

La “lista negra” de prácticas comerciales engañosas con consumidores

Manuel Jesús Marín López*
Catedrático de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo**
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha: marzo de 2010

INDICE

1. Introducción. 2. La “lista negra” de prácticas comerciales engañosas. 3. Prácticas engañosas sobre códigos de conducta u otros distintivos de calidad. 4. Prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas. 5. Prácticas engañosas sobre la naturaleza y propiedades de los bienes o servicios, su disponibilidad y los servicios posventa. 6. Práctica engañosa de venta piramidal. 7. Otras prácticas engañosas.

1. Introducción.

La Ley 29/2009, de 30 de diciembre, que incorpora al derecho español la Directiva 2005/29/CE, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores, modifica sustancialmente la normativa española sobre competencia desleal. Aunque la Ley 29/2009 afecta a otros textos legales (Ley de Ordenación del Comercio Minorista, Texto Refundido que aprueba la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios –en adelante, TRLGDCU-, y Ley General de Publicidad), los cambios más relevantes se producen, sin duda alguna, en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante, LCD), que sufre la modificación de un buen número de preceptos (los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 10, 11 y 18), además de recibir íntegramente una nueva redacción los Capítulos III a V (artículos 19 a 39).

La Ley de Competencia Desleal prohíbe los actos de competencia desleal (art. 1), y dedica especial atención a las prácticas comerciales desleales con los consumidores, que por tanto deben considerarse prohibidas.

* Manuel.Marin@uclm.es; www.uclm.es/profesorado/mjmarin

** www.uclm.es/centro/cesco

En cuanto a la delimitación de las prácticas comerciales desleales con consumidores, pueden calificarse como tales las siguientes:

a) La cláusula general de deslealtad, recogida en el art. 4 LCD, constituye el tipo básico de práctica comercial desleal.

b) Hay dos subtipos básicos de prácticas comerciales desleales: las prácticas engañosas (arts. 5 y 7 LCD, que se refieren, respectivamente, a las prácticas engañosas por acción y a las prácticas engañosas por omisión) y las prácticas agresivas (art. 8 LCD)

c) Las prácticas comerciales que en todo caso han de considerarse desleales, y que se contienen en los artículos 20 a 31 LCD.

d) Las prácticas comerciales desleales mencionadas en los artículos 19 y 20 TRLGDCU. Se trata de las siguientes: 1) la práctica comercial engañosa del artículo 20.2 TRLGDCU, que reputa como tal el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 20.1, esto es, omitir alguna de las informaciones que se indican en este primer apartado (y cuya correcta interpretación debe realizarse analizándolo conjuntamente con el art. 7 LCD, que se refiere a las prácticas engañosas por omisión); 2) las disposiciones a que se refiere el artículo 19.4, cuyo incumplimiento constituye también una práctica desleal por engañosa; el mencionado artículo 19.4 exige el cumplimiento de las normas que regulan las prácticas comerciales en materia de medicamentos, etiquetado, presentación y publicidad de los productos, indicación de precios, aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, crédito al consumo, comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y usuarios, 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 y cualesquiera otras normas que regulen aspectos concretos de las prácticas comerciales desleales previstos en normas comunitarias.

Para averiguar si una determinada conducta o comportamiento constituye una práctica comercial desleal, el operador jurídico ha de seguir un proceso lógico, que además está jerarquizado. Así, en primer lugar, ha de analizar si esa conducta tiene cabida en alguna de las prácticas señaladas en los artículos 20 a 31 LCD, es decir, si se trata de una práctica comercial desleal “en todo caso”. Si no tiene encaje en ninguno de esos preceptos, ha de analizar si puede caber en alguno de los dos subtipos genéricos de prácticas comerciales engañosas (arts. 5 y 7 LCD) y agresivas (art. 8 LCDE). Por último, en caso de que el comportamiento tampoco pueda considerarse desleal conforme a estos dos subtipos genéricos, habrá de acudir a la cláusula general de deslealtad del art. 4 LCD, para ver si, conforme a la misma, la práctica ha de calificarse como desleal. Por esa razón, la cláusula general de deslealtad funciona como cláusula de cierre.

Dentro de las prácticas comerciales que en todo caso han de considerarse desleales (arts. 20 a 31 LCD), la ley distingue de nuevo entre prácticas engañosas (arts. 20 a 27 LCD) y prácticas agresivas (arts. 28 a 31 LCD).

En las páginas que siguen voy a ocuparme del primer grupo, esto es, de las prácticas engañosas en todo caso. Conviene advertir, sin embargo, que las prácticas engañosas por confusión (arts. 20 y 25 LCD) no van a ser objeto de análisis separado en estas Jornadas. Y en cuanto a las restantes, serán estudiadas con la profundidad que la limitación de páginas de este trabajo permita.

2. La “lista negra” de prácticas comerciales engañosas.

La Directiva sobre prácticas comerciales desleales, después de prohibir las prácticas comerciales desleales (art. 5.1), establece que “en el Anexo I figura una lista de las prácticas comerciales que se considerarán desleales en cualquier circunstancia” (art. 5.5). El citado Anexo I contiene un elenco de veintitrés prácticas comerciales engañosas, y ocho prácticas comerciales agresivas.

El legislador español ha transpuesto estas normas de la Directiva de manera diferente. El artículo 19.2 LCD dispone que “las prácticas comerciales reguladas en los artículos 21 a 31, ambos inclusive, son en todo caso y en cualquier circunstancia, prácticas comerciales desleales con los consumidores”. En consecuencia, la relación de prácticas que la Directiva incluía en el Anexo I, en nuestro derecho ha pasado a integrarse en el articulado de la Ley de Competencia Desleal, en los artículos 21 a 31.

