

INFORME

sobre

**EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS PRÁCTICAS
COMERCIALES EN ESPAÑA, CON ESPECIAL
ATENCIÓN A LOS ASPECTOS CONSIDERADOS EN
LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN DE
SEGUIMIENTO DEL LIBRO VERDE SOBRE LA
PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN LA
UNIÓN EUROPEA**

emitido por

JOSÉ MASSAGUER

Catedrático de Derecho mercantil

y

FELIPE PALAU

Profesor Titular de Derecho mercantil

a petición de

INSTITUTO NACIONAL DE CONSUMO

Barcelona, agosto de 2002

INDICE

1. DELIMITACIÓN DEL TEMA Y PLANTEAMIENTO DEL INFORME.....	1
2. RÉGIMEN JURÍDICO.....	2
2.1. LAS NORMAS REGULADORAS DE LAS PRÁCTICAS COMERCIALES.....	3
2.2. LA NATURALEZA Y CARACTERES DE LAS NORMAS REGULADORAS DE LAS PRÁCTICAS COMERCIALES.....	5
2.3. LOS OBJETIVOS DE POLÍTICA-LEGISLATIVA IMPLÍCITOS EN LAS DISTINTAS NORMAS REGULADORAS DE LAS PRÁCTICAS COMERCIALES.....	7
2.4. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA RELACIÓN ENTRE LA LEY DE ORDENACIÓN DEL COMERCIO MINORISTA Y LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA SOBRE COMERCIO INTERIOR.....	7
2.5. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA RELACIÓN ENTRE LA LEY DE ORDENACIÓN DEL COMERCIO MINORISTA Y LA LEGISLACIÓN CONTRA LA COMPETENCIA DESLEAL.....	9
3. LA CLÁUSULA GENERAL PROHIBITIVA DE LAS PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES.....	11
3.1. SIGNIFICADO Y CARACTERES DE LA CLÁUSULA GENERAL PROHIBITIVA DE LOS ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL.....	11
3.2. GRUPOS DE CASOS.....	14
3.2.1. <i>Actos de obstaculización</i>	14
3.2.2. <i>Ofertas molestas</i>	15
3.2.3. <i>Abuso de autoridad</i>	16
3.2.4. <i>Actos de explotación de los sentimientos</i>	16
3.2.5. <i>Publicidad desagradable</i>	16
3.2.6. <i>Actos de agresión</i>	17
4. LA PROHIBICIÓN DE LAS PRÁCTICAS COMERCIALES ENGAÑOSAS.....	17
4.1. LA REPRESIÓN DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA Y DE LOS ACTOS DE ENGAÑO A TRAVÉS DE LA LEY GENERAL DE PUBLICIDAD, DE LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL Y DE LA LEGISLACIÓN DE DEFENSA DE LOS INTERESES DE CONSUMIDORES Y USUARIOS.....	18

4.2.	LA CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA Y DEL ACTO DE ENGAÑO.....	19
4.3.	ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA OMISIÓN DE INFORMACIÓN.....	21
4.4.	ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA PUBLICIDAD ENCUBIERTA.....	23
4.5.	EL CONTENIDO DEL ENGAÑO.....	23
4.6.	APTITUD PARA INFLUIR EN LA CONDUCTA DE LOS DESTINATARIOS: LA EXAGERACIÓN PUBLICITARIA Y LA PUBLICIDAD DE TODO EXCLUYENTE.....	24
4.7.	LA DETERMINACIÓN DEL ENGAÑO.....	26
4.8.	GRUPOS DE CASOS.....	27
4.8.1.	<i>Actos de engaño acerca de las características de la actividad, de los productos o servicios o del establecimiento promocionados.....</i>	27
4.8.2.	<i>Actos de engaño sobre la procedencia de las prestaciones.....</i>	28
5.	CONTROL JURÍDICO DE DETERMINADAS PRÁCTICAS COMERCIALES	29
5.1.	LOS SISTEMAS DE DISTRIBUCIÓN MULTINIVEL.....	30
5.1.1.	<i>Concepto y clases.....</i>	30
5.1.2.	<i>Efectos perniciosos de los sistemas de distribución multinivel.....</i>	31
5.1.3.	<i>Régimen jurídico.....</i>	32
5.1.4.	<i>La venta multinivel.....</i>	34
5.1.5.	<i>La venta en pirámide.....</i>	36
5.2.	SALDOS.....	37
5.2.1.	<i>Concepto de venta de saldos.....</i>	37
5.2.2.	<i>Requisitos de la venta de saldos.....</i>	38
5.3.	LIQUIDACIONES.....	39
5.3.1.	<i>Concepto y causas de la venta en liquidación.....</i>	39
5.3.2.	<i>Requisitos de la venta en liquidación.....</i>	41
5.4.	ENVÍOS NO SOLICITADOS DE MERCANCÍAS Y DE COMUNICACIONES COMERCIALES POR MEDIOS ELECTRÓNICOS.....	44
5.4.1.	<i>Envíos no solicitados de mercancías.....</i>	44
5.4.2.	<i>Envío no solicitado de comunicaciones comerciales por vía electrónica.....</i>	46
5.5.	SWEEPSTAKE	47

6. LAS PRINCIPALES REGLAS DE NATURALEZA CONTRACTUAL SOBRE PRÁCTICAS COMERCIALES	49
6.1. DERECHO DE DESISTIMIENTO.....	49
6.2. LA OBLIGACIÓN DEL COMERCIANTE DE EXPEDIR FACTURA O RECIBO.....	51
6.3. DISPOSICIONES LEGALES SOBRE EL PAGO.....	51
6.4. GARANTÍA Y SERVICIO POSTVENTA.....	53
6.4.1. <i>Garantía</i>	53
6.4.2. <i>El servicio postventa y el suministro de piezas de repuesto</i>	56
7. AUTORREGULACIÓN	56
7.1. LOS SISTEMAS DE AUTORREGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD Y SU RECONOCIMIENTO INSTITUCIONAL.....	57
7.2. EL SISTEMA DE LA ASOCIACIÓN PARA LA AUTORREGULACIÓN DE LA COMUNICACIÓN COMERCIAL (AUTOCONTROL).....	58
7.3. OTROS SISTEMAS DE AUTORREGULACIÓN DE LA P UBLICIDAD.....	60

INFORME

sobre

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS PRÁCTICAS COMERCIALES EN ESPAÑA, CON ESPECIAL ATENCIÓN A LOS ASPECTOS CONSIDERADOS EN LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN DE SEGUIMIENTO DEL LIBRO VERDE SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN LA UNIÓN EUROPEA

1. DELIMITACIÓN DEL TEMA Y PLANTEAMIENTO DEL INFORME

El presente informe tiene por objeto el análisis del régimen jurídico de las que en la Comunicación de la Comisión de 11 de junio de 2002 de seguimiento del Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea se denominan ‘prácticas comerciales’, esto es, de aquellas modalidades de venta de las que se valen los comerciantes minoristas para hacer llegar sus productos y servicios hasta los clientes potencialmente interesados en ellos. Este concepto engloba, en particular, las modalidades o actividades de promoción de ventas y a aquellas ventas especiales que se utilizan en el sector minorista para promover la contratación de bienes y servicios por los consumidores finales, y deja fuera por tanto las prácticas comerciales empleadas en los distintos eslabones de la cadena de distribución comercial y las realizadas con clientes para su uso empresarial o profesional. No obstante esta aproximación amplia, puede afirmarse sin temor a error que la preocupación de las autoridades comunitarias se centra sobre todo en las ventas que se han calificado por gran parte de la doctrina como “ventas agresivas”.

De esta suerte, a efectos del presente informe se entenderá que las prácticas comerciales son el conjunto de técnicas de venta que atraen la atención de los consumidores hacia las prestaciones ofrecidas alterando o pudiendo alterar el proceso racional de toma de decisiones de mercado, bien mediante su inducción a error o bien mediante su sometimiento a una presión psicológica, influencia abusiva o a circunstancias que interfieren u obstaculizan la reflexión y decisión de compra. Bajo este concepto encuentran cabida muy variadas modalidades de venta: venta a pérdida, con descuento, rebajas, ventas de saldos, liquidaciones, ofertas señuelo, ventas con prima, regalos, sorteos, concursos, venta a distancia, venta a domicilio, venta en cadena o multinivel, *sweepstake*. Estas distintas formas de venta pueden reconducirse a dos grupos: las ventas promocionales y las ventas especiales. Las ventas promocionales se dividen, a su vez, en dos subgrupos: la publicidad en especie –regalos, primas y supuestos análogos- y las promociones basadas en una reducción del precio –descuentos, venta a pérdida,

rebajas, saldos y liquidaciones. Entre las ventas especiales cabe destacar las ventas realizadas fuera de establecimiento comercial, la venta a distancia y los sistemas de distribución multinivel. En las ventas realizadas fuera del establecimiento comercial hay un contacto excesivamente personalizado con el vendedor, tanto si implican un desplazamiento del consumidor, como en las ventas con reunión o en algunas técnicas de venta de multipropiedad, o no, como en las ventas a domicilio o en el lugar de trabajo; en estos últimos supuestos, además de la presión excesiva que puede ejercer el vendedor sobre el consumidor, puede intervenir el factor sorpresa. En las ventas a distancia merece especial atención el envío no solicitado de mercancías, que induce al consumidor a contratar por creerse en la obligación de hacerlo o, simplemente, para evitarse molestias; el envío por vía electrónica de mensajes no solicitados, que causan molestias a su destinatarios o pueden inducirle a contratar de forma inconsciente; o la utilización de la técnica del *sweepstake*, mediante la cual se hace creer al consumidor que ha ganado un premio. Por último, en los sistemas de distribución multinivel la distorsión del mecanismo de toma de decisiones del consumidor consiste principalmente en su explotación del ánimo de lucro.

