción de códigos de conducta no vulneraría la normativa de defensa de la competencia, tal y como recoge el artículo 1.3 de la vigente LDC. De todo ello se ha hecho eco el TDC en repetidas ocasiones en el ámbito de los códigos de conducta publicitarios, que son a los que hace alusión el artículo referido.

Por lo tanto, resulta pertinente eliminar cualquier posibilidad de que pudiera entenderse que los códigos de conducta, cualquiera que sea su objeto, puedan soslayar la normativa de defensa de la competencia, ni que, por añadidura, los poderes públicos fomenten códigos de conducta que puedan servir de amparo legal a posibles concertaciones anticompetitivas.

B) Artículo tercero. Apartado dos. Modificación del 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.

El Consejo también resalta la redacción que finalmente se ha dado a la propuesta de modificación del art. 19 del 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. Este artículo dispone que los intereses de los consumidores y usuarios deben ser respetados en los términos establecidos en la legislación de consumidores y usuarios y de competencia desleal, restringiendo por tanto la posibilidad de que otras normas puedan regular dichos intereses. Sin perjuicio de la aplicación complementaria, con carácter tasado, de otras normas en los casos que el propio art. 19 tasa en su apartado 3, la dicción del art. 19 impide que otro tipo de regulación que se pueda llevar a cabo (por ejemplo, los

Códigos Deontológicos de los Colegios Profesionales) pueda introducir restricciones a la competencia bajo la justificación de que, en realidad, el objeto de tales restricciones es la protección de los consumidores y usuarios.

Es esta una posibilidad que merece la pena eliminar, tal como hace el art. 19 en su redacción propuesta. Debe recordarse que, potencialmente, tanto los códigos deontológicos de los Colegios Profesionales como determinadas disposiciones que en su caso pudieran ordenar con carácter general el ejercicio de otras profesiones –por ejemplo, el de las profesiones reguladas- pueden contener no sólo previsiones de protección al consumidor, sino que pueden disciplinar el ejercicio de la actividad con otro tipo de fin, y debido a ello, en ocasiones tienen el efecto potencial de perjudicar al consumidor.

SEGUNDA. Propuestas de modificación al articulado del texto remitido.

Sin perjuicio de lo anterior, y por la influencia indirecta que la cuestión puede tener en el ámbito *antitrust*, (dado que las conductas desleales encuentran un punto de conexión con la defensa de la libre competencia a través del art.3 LDC), se comentan a continuación varios aspectos, en opinión del Consejo mejorables, en relación con el alcance de la modificación de las normas a que afecta el presente Anteproyecto.

Las propuestas que siguen permitirían conseguir, a juicio del Consejo, una regulación más transparente y coherente, favoreciendo así la certidumbre en el comportamiento de los operadores económicos y la seguridad jurídica. El Consejo quiere resaltar que la transparencia y coherencia ha de ser uno de los objetivos que informen el diseño de las normas, tal como tiene dicho esta Comisión en sus *Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia*.

A) Artículo primero. Apartado 4. Modificación del art. 5 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

Por el carácter nuclear que tiene dicho concepto en la reforma y en la determinación de las conductas desleales, se sugiere revisar la redacción de la modificación del artículo 5 LCD (cláusula general). Este artículo dispone que, para entender desleal un comportamiento –esto es, objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe-, el comportamiento debe distorsionar o poder distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio.

Seguidamente, el apartado 1, 2º párrafo queda redactado de manera que se define el “comportamiento económico del consumidor o usuario” utilizando la

definición de “decisión sobre una transacción”, incluida en el art. 2 k) de la Directiva 2005/29/CE. Tal y como explica la Memoria que acompaña al Anteproyecto, la inclusión de dicha definición responde a razones de técnica legislativa al objeto de trasponer adecuadamente la Directiva.

El Consejo, por el contrario, considera que la introducción de dicho concepto en el art. 5.1 LCD podría generar inseguridad jurídica en la medida en que son dos los elementos centrales en el concepto de buena fe que sirve de parámetro para considerar la deslealtad de la conducta: “el comportamiento económico del consumidor” y “la distorsión o potencial distorsión significativa” de dicho comportamiento. El primero de estos conceptos se explicita; sin embargo, el segundo no. Ello podría dar lugar a confusión acerca de la manera en que se habría de interpretar este último concepto, si de manera coincidente con la Directiva, o de manera diferente.

En puridad, ni siquiera resultaría necesaria la transposición de lo que se entiende por “comportamiento económico del consumidor”, en cuanto que la noción adoptada resulta idéntica a la del art. 2.k) de la Directiva; en ausencia de precisión alguna, el concepto de comportamiento económico del consumidor se habría de interpretar necesariamente con arreglo a la misma. Por lo tanto, el Consejo propone suprimir la precisión de este concepto en el artículo 5.1, segundo párrafo, de la LCD.

En todo caso, también considera el Consejo que, de querer precisarse explícitamente la noción de “comportamiento económico del consumidor” aunque fuese en idénticos términos a los formulados en el art.2.k) de la Directiva, resultaría pertinente dar idéntico tratamiento al otro concepto aludido.

B) Artículo segundo. Modificación de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista.

El Anteproyecto modifica, igualmente, determinados aspectos de la Ley de ordenación del comercio minorista, pero no el de la venta a pérdida regulada en su artículo 14. La venta a pérdida es una de las conductas desleales más examinadas en la experiencia de la CNC y el antiguo TDC.

Debe recordarse que la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, modificó la LOCM, añadiendo una Disposición Adicional (la Sexta) en la que se dispone que el régimen de la venta a pérdida que se recoge en la LOCM se aplica a actividades mayoristas o de intermediación (no sólo minoristas). Como consecuencia de ello, la venta a pérdida (para cualquier tipo de actividad) presenta una doble regulación: la de la

LOCM y la de la LCC (artículo 17), que no resultan absolutamente coincidentes en su tipificación.

El Consejo considera que resulta éste un buen momento para derogar el régimen de la venta a pérdida de la LOCM y reconducirlo a lo dispuesto expresamente en la LCD, tanto por razones de coherencia –es donde debe figurar el régimen general de conductas desleales- como por el tratamiento preciso de la figura –que establece el régimen general de libertad en la fijación de precios y posteriormente establece los supuestos en que se puede reputar desleal la venta por debajo de coste-.

C) Artículo cuarto. Modificación de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

El Anteproyecto otorga una nueva redacción a los artículos 1 a 8 de la Ley General de Publicidad. En particular, los artículos 3 a 8 regulan las formas de publicidad ilícita. Algunas sub-categorías de publicidad ilícitas (como la publicidad engañosa, la publicidad desleal o la publicidad agresiva) se reconducen a lo dispuesto en la Ley de Competencia Desleal. Sin embargo, otras sub-categorías, como la publicidad que atente contra la dignidad de la persona, la publicidad subliminal, y la publicidad sobre determinados bienes, actividades o servicios, se siguen regulando, a partir de la nueva redacción que se incorpora, por la Ley General de Publicidad (arts. 3.1.a), 4 y 5 de dicha Ley).

En opinión del Consejo, en aras de una mejor coherencia del régimen de publicidad ilícita, se debe aprovechar esta ocasión para suprimir toda regulación de la publicidad ilícita en la LGP, y reconducir las conductas que de acuerdo con el Anteproyecto seguirían rigiéndose por esta Ley a través de la LCD, de manera que se hubiese centralizado en esta última norma esta regulación, simplemente manteniendo su vigencia en lo relativo a contratación publicitaria.

En Madrid, a 18 de septiembre de 2008