Estas prácticas comerciales son “en todo caso y en cualquier circunstancia” desleales. Eso significa que en estos supuestos no es necesario examinar la concurrencia de los requisitos exigidos para calificar esa práctica como desleal. Por lo tanto, no es necesario constatar que esa conducta contiene información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, como con carácter general exige el artículo 5 LCD; ni es preciso que se pruebe que ese comportamiento resulta objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe, en los términos previstos en la cláusula general de deslealtad del artículo 4 LCD. Si una conducta o comportamiento entra en el catálogo de cláusulas expresamente tipificadas en los artículos 21 a 27 LEC, se produce un reproche directo de deslealtad, por lo que no es necesario, en tales casos, examinar si concurren los requisitos para su calificación como prácticas engañosas.

El legislador pretende, pues, tipificar los ejemplos más característicos de prácticas comerciales engañosas, de modo que, si la práctica que se juzga es alguna de las expresamente tipificadas, se reputará desleal, sin más consideraciones. Ahora bien, el hecho de que la práctica no encaje en alguna de las prácticas tipificadas no prejuzga su licitud. En estos casos habrá que acudir a los artículos 5 y 7 LCD (prácticas engañosas por acción y omisión) para ver si se reputa leal o desleal; y si estos preceptos no resultan aplicables, deberá atenderse, por último, a la cláusula general de deslealtad del artículo 4 LCD.

Por último, conviene advertir que en algunos casos se trata de una verdadera “lista negra”, mientras que en otros es más bien una “lista gris”. En el primer caso están aquellos supuestos en los que la delimitación del ámbito de aplicación de la práctica es objetivo, de modo que de manera prácticamente automática se puede advertir si la práctica es leal o desleal; por ejemplo, cuando el empresario afirma que está adherido a un código de conducta sin estarlo [art. 21.1.a) LCD]. Distinta es la situación cuando la aplicación del precepto se hace depender de que concurra un requisito definido de manera abstracta o amplia, obligando al intérprete jurídico a realizar un juicio de valor que impide la aplicación automática de la norma; por ejemplo, para calificar a una práctica comercial como encubierta, es necesario que no quede “claramente especificado” en el contenido o mediante imágenes y sonidos “claramente identificables” para el consumidor que se trata de un contenido publicitario; (art. 26 LCD); o cuando el art. 23.4 LCD requiere, además de afirmar falsamente que el bien está disponible sólo durante un plazo limitado, que induzca error al consumidor.

3. Prácticas engañosas sobre códigos de conducta u otros distintivos de calidad.

Establece el artículo 21.1 LCD que “se reputan desleales por engañosas, las prácticas comerciales que afirmen sin ser cierto: a) que el empresario o profesional está adherido a un código de conducta; b) que un código de conducta ha recibido el refrendo de un organismo público o cualquier otro tipo de acreditación; c) que un empresario o profesional, sus prácticas comerciales, o un bien o servicio ha sido aprobado, aceptado o autorizado por un organismo público o privado, o hacer esa afirmación sin cumplir las condiciones de la aprobación, aceptación o autorización”. En su apartado segundo añade que “la exhibición de un sello de confianza o de calidad o de un distintivo equivalente, sin haber obtenido la necesaria autorización, es igualmente, en todo caso, una práctica comercial desleal por engañosa”.

Conviene analizar por separado cada una de estas prácticas.

a) Afirmer el empresario que está adherido a un código de conducta, sin ser cierto.

Se tipifica como práctica engañosa la afirmación del empresario de que está adherido a un código de conducta, cuando lo cierto es que no está adherido. Se penaliza, por tanto, el engaño activo respecto a la adhesión a un código de conducta, prescindiendo de cualquier otro tipo de consideración. En consecuencia, se aplica el precepto con independencia del grado de conocimiento que el consumidor tenga de ese código de conducta o, incluso, de la propia existencia o licitud del mismo. En particular, no se exige –porque la norma no lo requiere– que esa afirmación haya distorsionado el comportamiento económico del consumidor. Habrá casos en los que, claramente, esa afirmación no habrá afectado al comportamiento económico del consumidor. Así sucederá, por ejemplo, cuando el consumidor no haya tenido conocimiento de la afirmación del empresario relativa a que está adherido a un código de conducta. Incluso en esos casos, esa conducta (la afirmación) se reputará una práctica engañosa, por expreso deseo del legislador.

Para que se aplique la norma es necesario que el empresario afirme que está adherido. “Afirmación” que implica, en todo caso, una conducta activa, no siendo posible la “afirmación” por omisión. Y debe afirmarse que se está “adherido”, no bastando, pues, con que se afirme que se siguen las recomendaciones de cierto código de conducta, etc. Como la ley no distingue, tal afirmación puede realizarse de cualquier modo, y en cualquier tiempo y lugar. Cuestión distinta es que, en determinados casos (afirmación verbal), su prueba resulta difícil. Por otra parte, ni este precepto, ni ningún otro de la Ley de Competencia Desleal, define qué es un código de conducta, aunque esta definición puede deducirse de la regulación que sobre el particular se hace en los artículos 37 y ss. LCD. La Directiva lo define, en su artículo 2.f), como el “acuerdo o conjunto de normas no impuestas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de un Estado miembro, en el que se define el comportamiento de aquellos comerciantes que se comprometen a cumplir el código en relación con una o más prácticas comerciales o sectores económicos concretos”.

b) Afirmar el empresario que un código de conducta ha recibido un refrendo o acreditación, sin ser cierto.