Así las cosas, el presente estudio tiene por objeto el análisis del régimen jurídico en nuestro país de las prácticas comerciales, incluida la autorregulación habida cuenta de la preocupación del legislador comunitario sobre el papel que los códigos de conducta pueden alcanzar en la materia. Ahora bien, deben realizarse las siguientes matizaciones concernientes a la materia objeto de análisis: de un lado, se excluye el estudio de las promociones de ventas, salvo los saldos y las liquidaciones, toda vez que su armonización o regulación comunitaria se ha acometido de forma separada en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 2 de octubre de 2001, relativo a las promociones de ventas en el mercado interior, y de otro lado, atendiendo al contenido proyectado de la futura Directiva sobre prácticas comerciales, se añade el estudio de algunas normas, de naturaleza eminentemente contractual, que preocupan al legislador comunitario como el derecho de desistimiento del consumidor reconocido en relación con algunas ventas especiales, las relativas al pago o, a pesar de que adquieren relevancia respecto a cualquier venta y no sólo respecto de las ventas especiales, las normas relativas a las garantías y servicios postventa.

2. RÉGIMEN JURÍDICO

Bibliografía: AA.VV., *Nueva ordenación del comercio minorista en España, cámara de Comercio e Industria de Madrid*, Madrid, 1996; F. J. ALONSO, J. A. LÓPEZ PELLICER, J. MASSAGUER, A. REVERTE (coord.), *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista. Comentarios a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista*, McGrawHill, Madrid, 1999; R. ALONSO, «Los actos de competencia desleal regulados en la Ley 3/1991», en *La importancia de la marca y su protección*, Consejo General del Poder Judicial-Andema, Madrid, 1992, p. 103 ss.; R. BERCOVITZ y A. BERCOVITZ, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 22 ss.; ID., «La competencia desleal», *Derecho de los Negocios*, núm. 20, 1992, p. 1 ss.; ID. (coord.), *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, BOE-Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992; R. BERCOVITZ y J. SALAS, *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Civitas, Madrid, 1992; M. BOTANA, «Disciplina de la competencia desleal y regulación de determinadas prácticas comerciales en España», 9 *ADI* 1983, p. 487 ss.; C. FERNÁNDEZ NOVOA, *Estudios de Derecho de la Publicidad*, Homenaxe da Facultade

de Dereito ò Autor Dr. Carlos Fernández Novoa, Catedrático de Dereito Mercantil, nos XXV anos de cátedra, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1989; ID., «Reflexiones preliminares sobre la Ley de competencia desleal», *La Ley* 1991-2, p. 1179 ss.; J. A. GARCÍA-CRUCES, «Derecho comunitario y Derecho del consumo», *RDM*, núm. 192, 1989, p. 327 ss.; J. GIRÓN, «Competencia ilícita y Derecho de la empresa. Interpretación de nuestro Derecho positivo», *RDP*, 1944, p. 693 ss.; C. MADRENAS, «La Ley núm. 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal», 10 *BIM*, 1991, p. 1 ss.; J. J. MARÍN, «Prácticas comerciales y protección de los consumidores», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 5, 1995, p. 85 ss.; J. MASSAGUER, «Aproximación sistemática general al Derecho de la competencia y de los bienes inmateriales», *RGD*, núms. 544-45, 1990, p. 245 ss.; ID., «Competencia desleal», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, p. 1171 ss.; ID., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999; M. P. MELARA, *Análisis comparado de la legislación española sobre ventas promocionales*, Civitas, Madrid, 2001; A. MENÉNDEZ, *La competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1988; J. MOLINA, *Protección jurídica de la lealtad en la competencia*, Montecorvo, Madrid, 1993; J. OTAMENDI, *Competencia desleal. Análisis de la Ley 13/1991*, Aranzadi, Pamplona, 1992; ID., *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Pamplona, 1994; J. M. OTERO, «La nueva Ley de Marcas», *La Ley-Leg.*, 1989, II, p. 130 ss.; ID., «La nueva Ley sobre competencia desleal», *La Ley*, 1991-4, p. 1053 ss.; F. PALAU, *Vendes agressives*, Institut CATALA del Consum, Barcelona, 1993; ID., «Análisis crítico de la reciente jurisprudencia constitucional en materia de horarios comerciales», *XV ADI* 1993, p. 177 ss.; ID., *Descuentos promocionales. Un análisis desde el derecho contra la competencia desleal y la normativa de ordenación de mercado*, M. Pons, Madrid-Barcelona, 1998; F. PALAU y A. TATO, «Competencia desleal y libre circulación de mercancías en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea», *XV ADI* 1993, p. 274 ss.; F. PALAU y J. ROCA, «Ámbito de aplicación territorial de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista», *RGD*, núm. 632, 1997, p. 5659 ss.; C. PAZ-ARES, «El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista a la política antitrust», *RDM*, núm. 159, 1981, p. 7 ss.; ID., «Constitución económica y competencia desleal», *ADC*, 1981, p. 927 ss.; J. L. PIÑAR y E. BELTRÁN (dir.), *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, Civitas, Madrid, 1997; F. SÁNCHEZ CALERO, «Las costumbres de probidad en la competencia y los secretos industriales», *XII Anales de Moral Social y Económica*, Madrid, 1966 (separata); G. SCHRICKER, «Últimos desarrollos del Derecho de la competencia desleal en Europa», *RGD*, núm. 538, 1993, p. 3291 ss.; J. TORNOS, J. J. MARÍN, L. CASES, E. ARIMANY, C. MANUBENS, *Ordenación del comercio minorista. Comentarios a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha 15 de enero*, Praxis, Barcelona, 1996; M. TRONCOSO, «Notas críticas a la Proposición de Ley de Comercio Interior del Grupo Parlamentario Catalán», *La Ley*, 1994-4, p. 968 ss.; ID., «El marco normativo de los ilícitos desleales de relevancia antitrust (Reflexiones en torno al art. 7 LDC)», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, Civitas, 1996, p. 1035 ss.; F. VICENT, «Otra opinión sobre la Ley de Competencia Desleal», *RGD*, núms. 589-90, 1993, p. 9975 ss.; A. VICENTE ALMELA, «Algunas consideraciones sobre la competencia ilícita y el artículo 1.902 del Código Civil», *RGLJ*, 1944, p. 59 ss.

2.1. Las normas reguladoras de las prácticas comerciales

En los países de nuestro entorno europeo el control jurídico de las prácticas comerciales en el sentido arriba explicado se contiene en diversos cuerpos legales: algunos países cuentan con una disciplina propia y autónoma en esta materia que se recoge en leyes sobre prácticas comerciales (Bélgica, Suecia o Dinamarca), en otros casos se opta por una aproximación más “consumerista” a la materia incluyendo su regulación en la normativa tuitiva de los intereses de los consumidores (en Francia se incluye la

regulación de las prácticas comerciales fundamentalmente en el *Code de la Consommation* de 1993), en otros países la protección de los consumidores frente a las prácticas comerciales se consigue mediante la aplicación de las normas contra la competencia desleal (Alemania, Austria y Suiza). La opción por uno u otro cuerpo legal es el resultado de una distinta aproximación del legislador al tratamiento jurídico de las prácticas comerciales, pero subyace también una particular preocupación por los diversos intereses afectados: el de los consumidores, el de las estructuras comerciales tradicionales o el de la competencia y todos los operadores económicos en un plano de igualdad.

El ordenamiento español vigente ha adoptado una aproximación plural en la regulación de las prácticas comerciales. Así, se ha optado, en particular, por regular las prácticas comerciales tanto a través de las normas de defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, como también, principalmente, mediante las normas de ordenación de comercio y mediante la legislación contra la competencia desleal, sin olvidar que una práctica comercial puede constituir también un ilícito de defensa de la competencia.

El Derecho de ordenación del comercio se compone principalmente de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y de las leyes autonómicas de comercio interior, y en esta rama del ordenamiento se incluirá a efectos del presente estudio las normas estatales y autonómicas de protección de los consumidores que inciden en la materia. Centrando la atención en la legislación estatal, las prácticas comerciales son actividades de promoción de ventas del Título II de la Ley de Ordenación del comercio Minorista o ventas especiales del Título III de la misma Ley. A los efectos de la normativa de ordenación del comercio se consideran actividades de promoción de ventas “las ventas en rebajas, las ventas en oferta o promoción, las ventas de saldos, las ventas en liquidación, las ventas con obsequio y las ofertas de venta directa” (art. 18.1 LOCM); por su parte, se considerarán ventas especiales “las ventas a distancia, las ventas ambulantes o no sedentarias, las ventas automáticas y las ventas en pública subasta” (art. 36). En las distintas leyes autonómicas de comercio interior se reproduce en mayor o menor medida el mismo esquema expuesto en relación con la Ley estatal; corresponde ahora hacer una enumeración de las principales leyes autonómicas sobre comercio interior: en Cataluña, la Ley 1/1983 de 18 de febrero, de Regulación Administrativa de Determinadas Estructuras Comerciales y Ventas Especiales [en adelante, LEC (Cataluña)], la Ley 1/1990, de 8 de enero, sobre la Disciplina del Mercado y Defensa de los Consumidores y Usuarios [LDCU (Cataluña)] y la Ley 23/1991, de 29 de noviembre, de Comercio Interior [en adelante, LCI (Cataluña)], con los preceptos de la primera y la última de estas leyes se ha aprobado un texto refundido por el Decreto Legislativo 1/1993, de 9 de marzo, del Departament de Comerç, Consum i Turisme [se abreviará TR (Cataluña)]; en el País Vasco, la Ley 7/1994, de 13 de junio, sobre Actividad Comercial [en adelante, LAC (País Vasco)]; en la Comunidad Valenciana, la Ley 8/1986, de 2 de diciembre, de Ordenación del Comercio y Superficies Comerciales [se abreviará LOC (Comunidad Valenciana)]; en Galicia, la Ley 10/1988, de 20 de julio, de Ordenación del Comercio Interior de Galicia [se abreviará LOCI (Galicia)]; en Aragón, la Ley 9/1989, de 5 de octubre, de Ordenación de la Actividad Comercial en Aragón [en adelante, LOAC (Aragón)]; en Canarias, la Ley 4/1994, de 25 de abril, de Ordenación de la Actividad Comercial de Canarias [LOAC (Canarias)]; en Andalucía, la Ley 1/1996, de 10 de enero, del Comercio Interior de Andalucía [LOC (Andalucía)];

la Ley 7/1998, de 15 de octubre, de Comercio Minorista de Castilla-La Mancha (se abreviará, LCM (Castilla-La Mancha)); la Ley 10/1998, de 21 de diciembre, sobre Régimen del Comercio Minorista en la Región de Murcia (LRM (Murcia)); la Ley 16/1999, de 29 de abril, de Comercio Interior de la Comunidad de Madrid (LCI (Madrid)); la Ley 11/2001, de 15 de junio, de Ordenación de la Actividad Comercial en las Islas Baleares (LOAC (Baleares)); la Ley Foral 17/2001, de 12 de julio, reguladora del Comercio en Navarra (LC (Navarra)); la Ley 3/2002, de 9 de mayo, de Comercio de la Comunidad Autónoma de Extremadura (en adelante, LC (Extremadura)).

El Derecho contra la competencia desleal se compone de la Ley de Competencia Desleal y la Ley General de Publicidad y el sometimiento de las prácticas comerciales al control jurídico de estas leyes no ofrece dudas por cuanto que toda modalidad de venta o práctica comercial constituye un comportamiento en el mercado y con fines concurrenciales (art. 2.1 LCD) y puede calificarse como publicidad al constituir una forma de comunicación realizada en el ejercicio de una actividad comercial con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes o servicios (art. 2 LGP).

Por último, como se ha dicho, la organización de una determinada práctica comercial puede calificarse de ilícito de defensa de la competencia al ser trasunto de un acuerdo entre empresas (art. 1 LDC), constituir un abuso de posición dominante (art. 6 LDC) o un acto de competencia desleal que falsee la libre competencia (art. 7 LDC). El Tribunal de Defensa de la Competencia ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la licitud antitrust de algunos supuestos de ventas promocionales (RRTDC 29-I-1999, “Wilkinson c. Gillette”, 16-II-1999 “Farias”, 5-V-1999 “Hidroeléctrica de l’Empordà”).

2.2. La naturaleza y caracteres de las normas reguladoras de las prácticas comerciales

Pues bien, centrando otra vez la atención en la normativa de ordenación del comercio y contra la competencia desleal, mientras la normativa de este último tipo somete las prácticas comerciales al tamiz de cláusulas generales, la normativa de ordenación del comercio se caracteriza por una marcada impronta reglamentista, sometiendo la organización de las prácticas comerciales a un control previo administrativo, introduciendo prohibiciones absolutas con independencia de que la práctica concreta despliegue efectos perniciosos o imponiendo el cumplimiento de otros requisitos entre los que destacan obligaciones de información o la concesión a los consumidores de derechos como la facultad de desistimiento.

En efecto, la represión de las prácticas comerciales que impiden al consumidor tomar una decisión de mercado conforme al principio de eficiencia de las prestaciones se realiza por el Derecho contra la competencia desleal a partir de cláusulas generales; en particular a partir de la cláusula general prohibitiva de los actos contrarios a la buena fe y de la prohibición de inducción a error al consumidor. Estas normas no prohíben a los comerciantes realizar determinadas prácticas comerciales ni le imponen obligaciones generales de información, sino que se limitan a prohibir aquellas prácticas configuradas de manera que ejerzan una influencia abusiva o presión psicológica en el consumidor o a imponer obligaciones de aclaración para impedir que una determinada venta sea ilícita porque las condiciones de su organización inducen a error al consumidor.

Sin embargo, el control jurídico de las prácticas comerciales a partir de cláusulas generales del Derecho contra la competencia desleal, en particular a partir de la prohibición de los actos de engaño, se ha considerado en distintos momentos y países insuficiente para reprimir las prácticas desleales. En este sentido, se han esgrimido principalmente las dificultades de prueba del engaño del consumidor y otras circunstancias que convierten a una práctica comercial en desleal. Ante la concurrencia en una práctica comercial de circunstancias que la convierten en engañosa o desleal, puede resultar difícil para el demandante en un proceso por competencia desleal probar que no había recibido información de los costes adicionales al precio que debía satisfacer para adquirir los bienes, que las propiedades de los productos anunciadas no se corresponden con las realmente adquiridas o que no había autorizado el envío de comunicaciones comerciales.

En contraste con el Derecho contra la competencia desleal, la normativa de ordenación de comercio basa el control de licitud de las prácticas comerciales en prohibiciones generales de conductas o en la exigencia de determinados requisitos: cuando la experiencia demuestra *–rectius:* el legislador entiende- que un determinado comportamiento tiene efectos nocivos para los consumidores, competidores o el mercado, se prohíbe dicho comportamiento o se somete su práctica al cumplimiento de determinados requisitos, con independencia de que de la conducta concreta se desplieguen los perniciosos efectos pretendidos. En este sentido, las disposiciones de la normativa de ordenación del comercio ejercen una función abiertamente preventiva: de un lado, se imponen determinadas obligaciones de información con el objetivo de evitar que los consumidores sean inducidos a error; de otro lado, se prohíben algunas modalidades de prácticas comerciales, como la venta a pérdida o el envío no solicitado de mercancías o de comunicaciones comerciales por vía electrónica, o se someten a una estricta regulación, tratando de evitar la organización de toda práctica comercial con la simple constatación de un peligro abstracto de deslealtad. A estos efectos, en unas ocasiones, la realización de alguna de las prácticas comerciales se somete a autorización previa, o en otras, a la presentación de una comunicación en la que se informa a la autoridad competente de la realización de una venta y de las condiciones en que se desarrolla. Frente a estas normas de cariz prohibitivo, otras basan el control de las prácticas comerciales, de un lado, en la concesión a los consumidores de determinadas facultades como la revocación de su consentimiento o autorización para evitar la coerción o influencia abusiva que le pueden causar prácticas como las ventas a distancia y fuera del establecimiento comercial o el envío autorizado de comunicaciones comerciales por medios electrónicos, o, de otro lado, en la imposición de obligaciones de información sobre los derechos que asisten al consumidor, el carácter comercial o publicitario de un mensaje o la no subordinación del premio comunicado a la adquisición de la prestación promocionada.

La distinta configuración de las normas del Derecho contra la competencia desleal y de la normativa de ordenación del comercio es coherente con la inclusión de las primeras en el bloque jurídico-privado y de las segundas en el bloque jurídico-público. Ello se refleja también en la distinta determinación de los órganos encargados de aplicar ambos tipos de normativas; órganos jurisdiccionales ordinarios las primeras, órganos administrativos las segundas.

2.3. Los objetivos de política-legislativa implícitos en las distintas normas reguladoras de las prácticas comerciales

Así las cosas, interesa destacar la distinta política legislativa que discurre por cada bloque normativo. La finalidad de la Ley de Competencia Desleal, como admite su propio artículo 1, es la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado. Su Preámbulo declara, incluso, que la redacción de la tipificación de actos concretos de competencia desleal, entre los que se encuentran actividades de promoción de ventas como la venta a pérdida o las ofertas con prima, “ha estado presidida por la permanente preocupación de evitar que prácticas concurrenciales incómodas para los competidores puedan ser calificadas, simplemente por ello, de desleales”.