Se considera desleal “afirmar que un código de conducta ha recibido el refrendo de un organismo público o cualquier otro tipo de acreditación”, no siendo cierto. En este caso, el engaño no versa sobre la adhesión al código de conducta (que sí se produce), sino sobre las supuestas bondades del mismo. Y ello porque se afirma que ese código está refrendado o acreditado por algún organismo, lo que en cierto modo “garantiza” su calidad ante los consumidores, potenciando así, de manera falsa, a ese empresario o profesional.

El empresario afirma que ese código ha recibido el “refrendo” o “cualquier otro tipo de acreditación”. Refrendar significa confirmar, corroborar, aceptar algo. Es necesario, por tanto, que el empresario haga referencia, sin ser cierto, a que un tercero ha hecho un “juicio positivo” sobre el código de conducta. En cuanto a quién ha de ser ese tercero que refrenda o acredita, la norma alude a un “organismo público” o cualquier otro tipo de acreditación, lo que implica la total indiferencia respecto a la naturaleza –pública o privada- de ese tercero.

Como sucedía en el apartado anterior, no debe probarse que esa afirmación falsa haya distorsionado el comportamiento económico. En consecuencia, será considerada una práctica engañosa aunque el consumidor no haya tenido siquiera conocimiento de esa afirmación.

c) Otras prácticas engañosas relativas a distintivos de calidad.

El artículo 21 LCD regula otras dos prácticas engañosas relativas a distintivos de calidad.

En primer lugar, se considera desleal, por engañoso, afirmar, sin ser cierto, “que un empresario o profesional, sus prácticas comerciales, o un bien o servicio ha sido aprobado, aceptado o autorizado por un organismo público o privado, o haber esa afirmación sin cumplir las condiciones de la aprobación, aceptación o autorización” [art. 21.1.c) LCD].

Se contempla, por tanto, dos situaciones distintas. Por una parte, se prohíbe engañar al consumidor en relación con una supuesta aprobación, aceptación o autorización que verse sobre las prácticas comerciales, los bienes o servicios del empresario o sobre la propia condición de éste. Aunque la redacción de la norma no es muy afortunada, parece que se incluye, pues, los casos de utilización de títulos profesionales (por ejemplo, “abogado”) sin poseer la necesaria autorización. Por otra parte, también contempla el aprovechamiento de una aprobación, aceptación o autorización que sí ha sido lícitamente obtenida, pero en un momento en que ya no se verifican las condiciones que motivaron su concesión.

En segundo lugar, es una práctica engañosa “la exhibición de un sello de confianza o de calidad o de un distintivo equivalente, sin haber obtenido la necesaria autorización” (art. 21.2 LCD). Se prohíbe, por tanto, la utilización fraudulenta de un signo externo capaz de generar ciertos niveles de calidad y que, por su propia naturaleza, puede distorsionar el comportamiento económico del consumidor. Se veda el aprovechamiento no autorizado de una marca, pues eso provoca falsas expectativas en relación con el origen, el prestigio, el modo de elaboración o cualquier otro elemento cuya simulación termina por alterar la percepción del consumidor medio.

La norma está redactada en unos términos muy amplios, por lo que comprende cualquier sello, signo u otro distintivo de calidad, confianza o de cualquier otro tipo. Se prohíbe su uso “sin haber obtenido la necesaria autorización”, lo que debe entenderse en el sentido de que se usa cuando, conforme a derecho, ese uso ya no es posible. Por tanto, no sólo cuando se carece de la autorización necesaria para exhibirlo, sino cuando esa autorización era temporal y el plazo establecido ya ha transcurrido. A los efectos que nos ocupan, es indiferencia quién sea la persona o entidad, pública o privada, que ha de dar esa autorización o conceder el distintivo.

En la práctica de las empresas es cada vez más común la utilización de sellos o distintivos de calidad. Por ejemplo, el ISO 9001 de calidad, el ISO 14001 de gestión medioambiental, el OHSAS de seguridad y salud en el trabajo, y en el ámbito de comercio electrónico, el sello CONFIANZA ONLINE. Habría que plantearse si la exhibición de sello de empresa adherida al sistema arbitral de consumo es un distintivo de los que comprende este precepto. Sobre el particular, conviene advertir que según el Real Decreto de arbitraje de consumo, si una empresa estuvo adherida y después renuncia a la adhesión, si sigue utilizando el distintivo de adhesión, habrá que considerar, a todos los efectos, que continúa adherida, de modo que la simple presentación por un consumidor de una solicitud de arbitraje ante la Junta Arbitral formaliza el convenio arbitral de consumo. En tal caso no es de aplicación el artículo



<http://www.uclm.es/centro/cesco/>

21.2 LCD, pues la empresa se considera a todos los efectos adherida, y el conflicto entre empresario y consumidor se resolverá mediante el arbitraje de consumo (si hay solicitud de arbitraje). La solución es distinta cuando una empresa que nunca ha estado adherida, usa el distintivo oficial de empresa adherida. En este caso esa exhibición sí constituye una práctica desleal por engañosa.

4. Prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas.

El artículo 22 LCD enumera una serie de prácticas que se reputan engañosas, y que tienen que ver con las ventas promocionales. A efectos meramente didácticos, puede distinguirse entre las prácticas señuelo, y las demás prácticas promocionales engañosas.

a) Prácticas señuelo.

Según el apartado 1 del artículo 22 LCD, se considera desleal por engañoso “realizar una oferta comercial de bienes o servicios a un precio determinado sin revelar la existencia de motivos razonables que hagan pensar al empresario o profesional que dichos bienes o servicios u otros equivalentes no estarán disponibles al precio ofertado durante un período suficiente y en cantidades razonables, teniendo en cuenta el tipo de bien o servicio, el alcance de la publicidad que se le haya dado y el precio de que se trate”.

Contempla esta norma la denominada “oferta vacía” en la que el empresario, después de promocionar un bien o un servicio a un precio determinado, normalmente muy competitivo, con la finalidad de atraer a los consumidores, no dispone de las existencias suficientes para atender la demanda previsible.

La aplicación de la norma exige la concurrencia de varios requisitos. En primer lugar, es necesario que el empresario ofrezca un producto a un precio determinado. En segundo lugar, que a pesar de esa oferta, ese producto no esté disponible durante un periodo suficiente y en cantidades razonables para atender a la demanda previsible. Por tanto, es agresiva la oferta cuando el período de duración de la promoción es insuficiente (repárese que el art. 19.1 LOCM exige que en los anuncios de las ventas promocionales se especifique su duración) para atender la demanda, e igualmente cuando la cantidad de productos de que dispone el empresario no es razonable para satisfacer esa demanda (dentro del período de duración de la oferta).

La propia norma fija algunos criterios conforme a los cuales habrá de averiguarse cuál es la demanda previsible. Estos criterios son el precio (a menor precio, más alta será la demanda del bien), el tipo de bien (será más demandado si es un bien de uso común u ordinario –por ejemplo, un teléfono móvil- que si se trata de un bien que sólo ocasionalmente se usa –por ejemplo, un microscopio-), y el alcance de la publicidad que se haya hecho de esa promoción (a mayor número de impactos

publicitarios, mayor previsión habrá de tener el empresario para satisfacer las demandas de los posibles consumidores).

Conforme a lo expuesto, la famosa alegación publicitaria “hasta agotar existencias” no implica en sí misma la lealtad de la oferta del producto. Pues habrá que atender al número de existencias disponibles para constatar la lealtad o deslealtad de la práctica comercial.

Para que se aplique el art. 22.1 LCD, la oferta señuelo ha de recaer sobre un precio. Por lo tanto, si se refiere a otras circunstancias, como por ejemplo, las condiciones de pago (pago diferido en un tiempo muy prolongado), técnicamente no podrá aplicarse la norma que se comenta, y el carácter desleal de esta práctica habrá de juzgarse conforme a las reglas del art. 5 LCD y, subsidiariamente, del art. 4 LCD.

El art. 22.2 LCD contiene una segunda práctica señuelo. Establece que es desleal, por engañoso, “realizar una oferta comercial de bienes o servicios a un precio determinado para luego, con la intención de promocionar un bien o servicio diferente, negarse a mostrar el bien o servicio ofertado, no aceptar pedidos o solicitudes de suministro, negarse a suministrarlo en un período de tiempo razonable, enseñar una muestra defectuosa del bien o servicio promocionado o desprestigiarlo”.

Esta norma no tipifica un supuesto de oferta vacía, pues el reproche de deslealtad no se funda en la insuficiencia de las existencias disponibles para atender la demanda previsible, sino que deriva de la conducta del empresario, que ofrece un producto a un precio muy competitivo con la finalidad de atraer consumidores a su establecimiento, y una vez allí se desvincula del producto promocionado (que ha servido de anzuelo) para intentar que el consumidor adquiera otro bien.

Una vez que el empresario ha conseguido atraer la atención del consumidor, la práctica que se reputa desleal consiste en actuar de alguno de los siguientes modos, con el fin de disuadirle:

a) Negarse a mostrar el bien o servicio inicialmente ofertado. Con ese fin, es habitual que el empresario alegue el agotamiento de las existencias.

b) La falta de aceptación de pedidos o solicitudes de suministro. El empresario no acepta los pedidos, con el fin de ofrecer al consumidor otro bien o servicio. La falta de atención a los pedidos constituye, además, una vulneración del art. 9.1 LOCM, que obliga a todo comerciante que desarrolle una oferta pública de venta o exposición de artículos en establecimientos a proceder a su venta a favor de los demandantes que cumplan las condiciones de adquisición (el incumplimiento de esta obligación constituye una infracción de consumo, según el art. 3.2.8 del Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, por el que se regulan las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria). Si la no aceptación de los pedidos obedece a la no disponibilidad de existencias, podría ser de aplicación el art. 22.1 LCD, si concurren los requisitos exigidos por esa norma. Repárese, además, que la Ley de

Competencia Desleal considera desleal el tratamiento discriminatorio del consumidor en materia de precios y demás condiciones de venta, a no ser que medie causa justificada (art. 16).

c) La negativa a suministrar el producto en un período de tiempo razonable. Con ello, el empresario pretende hacer decaer el interés del consumidor por el producto gancho, ofreciendo en su lugar el bien que realmente él quiere vender. El “tiempo razonable” variará en función de las circunstancias del caso (tipo de bien o servicio, naturaleza, lugar de entrega o prestación, etc.).

d) Enseñar una muestra defectuosa del producto o servicio para eliminar la atracción del usuario hacia el mismo, o desprestigiarlo de cualquier modo, con objeto de ofrecer un segundo producto o servicio.