La renuncia del legislador español a la utilización de la Ley de Competencia Desleal como instrumento de política estructural, no supone, sin embargo, una desprotección de los intereses de los pequeños y medianos empresarios. Estos intereses son considerados en un plano de igualdad con los de otros oferentes de bienes y servicios, junto con el interés de los consumidores en la toma racional de decisiones y el del Estado en el mantenimiento de mercados altamente transparentes y competitivos. En este sentido, la Ley de Competencia Desleal hace que nuestro Derecho contra la competencia desleal se incluya entre aquellos que siguen una orientación más marcadamente social e institucional. En este orden de cosas, la aplicación funcional de la Ley de Competencia Desleal exige adaptar el enjuiciamiento de deslealtad a las dimensiones de las empresas, de manera que pueden considerarse ilícitas conductas realizadas por grandes empresas que serían lícitas si fuesen cometidas por pequeños o medianos comercios; pero ello como resultado de los distintos efectos que la conducta despliega sobre la competencia en un determinado mercado y no únicamente por defender el *status* del pequeño comercio con independencia de su eficiencia económica. Considerada la protección de la institución de la competencia como objetivo último de la Ley de Competencia Desleal, cada práctica comercial organizada por un determinado comerciante debe valorarse en función de sus efectos sobre dicha institución.

Por contra, entre los objetivos de la normativa de ordenación del comercio ocupa un lugar principal el control de las estructuras comerciales en favor del pequeño comercio minorista o comercio tradicional. Al respecto, mientras el legislador autonómico ha sido suficientemente explícito en el reconocimiento de dicha finalidad, no lo es tanto el legislador estatal. En efecto, éste sólo ha admitido el objetivo de proteger el comercio minorista de forma implícita cuando admite la finalidad de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista de impedir los desequilibrios entre “las grandes y las pequeñas empresa comerciales”, contribuyendo al mantenimiento de la libre y leal competencia que, en definitiva, redundará en beneficio de los consumidores. Se solapa, pues, la verdadera finalidad de la norma mediante la alusión a los intereses más generales perseguidos por el Derecho contra la competencia desleal en sentido estricto.

2.4. Especial consideración de la relación entre la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y la legislación autonómica sobre comercio interior

Distintas Comunidades Autónomas han asumido competencias en comercio interior. El Estado también puede dictar normas sobre esta materia con base en otros títulos

competenciales o en el mismo título comercio interior, toda vez que no todas las Comunidades Autónomas gozan de competencias legislativas en la materia.

Esta concurrencia en la materia de títulos competenciales del Estado y de las Comunidades Autónomas ha dado lugar a conflictos de competencias sobre los que ha tenido que pronunciarse el Tribunal Constitucional (*vid. ad. ex.* STC 88/1986, de 1 de julio de 1986, que resuelve los recursos de inconstitucionalidad contra la Ley del Parlamento Catalán 1/1983, de 18 de febrero, de Regulación Administrativa de Determinadas Estructuras Comerciales y Ventas Especiales; STC 228/1993, de 9 de julio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley del Parlamento de Galicia 10/1988, de 20 de julio, de Ordenación del Comercio Interior y STC 264/1993, de 22 de julio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley de las Cortes de Aragón 9/1989, de 5 de octubre, de Ordenación de la Actividad Comercial en Aragón). Esta jurisprudencia se ha mostrado insuficiente para determinar *a priori* qué aspectos son de competencia estatal o autonómica. En este sentido y obviando las críticas susceptibles de realizarse en torno a la fundamentación aducida para calificar un precepto como básico, exclusivo o supletorio, la Ley de Ordenación del Comercio Minorista introduce seguridad jurídica en su disposición final única, que determina los preceptos que resultan de aplicación general por ampararse en competencias exclusivas o básicas del Estado, y los preceptos que tienen carácter supletorio en las Comunidades Autónomas con competencias plenas en la materia.

En lo que atañe a las prácticas comerciales, los preceptos dedicados a las mismas son calificados por la disposición final única, unos, como preceptos de aplicación directa en todo el Estado por ampararse en competencias exclusivas o básicas del Estado, y otros, de aplicación supletoria.

De esta suerte, la normativa aplicable a las prácticas comerciales en una Comunidad Autónoma no será uniforme en los supuestos en que los preceptos de la legislación estatal se declaran de aplicación supletoria. Estos preceptos sólo serán de aplicación directa en las Comunidades Autónomas con competencias ejecutivas o de desarrollo, resultando más compleja la relación en este punto entre la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y las leyes autonómicas promulgadas al amparo de competencias legislativas plenas.

En las Comunidades Autónomas que han asumido competencias legislativas plenas en materia de comercio interior, una vez ejercidas las competencias asumidas, los preceptos de la legislación estatal sólo serán de aplicación supletoria cuando exista una laguna jurídica. Ahora bien, la supletoriedad en este último caso sólo hallará lugar en contadas ocasiones. De un lado, la falta de regulación de un determinado supuesto puede colmarse acudiendo al mismo ordenamiento autonómico o al de otra Comunidad Autónoma. De otro lado, ante la falta de regulación autonómica de alguna modalidad de venta o de algún aspecto del comercio minorista debe entenderse por lo general que el legislador autonómico ha optado por el principio de libre competencia y, por consiguiente, no hay laguna legal. De lo contrario, si se aplicara de forma indiscriminada la normativa estatal con carácter supletorio, quedaría desvirtuada la configuración político-territorial de nuestro Estado. Ello dejaría en la nada la opción del legislador autonómico de no regular una materia o un determinado aspecto, en este caso, del comercio minorista.

En aquellos supuestos en que, a pesar de las consideraciones que acabamos de realizar, pueda detectarse una laguna legal en el ordenamiento autonómico, la aplicación supletoria del Derecho estatal deberá seguir las reglas contenidas en el Título Preliminar del Código Civil, es decir, la norma estatal se integrará en el ordenamiento autonómico siempre que sea compatible con los principios que rigen este último; en ningún caso cabe entender que la supletoriedad del Derecho estatal opera con absoluto automatismo.

2.5. Especial consideración de la relación entre la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y la legislación contra la competencia desleal

El control jurídico de las prácticas comerciales se basa fundamentalmente en la salvaguarda de la toma racional por el consumidor de decisiones de mercado, adquiriendo una posición preeminente la legislación de ordenación del comercio y el Derecho contra la competencia desleal.

Como se ha tenido ocasión de señalar, el Derecho contra la competencia desleal controla la licitud de las prácticas comerciales a partir de cláusulas generales; en particular, a partir de la prohibición de inducción a error al consumidor, siendo los tribunales quienes determinarán en el caso concreto cuando una práctica comercial es ilícita. En contraste con el Derecho contra la competencia desleal, la normativa de ordenación del comercio basa el control de licitud de las ventas promocionales en prohibiciones generales de conductas o en la exigencia de determinados requisitos, consistente en muchas ocasiones en la imposición de obligación de información.

Pues bien, en una Comunidad Autónoma a la normativa de ordenación del comercio que resulte de aplicación a una determinada ha de añadirse la legislación contra la competencia desleal. Pero la concurrencia de ambos cuerpos normativos se da únicamente allí donde el ámbito material de aplicación coincide. En este sentido debe señalarse que el ámbito de aplicación de la Ley de Competencia Desleal es más amplio que el de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista: esencialmente, la primera Ley se aplica también, a diferencia de la segunda, a la actividad mayorista, a las prestaciones de servicios y a la actividad realizada por cualquier persona que promocióne prestaciones, aunque sean ajenas (*cfr.* arts. 2 y 3 LCD). En una relación mucho más estrecha se hallan los lindes de la aplicación material de la Ley de Competencia Desleal y la legislación autonómica de comercio interior, ambos cuerpos normativos, con alguna salvedad, se aplican a toda la actividad comercial y a las prestaciones de servicios. En efecto, con la excepción de la Ley Ordenación del Comercio de Andalucía, el ámbito de aplicación material de legislación autonómica sobre comercio interior alcanza a toda la actividad comercial —mayorista y minorista— y tanto a las ofertas de productos como a las prestaciones de servicios. El ámbito de aplicación concreto de la regulación sobre prácticas comerciales coincide con el general, con algunas excepciones como las leyes gallega o murciana en las que sólo alcanza a las ventas de productos [*cfr.* arts. 1, 2 y 31 LOAC (Canarias), 1, 2 y 34.2 TR (Cataluña), 1 y 2 y Título III LOCI (Galicia), 1 a 3 y 28 LAC (País Vasco), 1, 2 y 25 LOC (Comunidad Valenciana), 1.2 LRCM (Murcia)].

Las prácticas comerciales que queden fuera del ámbito de aplicación de la normativa de ordenación del comercio soportarán únicamente el reproche de deslealtad. Ello no

obstante, dado que conforme al concepto que se sigue en el presente estudio, las prácticas comerciales se dirigen a los consumidores, puede afirmarse sin tapujos que la situación normal será la concurrencia de la normativa de ordenación del comercio y de la normativa contra la competencia desleal.