En todos estos casos, se requiere, además, que el empresario realice estas conductas con la intención de promocionar un bien o servicio diferente. Si no se persigue esa intención, no podrá considerarse desleal conforme al art. 22.2 LCD.

b) Otras prácticas promocionales engañosas.

El artículo 22 LCD recoge otras prácticas comerciales engañosas.

1. Prácticas engañosas relativas a la venta en liquidación. Según el art. 22.3 LCD, son engañosas “las prácticas comerciales relativas a las ventas en liquidación cuando sea incierto que el empresario o profesional se encuentre en alguno de los supuestos previstos en el artículo 30.1 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista o que, en cualquier otro supuesto, afirmen que el empresario o profesional está a punto de cesar en sus actividades o de trasladarse sin que vaya a hacerlo”.

El artículo 30.1 LOCM define la venta en liquidación como “la venta de carácter excepcional y de finalidad extintiva de determinadas existencias de productos que, anunciada con esta denominación u otra equivalente, tiene lugar en ejecución de una decisión judicial o administrativa, o es llevada a cabo por el comerciante o por el adquirente por cualquier título del negocio de aquél en alguno de los casos siguientes”, pasando a continuación a enumerar cuatro casos: a) Cesación total o parcial de la actividad de comercio, debiendo indicarse en el supuesto de cese parcial la clase de mercancías objeto de liquidación; b) Cambio de ramo de comercio o modificación sustancial en la orientación del negocio; c) Cambio de local o realización de obras de importancia en el mismo; d) Cualquier supuesto de fuerza mayor que cause grave obstáculo al normal desarrollo de la actividad comercial.

La práctica considerada engañosa es anunciar el empresario, sin ser cierto, que se encuentra en alguna de las cuatro causas de liquidación citadas. Por ejemplo, afirmar, siendo incierto, que cesa totalmente en esa actividad profesional, que cambia de local, o

que realiza obras de importancia en el mismo. Además, el último inciso del artículo 22.3 LCD también considera engañosa la afirmación por el empresario de que “está a punto de cesar en sus actividades o de trasladarse sin que vaya a hacerlo”. Esta última mención, que es copia literal de la práctica recogida en el apartado 15 del Anexo I de la Directiva, en realidad era innecesaria, pues esas dos situaciones (cese de la actividad y traslado) ya están recogidas en el primer inciso del precepto, pues son dos de las causas que permiten la venta en liquidación.

Por otra parte, hay que indicar que el legislador español puede haber incumplido la Directiva europea. En efecto, y como acaba de señalarse, en la Directiva sólo es engañoso “afirmar que el comerciante está a punto de cesar en sus actividades o de trasladarse sin que vaya a hacerlo”. En la norma española, en cambio, también es engañoso afirmar, sin ser cierto, que va a haber un cambio del ramo de comercio o una modificación sustancial en la orientación del negocio, o que hay un supuesto de fuerza mayor que causa grave obstáculo al normal desarrollo de la actividad. En definitiva, en nuestro derecho se amplía la lista negra de prácticas agresivas, contraviniendo así el tenor de la Directiva, que impide esta ampliación por los Estados miembros.

2. Prácticas engañosas relativas a la oferta de premios. Están recogidas en el art. 22.4 y 6 LCD. Establece el art. 22.4 que son engañosas “las prácticas comerciales que ofrezcan un premio, de forma automática, o en un concurso o sorteo, sin conceder los premios descritos u otros de calidad y valor equivalente”. Es engañoso, por tanto, ofrecer un premio a un consumidor de forma automática (ya sea por la asignación directa de ese premio, ya sea porque el consumidor destinatario ha sido elegido por un concurso o sorteo), si luego ese premio no se entrega. Es indiferente la razón por la que no se entregue. Lo relevante es que se ha engañado al consumidor, haciéndole creer que ha recibido un premio, sin ser cierto (pues no se le entrega).

La norma no reputa desleal la práctica cuando, en lugar del premio designado, el empresario entrega “otro de calidad y valor equivalente”. En tal caso hay la práctica ya no debe considerarse negra, sino gris, pues el operador jurídico tendrá que realizar un análisis comparativo, para determinar si el bien ofrecido tiene una calidad y valor equivalente.

Por su parte, el art. 22.6 LCD, también considera engañoso “crear la impresión falsa, incluso mediante el uso de prácticas agresivas, de que el consumidor o usuario ya ha ganado, ganará o conseguirá un premio o cualquier otra ventaja equivalente si realiza un acto determinado, cuando en realidad: a) no existe tal premio o ventaja equivalente; b) o la realización del acto relacionado con la obtención del premio o ventaja equivalente está sujeto a la obligación, por parte del consumidor o usuario, de efectuar un pago o incurrir en un gasto”.

Se sanciona la conducta activa del empresario que, engañando al consumidor, le hace creer que ha ganado un premio si realiza un acto determinado, cuando eso no es cierto, pues o no hay premio, o su obtención se hace depender de que el consumidor

pague alguna cantidad o incurra en algún gasto, información ésta que al consumidor no se le suministra.

3. Prácticas engañosas relativas a la oferta de bienes como gratuitos. Dispone el art. 22.5 LCD que es engañoso “describir un bien o servicio como «gratis», «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 del pago por la entrega de éste”.

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. Las dificultades interpretativas recaen sobre el término “inevitable”, pues la práctica será desleal si el empresario cobra por conceptos que no son inevitables en relación con la respuesta comercial, la recogida del producto o el pago. Así, el carácter inevitable del coste de recogida del producto o pago para su entrega ha de referirse al consumidor con relación a las distintas posibilidades razonables que tenga para acceder al bien o servicio, no a los métodos de entrega impuestos por el empresario. De este modo, no resultaría lícito que para comunicar con el empresario o concertar la entrega del producto, este se limite a facilitar un número de tarificación adicional cuando ello le irroque un beneficio, en lugar de disponer de un número convencional sin sobrecoste para el consumidor, toda vez que ello escondería un precio. Podrá establecer cualquier otro número telefónico adecuado a su propósito aún cuando supusiera para el usuario el coste de la llamada, pero no un sistema por el que obtenga una retribución encubierta. Por tanto, resultaría factible para el empresario disponer de un método alternativo que no conlleve coste de la respuesta.

5. Prácticas engañosas sobre la naturaleza y propiedades de los bienes o servicios, su disponibilidad y los servicios posventa.

El artículo 23 LCD contempla seis prácticas comerciales que, en todo caso, se consideran desleales por engañosas. Como la propia rúbrica del precepto indica, estas prácticas tienen que ver con la naturaleza y propiedades de los bienes o servicios, con su disponibilidad, y con los servicios posventa.

1. Prácticas engañosas en relación con la naturaleza y propiedades de los bienes o servicios. Están recogidas en los tres primeros apartados del citado artículo 23 LCD, que considera engañosas tres prácticas comerciales:

a) “Afirmar o crear por otro medio la impresión de que un bien o servicio puede ser comercializado legalmente no siendo cierto”. La conducta desleal, que puede manifestarse de forma expresa (afirmar) o tácita (crear por otro medio la impresión), consiste en el anuncio de la comercialización de un producto que, por múltiples razones, resulta ser ilegal: porque la venta de esos bienes es ilegal (droga, órganos humanos),

porque se carece de autorización administrativa para su venta (medicamentos, cosméticos), etc. La conducta sancionada no requiere que el empresario logre la convicción del usuario sobre la legalidad de la venta, sino que es reprochable desde el mismo momento en que realiza tal afirmación.

b) “Alegar que los bienes o servicios pueden facilitar la obtención de premios en juegos de azar”. Sólo se aplica esta práctica a los juegos de azar, sin que la Ley los defina en esta sede. Siguiendo la definición de la reciente Ley canaria 8/2010, de 15 de julio, de Juego y Apuestas de Canarias, por juegos de azar cabe entender aquellas actividades en las que se arriesgan entre partes, a ganar o perder, cantidades de dinero u objetos económicamente evaluables, sobre el resultado de un acontecimiento incierto, ya intervenga la habilidad o destreza de los participantes o exclusivamente la suerte o el azar, ya se produzca el resultado mediante la utilización de aparatos automáticos, de redes electrónicas o telemáticas, o con la única intervención de la actividad humana. En cualquier caso, la delimitación legal de la práctica engañosa es confusa, pues pareciera que la simple alegación de que un bien o servicio puede servir para aumentar las opciones de obtener premios para que se repunte desleal. Las cosas, en realidad, no pueden ser así, pues hay bienes o servicios que realmente pueden facilitar la obtención de premios, y cuya promoción, por tanto, no es engañosa. Así sucede, por ejemplo, cuando se publicita un curso de formación de jugadores de póker, que obviamente incrementan las posibilidades de éxito del jugador que recibe el curso. En realidad, la práctica es desleal cuando se hacen alegaciones falsas que prometen facilitar la obtención de premios, cuando no hay razón objetiva que avale esa declaración. Por ejemplo, la comercialización de aparatos para “averiguar” la secuencia de máquinas recreativas.

c) “Proclamar, falsamente, que un bien o servicio puede curar enfermedades, disfunciones o malformaciones”. Se veda la afirmación, falsa, sobre las propiedades o cualidades de un bien o servicio, en el sentido de que puede curar ciertas enfermedades o patologías, siendo inveraz. La norma se refiere, por tanto, a los denominados “productos milagro”, esto es, los productos que se comercializan con una pretendida finalidad sanitaria (sanar, curar), cuando lo cierto es que no cumplen esa finalidad. También se aplica a aquéllos que pretenden curar “disfunciones o malformaciones”. No está claro cómo han de interpretarse estas expresiones, pero parece que se incluyen todas aquellas promociones de productos o servicios que pretenden curar enfermedades o mejorar o hacer rendir a mejor nivel cualquier parte del cuerpo o del alma. Así, por ejemplo, las pastillas que aumentan el deseo sexual o reducen el estrés, los yogures que reducen el colesterol, las cremas adelgazantes o que eliminan rápidamente las arrugas, etc. Lógicamente, sólo son desleales cuando esas propiedades que se anuncian son falsas, lo que no siempre resulta fácil de averiguar. Por otra parte, se hace referencia no sólo a los bienes, sino también a los servicios (por ejemplo, masaje tailandés, que elimina los problemas de cervicales, sin ser ello cierto).

En este ámbito, la necesidad de protección del consumidor es doble. Por una parte, prácticas de este tipo afectan a los derechos económicos del consumidor, en la medida en que éste adquiere un bien o servicio (paga un precio) por un bien o prestación

que no cumple el fin proclamado. Pero es que, por otra parte, ello afecta o puede afectar negativamente a la salud del consumidor. Además, estas prácticas son especialmente reprobables porque, en muchas ocasiones, van orientadas a consumidores que son especialmente vulnerables, por determinadas circunstancias (enfermedad, vejez, etc.).