En estos casos la normativa de ordenación del comercio constituye un enjuiciamiento previo respecto del control de deslealtad concurrencial. Superado este primer tamiz todavía puede recaer sobre la práctica comercial el reproche de deslealtad. En modo alguno, puede afirmarse que el cumplimiento de la normativa de ordenación del comercio excluye la deslealtad de la conducta; debe aún comprobarse que la práctica comercial no contraría el principio de competencia con base en la propia eficiencia de las prestaciones, fundamentalmente que no es engañosa. En definitiva, no puede afirmarse la licitud de una práctica comercial a partir de la mera constatación de su conformidad con la normativa de ordenación del comercio; el núcleo de su control jurídico sigue estando en la normativa contra la competencia desleal.

De otro lado, el artículo 15. 2 de la Ley de Competencia Desleal integra en el reproche de deslealtad la finalidad estructural de la normativa de ordenación del comercio. En efecto, este precepto eleva a acto de competencia desleal la simple infracción de la normativa de ordenación del comercio, por lo que una práctica comercial ilícita por violar la normativa de ordenación del comercio se configura a su vez como un ilícito de deslealtad concurrencial.

Aunque en relación con las actividades de promoción de ventas, ya existen fallos de los tribunales de instancia que declaran desleales los descuentos superiores a la cantidad permitida por la normativa que fija el precio de los libros [Cfr. autos del JPI, *Valencia*, de 23-IV-1991, «Gremio de Libreros de Valencia c. Galerías Preciados y El Corte Inglés», cit. *supra*, y de 7-5-1991, «Gremio de Libreros de Valencia c. Galerías Preciados y El Corte Inglés», y SAP (Sección 6ª), *Valencia*, de 21-III-1994, «Gremio de Libreros de Valencia c. El Corte Inglés»].

Sin ánimo de realizar un análisis sistemático y completo del artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal, el reproche de deslealtad de las violaciones de la normativa ordenadora de la competencia no exige que el infractor adquiriera una ventaja concurrencial. Ello se desprende tanto de una interpretación literal y sistemática, como de una interpretación teleológica del precepto. Bajo el primer aspecto, el artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal omite cualquier referencia a que el infractor adquiriera dicha ventaja, lo que contrasta claramente con el artículo 15.1. Desde un punto de vista teleológico, aun admitiendo que la finalidad preponderante del precepto es la protección de los competidores —afirmación discutible—, no debe olvidarse que la legislación sobre competencia desleal debe integrarse en la normativa antitrust y pretende también la protección de los consumidores y de la libre competencia en un mercado transparente, basada en el principio de eficiencia de las propias prestaciones. Si se entiende que el artículo 15.2 únicamente libera al competidor demandante de la prueba de que el infractor ha adquirido y se ha aprovechado de la ventaja adquirida, se permitirá la lucha concurrencial sobre unas bases no permitidas por nuestra legislación y que, en definitiva, podrían perjudicar al consumidor y al interés público en el mantenimiento de un sistema transparente de libre competencia. Un ejemplo puede servir como aclaración: El artículo 44 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista

otorga al comprador en una venta a distancia el derecho a desistir libremente del contrato dentro del plazo de siete días contados desde la fecha de recepción del producto. Pues bien, la falta de reproche de deslealtad de la vulneración de este precepto cuando el infractor no adquiriera una ventaja concurrencial —imagínese que existe un hipotético incumplimiento general de la norma— supondría —también en el hipotético caso de que las sanciones administrativas no fueran suficientemente disuasorias— permitir un sistema de libre competencia cuya transparencia no se situaría en los niveles exigidos por la ley, perjudicando en esa medida a los consumidores.

Así las cosas, la determinación de un ilícito de deslealtad y de un ilícito administrativo por violación de normas de ordenación del comercio están estrechamente interrelacionados pero son, a la vez, dos enjuiciamientos totalmente independientes. Aunque los pronunciamientos que los órganos administrativos y jurisdiccionales hagan de la normativa de ordenación del comercio puedan influir en los que realicen los órganos jurisdiccionales encargados de aplicar el artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal, no hay prejudicialidad, de forma tal que cabe una calificación distinta de una misma conducta: una determinada práctica comercial puede considerarse ilícita por los órganos administrativos y no ser reprochable por desleal porque los órganos encargados de realizar el enjuiciamiento de deslealtad entiendan que no se ha violado la normativa aplicable; al contrario, una práctica comercial puede considerarse lícita según la normativa administrativa, pero puede constituir un acto de competencia desleal en virtud de la normativa jurídico-privada aplicable, y no sólo por darse una calificación distinta de la conducta a efectos del artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal —baste para ello pensar en que las normas sobre prácticas comerciales que pretenden evitar el peligro abstracto de inducción a error no prevén todas las circunstancias que pueden convertirla en engañosa—.

3. LA CLÁUSULA GENERAL PROHIBITIVA DE LAS PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES

Bibliografía: A. BERCOVITZ, «La competencia desleal», *DN*, núm. 20, 1992, p. 1 ss.; ID., «Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal», en A. BERCOVITZ (coord.), *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, BOE-Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, p. 13 ss.; J. M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «El nuevo marco de la competencia desleal. La cláusula general de la LDC», en *Propiedad industrial y competencia desleal*, Consejo General del Poder Judicial-Andema, Madrid, 1995, p. 11 ss.; C. MADRENAS, «La Ley núm. 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal», *10 BIM* 1991, p. 1 ss.; J. MASSAGUER, «Competencia desleal», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, p. 1171 ss.; ID., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999; A. MENÉNDEZ, *La competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1988; F. PALAU, «La distribución masiva de mercancías mediante regalos publicitarios», *XX ADI* 1999, p. 511 ss.; C. PAZ-ARES, «El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista a la política antitrust», *RDM*, núm. 159, 1981, p. 7 ss.; ID., «Constitución económica y competencia desleal», *ADC*, 1981, p. 927 ss.; F. VICENT, «Otra opinión sobre la Ley de Competencia Desleal», *RGD*, núms. 589-90, 1993, p. 9975 ss.

3.1. Significado y caracteres de la cláusula general prohibitiva de los actos de competencia desleal

Una práctica comercial será ilícita cuando, conforme señala la cláusula general de prohibición de la competencia desleal, resulte objetivamente contraria a las exigencias

de la buena fe (art. 5 LCD). Pues bien, la cláusula general asume en el sistema de la represión de la competencia desleal un doble cometido: de un lado, fija los caracteres generales del acto de competencia desleal como ilícito objetivo, de peligro y naturaleza extracontractual y, de otro lado, establece una norma sustantiva, suficiente para determinar la deslealtad de las conductas que la contravengan.

Como queda dicho, la cláusula general deja definido el acto de competencia desleal, desde una perspectiva positiva, como ilícito objetivo, de peligro y de naturaleza extracontractual. El reproche de deslealtad concurrencial no se hace depender de la presencia de ningún requisito de orden subjetivo. La deslealtad concurrencial, en efecto, no depende del dolo o la culpa del sujeto agente (*vid.* STS 15-IV-1998 «Cadena Clarín», SSAP *Granada* 6-XI-1996 «difusión por ex-empleado de manifestaciones sobre su anterior empresa», *Vizcaya* 3-XII-1996 «piezas de recambio de automóvil»), que sin embargo son presupuesto de la responsabilidad civil derivada de los actos de competencia desleal. En este mismo orden de cosas, la deslealtad concurrencial tampoco se condiciona al conocimiento de las circunstancias de hecho en que se funda la deslealtad (*vid.* SAP *Madrid* 28-III-1998 «asistencia técnica especializada»), sin perjuicio de que en algún caso se exija en particular el conocimiento de dichas circunstancias (*cf.* art. 14.2 LCD). Como tampoco se supedita a la presencia de finalidades específicas en la conducta relevante; no obsta a lo anterior que en ciertos casos se requiera la finalidad de impedir u obstaculizar el asentamiento de un competidor en el mercado o de eliminar a un competidor del mercado [arts. 11.3, 14.2 y 17.2.c) LCD], pues esta exigencia, en mi opinión, ha de ser necesariamente interpretada en clave objetiva: la fórmula legal comprende toda conducta que, atendidas las circunstancias del caso, carezca de una justificación razonable desde el punto de vista de las estrategias y comportamientos conformes con el modelo de competencia por méritos de las propias prestaciones. La única excepción a esta configuración objetiva de la ilicitud en materia de competencia desleal es la violación de secretos empresariales, en cuya estructura encuentran cabida elementos subjetivos puros, como son el ánimo de obtener provecho o de perjudicar (art. 13.3 LCD).

Como ilícito de peligro, el reproche general de deslealtad concurrencial tampoco se hace depender de los resultados prácticos del acto enjuiciado, sea de la producción de un daño o lesión patrimonial --relevante sólo como elemento estructural de la responsabilidad civil derivada de los actos de competencia desleal--, sea de un daño o lesión competitiva, esto es, de una efectiva alteración de la estructura del mercado o de la normal formación y desenvolvimiento de las relaciones económicas en el mercado, sea de la verificación de los efectos en que, en particular, se encarna la deslealtad de una determinada conducta.