Conviene señalar que de esta materia se ocupa también el Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, por el que se regula la publicidad y la promoción de productos con pretendida finalidad sanitaria. Su artículo 4 prohíbe expresamente cualquier clase de publicidad o promoción directa o indirecta, masiva o individualizada, de productos, materiales, sustancias, energías o métodos con pretendida finalidad sanitaria, tachando de ilícitas varias conductas, que enumera taxativamente; por ejemplo, los productos que se destinen a la prevención, tratamiento o curación de enfermedades transmisibles, cáncer y otras enfermedades tumorales, insomnio, diabetes y otras enfermedades del metabolismo, que sugieran propiedades específicas adelgazantes o contra la obesidad; o que pretendan una utilidad terapéutica para una o más enfermedades, sin ajustarse a los requisitos y exigencias previstos en la Ley del Medicamento y disposiciones que la desarrollan.

2. Prácticas engañosas en relación con la disponibilidad de los bienes o servicios. Conforme al artículo 23.4 LCD, es engañoso “afirmar, no siendo cierto, que el bien o servicio sólo estará disponible durante un período de tiempo muy limitado o que sólo estará disponible en determinadas condiciones durante un período de tiempo muy limitado a fin de inducir al consumidor o usuario a tomar una decisión inmediata, privándole así de la oportunidad o el tiempo suficiente para hacer su elección con el debido conocimiento de causa”.

La práctica que se sanciona comprende dos comportamientos: declarar la inmediata o muy próxima retirada comercial de un producto o servicio, siendo falso, o afirmar, también de manera falsa, que un bien o servicio sólo estará disponible en unas singulares condiciones de adquisición durante un período de tiempo muy breve. Como se observa, para que la práctica sea engañosa es preciso que la afirmación no sea veraz, esto es, que no sea cierto que el producto se va a retirar inmediatamente, o que esas especiales condiciones de adquisición sólo durarán un breve espacio de tiempo. Por tanto, no se sanciona al empresario que en determinadas circunstancias decide ofrecer un bien a un precio más barato o en condiciones más ventajosas de contratación durante un período breve (es esa una venta promocional, definida en esos términos en el art. 27 LOCM). Lo que se prohíbe es que se utilicen reclamos falsos (no veraces) sobre la fugacidad de la oferta. El ejemplo clásico son los anuncios radiofónicos que, día tras día, invitan al consumidor a llamar a un número de teléfono para adquirir un bien a precios ventajosos si lo hacen “en la próxima media hora”, o si son uno de los “cien primeros compradores”. Por último, el propio precepto hace depender la deslealtad de la conducta de que la misma pueda distorsionar el comportamiento económico del consumidor, en el sentido de que le induzca a tomar una decisión inmediata, privándole así de la oportunidad de tomar una decisión con el debido conocimiento de causa.

3. Prácticas engañosas en relación con los servicios postventa. Los dos últimos apartados del artículo 23 LCD recogen prácticas comerciales de este tipo. Así, se considera desleal, por engañoso, “comprometerse a proporcionar un servicio posventa a los consumidores o usuarios sin advertirles claramente antes de contratar que el idioma en el que este servicio estará disponible no es el utilizado en la operación comercial” (art. 23.5) y “crear la impresión falsa de que el servicio posventa del bien o servicio promocionado está disponible en un Estado miembro distinto de aquel en el que se ha contratado su suministro” (art. 23.6).

Como es sabido, en los productos de naturaleza duradera, el consumidor tiene derecho “a un adecuado servicio y a la existencia de repuestos durante el plazo mínimo de cinco años a partir de la fecha en que el producto deje de fabricarse” (art. 127.1 TRLGDCU).

Partiendo de esas premisas, la LCD considera engañosas las dos prácticas mencionadas, pues son aptas para inducir a error al consumidor en relación con las condiciones de accesibilidad al servicio posventa. La primera es desleal porque el consumidor confía, razonablemente, en que podrá acceder al servicio postventa en el mismo idioma en que realizó la contratación, por lo que, si el idioma del servicio postventa es otro distinto, debería haberlo advertido el empresario. Se trata, pues, de un engaño por omisión. En cuanto a la segunda, es desleal porque el empresario engaña, al crear la impresión falsa de que el servicio postventa estará disponible en un Estado miembro distinto de aquel en que se ha contratado el bien o servicio.

6. Práctica engañosa de venta piramidal.

El artículo 24 LCD considera desleal por engañoso, “en cualquier circunstancia, crear, dirigir o promocionar un plan de venta piramidal en el que el consumidor o usuario realice una contraprestación a cambio de la oportunidad de recibir una compensación derivada fundamentalmente de la entrada de otros consumidores o usuarios en el plan, y no de la venta o suministro de bienes o servicios”. La venta en pirámide estaba regulada en el art. 23 LOCM. Este precepto ha recibido una nueva redacción con la Ley 29/2009, y ahora se remite en materia de venta piramidal al art. 24 LCD.

La venta en pirámide puede definirse como el contrato cuya finalidad es constituir una cadena en la cual cada participante debe pagar un derecho de entrada que es repartido entre aquél que le ha introducido y los otros miembros de la organización. El adherido asume la obligación de reclutar nuevos miembros y, en contrapartida, adquiere el privilegio de participar en las ganancias precedentes de la satisfacción del derecho de entrada en todos los niveles subsecuentes. Aunque presenta alguna similitud con la venta multinivel, son figuras distintas, pues mientras en ésta los distribuidores obtienen sus beneficios en función de las ventas realizadas por ellos mismos o por otros distribuidores que dependen de ellos, en la venta piramidal el beneficio del integrante de

la cadena se hace depender de la captación de nuevos clientes, y no del volumen de ventas.