Finalmente, la ilicitud de las conductas desleales nace de la contravención de deberes generales de conducta, y no del quebrantamiento de una relación jurídico obligacional que vincule a la persona que la realiza con aquella a cuyos intereses afecta. No puede excluirse, sin embargo, la posibilidad de que el incumplimiento de una obligación de naturaleza contractual quede encuadrado entre las conductas con finalidad concurrencial, como se sigue con facilidad del texto legal (*cf.* art. 13.1 LCD). A este propósito ha de advertirse, en todo caso, que el incumplimiento contractual no puede reputarse *per se* constitutivo de un acto de competencia desleal (*vid.* SSAP *Barcelona* 1-II-1996 «transitarios», *Valencia* 19-VI-1996 «centralita de teléfonos», *Badajoz* 12-I-1999 «incumplimiento de Estatuto de una Comunidad de Bienes», AAAP *Barcelona* 6-XI-1996

«Business Creation», *Barcelona* 18-XII-1996 «incumplimiento de pacto de no competencia»).

Pero como se ha avanzado, la cláusula general no formula un principio abstracto que es objeto de desarrollo y concreción en las normas siguientes, en las que se tipifican los actos de competencia desleal en particular. Al contrario, establece una norma jurídica en sentido técnico, esto es, una norma completa de la que se derivan deberes jurídicos precisos para los particulares, tal y como por lo demás sucede igualmente con el artículo 7.1 del Código civil. Su infracción, por lo tanto, puede servir de base para el ejercicio de la acción de competencia desleal (en este sentido, SSAP *Pontevedra* 18-IX-1997 «Tisega, S. L. c. Insega, S. L.», *Barcelona* 15-IV-1998 «Estrella de Mar»). De este modo, la cláusula general juega como válvula de autorregulación del sistema: asegura su adaptación a las cambiantes circunstancias del mercado y de las conductas concurrenciales y permite especialmente que los comportamientos ahora extravagantes a los tipos en particular puedan someterse al control de deslealtad concurrencial (*vid.* SAP *Barcelona* 27-I-1995 «U.A.P.»).

La cláusula general, por lo tanto, tipifica un acto de competencia desleal en sentido propio, dotado de sustantividad frente a los actos de competencia desleal que han merecido un tipo particular. Dicho en otros términos, la cláusula general no dispone un ilícito que deba o pueda aplicarse general e indiscriminadamente de forma conjunta o acumulada a las normas que tipifican actos de competencia desleal en particular. La conculcación de una de estas normas no constituye al mismo tiempo y *per se* una violentación de la cláusula general. Por el contrario, la aplicación de la cláusula general debe hacerse de forma autónoma respecto de los tipos y procede, en particular y como he apuntado, precisamente para reprimir conductas o aspectos de conductas que no han encontrado acomodo entre los supuestos de hecho comprendidos entre los incluidos en el catálogo de actos de competencia desleal objeto de un tipo específico.

Lo anterior pasa, como es obvio, por dotar de contenido a las exigencias de la buena fe, primero en un plano abstracto (que es el que ahora corresponde considerar) y ulteriormente en relación con el supuesto de hecho enjuiciado (en que se resuelve su aplicación al caso). Necesario punto de partida a estos efectos es la finalidad de la represión de la competencia desleal (art. 1 LCD) y, en particular, la conexión de la cláusula general con el bien jurídico protegido y con los intereses a que obedece su tutela, o si se prefiere: la función institucional de la represión de la competencia desleal y su inserción entre las normas de disciplina general de las conductas desarrolladas en el mercado con finalidad concurrencial por todos cuantos participan en el mismo (arts. 2 y 3 LCD), de disciplina de la conducta que debe ser observada por todos los operadores económicos en el diseño y desarrollo de sus estrategias y actuaciones en el mercado (*vid.* SAP *Barcelona* 15-IV-1998 «Estrella de Mar»). Bajo este aspecto y como ya se indicara anteriormente, el artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal establece un límite jurídico al ejercicio del derecho subjetivo a desarrollar una actividad económica en el mercado en concurrencia con otros, fundado en el artículo 38 de la Constitución.

En este sentido y como manifestaba el finalmente desechado artículo 5 del Proyecto de Ley de Competencia Desleal, la cláusula general incorpora una exigencia de que los agentes económicos compitan por méritos o por eficiencia de las propias prestaciones (acertadamente reconocida por los tribunales: *cfr.* SSAP *Barcelona* de 29-XI-1995

«Asociación de Vídeo Clubs de Catalunya C. Warner Home Vídeo España, S. A.», Asturias 18-IX-1996 «captación de clientes de asesoría de empresas»). Ello significa, en particular y desde una perspectiva positiva, que los operadores económicos que actúan en el mercado deben buscar su éxito a través de la más conveniente configuración objetiva de sus prestaciones, de sus productos o servicios, y a través de la más atractiva combinación de precio, calidad, condiciones de contratación... Y en sentido negativo significa, sobre todo, que los operadores que actúan en el mercado deben abstenerse de poner en peligro el contenido mínimo de la libertad de empresa.

Sentado lo anterior, la primera fuente de integración de las exigencias de la buena fe a los efectos de concretar el contenido normativo de la cláusula general son los principios acogidos en las normas que tipifican supuestos de hecho como actos de competencia desleal. No puede olvidarse, en efecto, que dichos principios constituyen el desarrollo legal de los postulados de política legislativa que inspiran la represión de la competencia desleal y encarnan en un plano positivo los valores protegidos y las conductas combatidas. A decir verdad, a estos principios ha de prestarse atención en la tesitura de concretar el contenido de las exigencias de la buena fe tanto en una vertiente positiva como negativa, esto es, tanto para determinar la ilicitud como para afirmar la licitud de un determinado comportamiento a la luz de la cláusula general. Bajo este aspecto, no parece dudoso que la Ley de Competencia Desleal expresa en su conjunto un juicio negativo en relación con las conductas que frustran o dificultan la libre formación de preferencias y adopción de decisiones en el mercado, particularmente las preferencias y las decisiones de los consumidores, como en general son las conductas que restan transparencia al mercado (arts. 6, 7, 8, 9 y 10 LCD) y, en particular, las técnicas de presión sobre el consumidor (arts. 8.1 y 9 LCD); con el aprovechamiento o expolio del esfuerzo ajeno y sus resultados (arts. 11.2, 13 y 14.2 LCD); con la obstaculización [arts. 11.2, 12 y 17.2.b) LCD]; con el uso de la fuerza de mercado (art. 16.2 LCD), o con la predación [arts. 11.3, 14.2, 17.2.c) LCD].

3.2. Grupos de casos

Caracterizado el acto de competencia como acto ilícito y comprendida la función de la cláusula general como norma sustantiva, algunos de los grupos de casos de actos de competencia desleal por contravenir la cláusula general que se han construido doctrinal y jurisprudencialmente adquieren especial relevancia en relación con las prácticas comerciales. En otros términos, puede afirmarse que una determinada configuración de las prácticas comerciales o la concurrencia en ellas de determinadas circunstancias permite considerarlas como ilícitas por ser contrarias a las reglas objetivas de la buena fe. Así, sin pretensiones de exhaustividad, una práctica comercial puede calificarse de desleal cuando constituya un acto de obstaculización de la competencia en el mercado, cause molestias a los consumidores o explote sus sentimientos, abuse de la autoridad de determinadas personas, explote los sentimientos de sus destinatario o constituya publicidad desagradable.

3.2.1. Actos de obstaculización

La entrega de muestras o mercancías originales se considera, en principio, lícita como modalidad de publicidad en especie, pero puede llegar a merecer el reproche de deslealtad cuando su finalidad publicitaria es sustituida por una finalidad predatoria y

se obstaculiza la competencia en un determinado mercado con los efectos perniciosos para los consumidores que ello comporta en el largo plazo.

La licitud de la distribución de muestras o mercancías originales no admite discusión mientras su entrega se dirija exclusivamente a facilitar las necesidades de prueba de los consumidores, esto es, cuando posibilitan a los clientes la prueba de la mercancía y no causan ningún perjuicio ilícito a los competidores que pueden seguir ofreciendo sus mercancías. En estos casos, no se obstaculiza el libre juego de la demanda y la oferta, pues los clientes pueden comparar las distintas prestaciones ofrecidas y elegir libremente. Sólo cuando su distribución no se hace exclusivamente con finalidad publicitaria puede determinarse su deslealtad. Ello podría suceder cuando la entrega de regalos es desproporcionada en relación con la finalidad de permitir a los consumidores su prueba, restringe o falsea la competencia por saturación del mercado o si interfiere en la formación de la decisión de consumo mediante el impedimento de comparar las prestaciones de los distintos competidores. Estos efectos se producirán especialmente en supuestos en que el oferente goza de poder de mercado cuando se distribuyen bienes de carácter duradero, que satisfacen durante un largo período las necesidades de los consumidores, o se reparte una importante cantidad de productos en un período de tiempo y zona geográfica limitados, toda vez que se habrá eliminado la competencia, al menos, temporalmente. Adviértase que para facilitar la prueba de las mercancías a los consumidores únicamente son necesarias pequeñas cantidades o pocas unidades de producto.