La vena piramidal, también llamada venta en cadena, en cascada o en bola de nieve, no es en realidad una venta (no hay intercambio de cosa por precio), ni constituye en verdad una actividad de promoción de venta, aunque tradicionalmente la normativa estatal y autonómica la sitúa en las ventas promocionales. Con ella lo que se persigue es atraer a otros consumidores, con la promesa de un beneficio futuro, beneficio que depende de los nuevos consumidores que el adherido sea capaz de captar. Esta estructura piramidal es, por su propia naturaleza, incapaz de crecer indefinidamente, pues llegará un momento en el que el mercado esté saturado y ya no sea posible captar nuevos consumidores. En consecuencia, los sujetos que estén más cerca de la cúspide sí obtendrán beneficios, pues habrán tenido la ocasión de reclutar a nuevos integrantes; por el contrario, cuanto más extensa es la cadena, menores son las opciones de obtener beneficios.

Siendo así las cosas, es adecuado considerar la venta piramidal como una venta desleal, por engañosa, pues la venta genera en el consumidor que se adhiere unas expectativas de beneficio que no se cumplen, por la propia evolución de la cadena piramidal.

Como indica el art. 24 LCD, resulta ilícita no sólo la perfección de la venta piramidal, sino también cualquier otra forma de creación, dirección o promoción de ésta, toda vez que lo trascendente no es la venta de un producto o contratación de un servicio sino la adhesión de nuevos miembros, a cambio de la oportunidad de recibir una contraprestación.

7. Otras prácticas engañosas.

El artículo 27 LCD contempla otras prácticas que se reputan desleales, por engañosas. Son las siguientes:

1. Presentar los derechos que otorga la legislación a los consumidores o usuarios como si fueran una característica distintiva de la oferta del empresario o profesional.

Lo que se califica de desleal no es ofertar a los consumidores derechos reconocidos por la ley, ni reproducir el alcance de los derechos conferidos por la ley, sino ofertar esos derechos como algo propio y específico de esa oferta comercial, de ese empresario. Esta práctica es engañosa, pues transmite al destinatario una falsa impresión; en concreto, que sólo ese empresario ofrece esos derechos, cuando lo cierto es que los mismos vienen reconocidos por la ley, ley que el empresario ha de cumplir. Como ejemplos cabe citar la oferta en la que el vendedor de bienes concede una garantía de dos años para reparar o sustituir el bien, si presenta una falta de conformidad; o en la venta domiciliaria, la oferta en la que se concede al consumidor un derecho de desistimiento.

2. Realizar afirmaciones inexactas o falsas en cuanto a la naturaleza y la extensión del peligro que supondría para la seguridad personal del consumidor y usuario o de su familia, el hecho de que el consumidor o usuario no contrate el bien o servicio.

Para que la práctica sea desleal, es necesario que la información sea inexacta o falsa (no lo es, pues, si la información es veraz), y que se refiera a la naturaleza y a la extensión del peligro que supondrá para la seguridad personal del consumidor o familiar el hecho de que no contrate un bien o servicio. La práctica es desleal porque explota el miedo del consumidor para, con engaños, disuadirle a contratar. En puridad, más que engañosa, se trata de una práctica agresiva por coacción.

3. Transmitir información inexacta o falsa sobre las condiciones de mercado o sobre la posibilidad de encontrar el bien o servicio, con la intención de inducir al consumidor o usuario a contratarlo en condiciones menos favorables que las condiciones normales de mercado.

Son tres los requisitos que han de concurrir para que la práctica sea engañosa: a) que haya una información inexacta o falsa por parte del empresario; 2) que esa información verse sobre las condiciones de mercado o sobre la posibilidad de encontrar un bien o servicio; y c) que esa acción persiga un fin concreto: inducir al consumidor a contratarlo en condiciones menos favorables que las condiciones normales de mercado. Así sucede, por ejemplo, cuando el comerciante alega –falsamente– que quedan pocas existencias de un producto, subiendo por ello el precio del mismo. Si no concurre el tercer requisito, esto es, si no se ofrece a precios más desfavorables, también podrá ser desleal, pero por aplicación del art. 23.4 LCD.

4. Incluir en la documentación de comercialización una factura o un documento similar de pago que dé al consumidor o usuario la impresión de que ya ha contratado el bien o servicio comercializado, sin que éste lo haya solicitado.

La práctica es desleal porque genera en el consumidor la impresión de que ya ha contratado el producto o servicio, sin que ello sea cierto. Para evitar esa impresión, se prohíbe el envío de facturas o documentos de pago que susciten en el consumidor la falsa impresión de que los ha contratado.

5. Afirmar de forma fraudulenta o crear la impresión falsa de que un empresario o profesional no actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, o presentarse de forma fraudulenta como un consumidor o usuario.

Son dos las conductas sancionadas. La primera consiste en hacer creer al consumidor (con una afirmación fraudulenta o creando una impresión falsa) que el empresario no actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional. Así sucede, por ejemplo, cuando el empresario encubre su actividad profesional indicando que actúa para una obra benéfica o social. Se sanciona la conducta, pues el empresario oculta la verdadera finalidad del contacto. La segunda consiste en presentarse el empresario, de



<http://www.uclm.es/centro/cesco/>

forma fraudulenta, como un consumidor o usuario. En este caso, el empresario oculta su verdadera naturaleza, pues pretende hacer creer al consumidor que él es también un consumidor.