Ahora bien, lo dicho no ha de llevar de forma indiscriminada a reputar desleal toda entrega de muestras o, especialmente, de mercancías originales por saturación del mercado: ni puede presuponerse sin más la existencia de un peligro de imitación de la conducta del oferente por otros competidores, que llevaría a la saturación del mercado, ni puede partirse, sin ninguna constatación empírica o argumentación con base en las ciencias sociales, de la existencia de un peligro de que el consumidor se habitúe a los productos distribuidos cuando éstos le hayan permitido satisfacer durante un determinado período sus necesidades y, en consecuencia, seguirá utilizando posteriormente los productos promovidos con preferencia a los ofrecidos por los competidores independientemente de su precio y de su calidad.

3.2.2.Ofertas molestas

Como ofertas molestas pueden considerarse desleales por violentar la prohibición general establecida en el artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal aquellas prácticas, de común ofertas que, por la forma en que tiene lugar el contacto o por la relación existente entre quien directa o indirectamente realiza la oferta y quien la recibe, generan una presión sobre sus destinatarios o les colocan en una situación incómoda o embarazosa bien en el caso de que no presten atención, o bien incluso en el caso de que no visiten el establecimiento del anunciante o no contraten la prestación promocionada, puesto que impiden una libre formación de las preferencias o en su caso de la decisión de contratar.

En este grupo de casos deben incluirse, siempre que se den las circunstancias de hecho precisas para producir o poder producir el efecto anterior, las ofertas hechas directa y personalmente al consumidor en la calle (*a contrario* SAP *Barcelona* 4-IX-1995 «entrega de material publicitario en la calle»), en su domicilio, en reunión con amistades o

compañeros de trabajo... o el envío a domicilio de productos no solicitados, sin perjuicio de que estas prácticas sean objeto de una especial regulación o incluso de prohibiciones y de que su infracción pueda constituir asimismo un acto de competencia desleal por violación de normas. Esta misma consideración merece la realización de ofertas en situaciones en las que el consumidor no está en condiciones de tomar su decisión con la tranquilidad de ánimo que requiere toda decisión racional, como las ofertas hechas en el lugar y tiempo de un accidente. Próximas a las anteriores se encuentran aquellas técnicas de venta en que el organizador se aprovecha de la relación personal o familiar que media entre el vendedor y la clientela para colocar en el mercado sus prestaciones.

3.2.3. Abuso de autoridad

Conforman un subgrupo del anterior grupo de casos aquellas ofertas y prácticas en las que el oferente se vale abusivamente de la autoridad o ascendiente propio o de un tercero sobre la clientela para promover o asegurar la contratación de sus prestaciones. Entre estos casos pueden encuadrarse los supuestos de padrinazgo, esto es, las técnicas de venta que recurren a la recomendación de personas que, por su relación profesional o personal con la clientela potencial, tienen cierto ascendiente sobre el consumidor cuando la influencia ejercida obedece a móviles espurios (distintos de la obtención de una recompensa por parte del padrino, puesto que semejante supuesto está comprendido entre las primas desleales). Desde esta misma óptica podría ser enjuiciada *ad ex.* (y siendo cualquier parecido con la realidad pura coincidencia) la conducta del profesor que no se limita a recomendar un libro de texto o una compilación de textos (sea propio o de un tercero) entre sus alumnos, sino que pone en práctica actuaciones (como por ejemplo la venta en circunstancias que permitan identificar a los compradores o la exigencia de utilización del libro en el examen) que hacen temer al alumnado por el aprobado en el caso de que no se compre el libro recomendado.

3.2.4. Actos de explotación de los sentimientos

Como consecuencia de la aptitud para influir en la formación de preferencias o toma de decisiones a partir de razones ajenas a las que típicamente orientan la conducta de los consumidores, se han considerado tradicionalmente desleales, y en nuestro sistema de represión de la competencia desleal deberían enjuiciarse a la luz de la cláusula general, aquellas comunicaciones publicitarias y ofertas que atraen la atención del público sobre la prestación promocionada generando un miedo o alarma infundados, especialmente cuando ello se produce en relación con temas de preocupación general como la salud (*cf.* RRJAAP 25-VII-1996 «Leche Pascual, S. A.», 24-IV-1997 «SmithKline Beechan Consumer Healthcare, S. A.», 24-VII-1998 «FEGREPPA»), el medioambiente, la solidaridad con los menos favorecidos... Supuestos cercanos son aquellos en los que se mueve al consumidor a interesarse por la prestación del oferente o a contratarla apelando a sus sentimientos altruistas: compasión, piedad o solidaridad, o apelando a la capacidad de atracción que de común ejercen ciertas imágenes o temas, como los escabrosos o los de contenido sexual.

3.2.5. Publicidad desagradable

Igualmente, encuentra su ubicación en la cláusula general, en cuanto integra exigencias de orden ético, el enjuiciamiento de la publicidad desagradable, esto es, de la publicidad que

resulta contraria a los parámetros de decoro y buen gusto generalmente aceptados (*cf.* RJAAP 17-I-1997 «G y J España Ediciones, S. A.») o a la dignidad de las personas, como sucede en especial en el caso de la publicidad que hace un uso indebido de la imagen de las mujeres o, en general, la publicidad sexista (*cf.* RRJAAP 11-XI-1996 «Virgin Express», 5-II-1997 «Martini», 6-II-1997 «Prenatal, S. A.», 22-X-1997 «Bardinet, S. A.», 19-XI-1997 «Barceló & Co», 22-XII-1997 «Anglo Española de Distribución» [confirmada RJAAP (Pleno) 22-XII-1997]), sin perjuicio de que pueda constituir un supuesto de publicidad ilícita de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.a) de la Ley General de Publicidad o de competencia desleal por infracción de normas, de conformidad con el artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal.

3.2.6. Actos de agresión

En este mismo orden de cosas, la consideración de las exigencias de los buenos usos, y con la prevención que en su momento se ha expuesto, obliga conceder particular relevancia en este contexto a circunstancias tales como el *animus nocendi* que pueda animar al autor del acto enjuiciado; de hecho en este extremo se centra una de las claves determinantes de la deslealtad de la violación de secretos (art. 13.3 LCD). En este sentido, al amparo de la cláusula general puede predicarse la deslealtad de aquellas conductas, no reconducibles a ninguno de los actos de competencia desleal tipificados o no encuadrables en ninguno de los grupos de casos anteriores, que obedecen al solo propósito de ocasionar un daño a otro, sea como resultado en sí mismo deseado (del modo que podría ocurrir cuando la actuación formara parte de una estrategia predatoria) o como paso intermedio para obtener del sujeto afectado una compensación consistente en la atribución de una ventaja competitiva de cualquier clase por poner fin a esta conducta (como podría ser el caso, por ejemplo, del medio de comunicación que difundiera de forma desproporcionada --por el tono, la insistencia, el realce...-- información no contrastada relativa a un determinado operador económico y ofreciera poner fin a esta política informativa a cambio de la contratación de espacios publicitarios en dicho medio por el operador afectado).

4. LA PROHIBICIÓN DE LAS PRÁCTICAS COMERCIALES ENGAÑOSAS

Bibliografía: J. M.^a DE LA CUESTA y L. RODRÍGUEZ RAMOS, «El delito publicitario», *Autocontrol de la Publicidad*, núm. 26, 1998, p. 18 ss.; M. CURTÓ, «Notas sobre la publicidad engañosa y su tratamiento jurisprudencial», *AC*, 17 enero 2001; C. FERNÁNDEZ NOVOA, *Estudios de Derecho de la Publicidad*, Homenaje a la Facultad de Derecho a Autor Dr. Carlos Fernández Novoa, Catedrático de Derecho Mercantil, nos XXV años de cátedra, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1989; ID., «Reflexiones preliminares sobre la nueva Ley de Competencia Desleal», *XIV ADI* 1991-92, p. 15 ss.; J. A. GÓMEZ SEGAGE, «Los análisis comparativos y la publicidad», en *Problemas actuales del Derecho de la publicidad*, Instituto Nacional de Publicidad, Madrid, 1984, p. 231 ss.; C. LEMA, *La publicidad de tono excluyente*, Montecorvo, Madrid, 1980; ID., «La publicidad desleal: modalidades y problemas», *RGD*, núms. 562-63, 1991, p. 6135 ss.; ID., «La publicidad engañosa en el moderno Derecho español», *La Ley*, 1995-2, p. 870 ss.; ID., «La publicidad engañosa en el moderno Derecho español», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, T. I, Civitas, Madrid, 1995, p. 867 ss.; ID., «Publicidad engañosa y exageración publicitaria», en *Publicidad y consumo*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1998, p. 235 ss.; C. MADRENAS, *Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal*, Civitas, Madrid, 1990; F. PALAU, *Descuentos promocionales*, M.

Pons, Madrid, 1998; ID., «Los sondeos de opinión como instrumento probatorio del engaño en los procesos por competencia desleal», *RGD*, núm. 618, 1996, p. 2235 y ss.; ID., «El consumidor medio y los sondeos de opinión en las prohibiciones de engaño en Derecho español y europeo. A raíz de la Sentencia del TJCE de 16 de Julio de 1998, as. C-210/96, *Gut Springenheide*», *XIX ADI* 1998, p. 367 y ss.; A. TATO, «La publicidad engañosa en la jurisprudencia (Breves reflexiones al hilo de la Sentencia del Tribunal Supremo en el caso Citroën)», *RGD*, núm. 608, 1995, p. 5487 ss.; ID., «Primeras aproximaciones de la jurisprudencia española a la figura de la publicidad engañosa por omisión: el caso Barclays (Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 51 de Madrid de 4 de mayo de 1995)», *RGD*, núms. 625-26, 1996, p. 11749 ss.; ID., «La publicidad ilícita en la jurisprudencia y en la doctrina del Jurado de la Publicidad», *Autocontrol de la Publicidad*, 1999, núm. 27, p. 16 ss.; M. VERGEZ, «Competencia desleal por actos de engaño, obsequios primas y otros supuestos análogos», en A. BERCOVITZ (coord.), *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, BOE-Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, p. 51 ss.

4.1. La represión de la publicidad engañosa y de los actos de engaño a través de la Ley General de Publicidad, de la Ley de Competencia Desleal y de la legislación de defensa de los intereses de consumidores y usuarios

La tipificación particular del acto de engaño se mantiene en la legislación contra la competencia desleal actualmente en vigor (art. 7 LCD). A ella se suma una específica tipificación de la publicidad engañosa como supuesto de publicidad ilícita --y no de publicidad desleal-- (art. 4 I LGP), completada por una extensa relación de los elementos sobre los que debe centrarse principalmente la determinación del engaño (art. 5 LGP) y una particular definición de la publicidad subliminal (art. 7 LGP).

Las diferencias entre el tratamiento del engaño en la Ley de Competencia Desleal y en la Ley General de Publicidad, siempre sin perjuicio del obligatorio acomodo del juicio de fondo a los criterios y exigencias de la primera, se sitúan tanto en un plano formal (semántico y esquemático) como en un plano sustantivo. En el primer sentido, contrasta lo conciso de la formulación general de la publicidad engañosa y lo amplio del catálogo de extremos para los actos de engaño, el tratamiento destacado de la omisión en la publicidad engañosa con la mera referencia a la misma en los actos de engaño y, sobre todo, la tímida introducción de un principio de veracidad en los actos de engaño con el silenciamiento de este extremo para la publicidad engañosa, y la referencia parcial a las pautas de determinación del engaño para la publicidad engañosa, la mención expresa de la aptitud de la publicidad para afectar al comportamiento económico de los destinatarios o la atención específica a la publicidad subliminal con la omisión de todos estos particulares para los actos de engaño; desde este punto de vista, quizás estos contrastes revelan la mayor calidad técnica que, en conjunto, posee la tipificación de la publicidad engañosa sobre la de los actos de engaño, pero sería injusto no destacar también las virtudes que estos mismos contrastes revelan a favor de esta última. En el segundo sentido, llama la atención la conservadora tacha de ilicitud que se reserva a la publicidad engañosa, a través de la exigencia de que perjudique o sea capaz de perjudicar a un competidor, aparentemente también en el caso de que no pueda afectar al comportamiento económico de los destinatarios; este extremo no puede reputarse actualmente relevante para fundar la deslealtad de los actos de engaño ni tampoco, naturalmente, la ilicitud de la publicidad engañosa.

El cuadro de la represión de los actos de engaño queda completado por un sinnúmero de normas sobre comercio interior y defensa de los consumidores. Así, y con carácter general, se establece que la publicidad falsa o engañosa constituye fraude en materia de consumo (art. 8.3 LCU y art. 3.1.3 R. D. 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); de hecho, no han faltado ocasiones en que los actos de engaño se han resuelto mediante la aplicación de estas normas (STS 8-XI-1996 «Complejo Residencial Don Alfonso», SAP Álava 24-VI-1996 «National Hair Center»).

A estas disposiciones se suman otras de carácter particular que, en protección de los intereses de los consumidores, modalizan fuertemente la forma y contenido de las ofertas, de la publicidad e incluso de la presentación de los productos y servicios. Por su parte, en la legislación autonómica sobre comercio interior y defensa de los intereses de consumidores y usuarios no faltan prohibiciones de la publicidad engañosa, enmarcadas constitucionalmente en la actuación autonómica relativa a la promoción y defensa de los intereses de los consumidores, y en particular en cumplimiento de la debida tutela del derecho del consumidor a la información (art. 51 CE).

4.2. La caracterización general de la publicidad engañosa y del acto de engaño

El artículo 7 de la Ley de Competencia Desleal, tras una relación no exhaustiva del modo en que se produce el engaño y antes de otra relación también abierta del objeto sobre el que puede versar el engaño, establece una pequeña cláusula general. De conformidad con lo allí dispuesto, acto de engaño es cualquier práctica que por las circunstancias en que tenga lugar sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza sobre un extremo que puede influir en la formación de sus preferencias o en la toma de sus decisiones en el mercado. La referencia a la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas y a la omisión de las verdaderas, por tanto, no encierra el núcleo de la acción relevante y, por ello mismo, no constriñe el supuesto de hecho considerado; únicamente indica algunos de los elementos o circunstancias que, en principio y sin carácter exclusivo, pueden ser determinantes del engaño. Sentado lo anterior y antes de valorar su veracidad o su potencialidad para inducir a error, la práctica en sí misma considerada (las indicaciones, alegaciones o manifestaciones que constituyan su objeto) ha de reunir tres condiciones: exteriorización, referencia sólo y únicamente a la persona cuyas prestaciones se promocionan o a su actividad, prestaciones o establecimiento, así como, por último, aptitud para soportar un juicio de veracidad.

Finalmente, se exige que la acción, por su contenido, pueda valorarse en términos de veracidad, esto es, que la acción considerada transmita a los destinatarios una cierta idea de la realidad de las cosas. De tal forma, las alegaciones, indicaciones o manifestaciones difundidas necesariamente han de poseer un núcleo fáctico. Sólo en tales circunstancias es posible fijar, en efecto, la existencia o no de la divergencia entre lo comunicado y la realidad que constituye error y sobre la que se asienta el engaño, esto es, sobre la que se construye en este caso el juicio de deslealtad. Pero la exigencia de que concurra un núcleo fáctico en la práctica no debe valorarse en términos objetivos, sino subjetivos. En este sentido, habrá o no un núcleo fáctico según los destinatarios reconozcan o no circunstancias de hecho en el contenido de la práctica, pues sólo en tal caso puede surgir la diferencia entre lo que la práctica hace creer a los destinatarios y la realidad de las cosas.

Como consecuencia de la exigencia de contenido fáctico, no puede enjuiciarse como acto de engaño la comunicación al público de juicios de valor puros: opiniones y elogios que no expresan una valoración formulada a partir de circunstancias de hecho conocidas o reconocibles por el destinatario, sino una valoración enteramente subjetiva. Esta clase de manifestaciones, por otro lado, no dejan de quedar protegidas por la garantía constitucional de la libertad de expresión (art. 20.1 CE).

Y por esta misma razón, tampoco puede ser enjuiciada como acto de engaño la publicidad directamente encaminada a provocar sentimientos irracionales --sin perjuicio de que aquélla pueda reprimirse como supuesto de publicidad desagradable--, ni la publicidad meramente sugestiva, carente de todo contenido informativo pero que resulta adecuada para condicionar las reacciones de los consumidores mediante el fomento de estereotipos ligados al uso o consumo de un producto o servicio --sin perjuicio de que en todo caso esté sometida a fuertes restricciones en relación con algunos productos.

Por el contrario, y como ya se ha señalado, para calificar a una acción como acto de engaño no es determinante *per se* la incorrección o inexactitud de las alegaciones, indicaciones o manifestaciones en que pueda consistir. El centro de gravedad del acto de engaño no se encuentra en una aséptica falta de correspondencia con la realidad, sino en el error y, por lo tanto, en la impresión acerca de la realidad inculcada en los destinatarios por la comunicación enjuiciada. De ahí que, a estos efectos, no importe única y exclusivamente si el contenido de las indicaciones, alegaciones o manifestaciones coincide con la realidad, sino sólo si la representación de la realidad que provocan en los destinatarios coincide con la realidad. Y de ahí también que la acción relevante deba dar cabida tanto a la utilización de indicaciones inexactas o falsas, como a la omisión de las verdaderas así como, aunque no resulte sencillo deslindar este supuesto de la omisión, al empleo de indicaciones que son exactas si, dado el contexto y no obstante su corrección y exactitud objetiva, pueden entenderse incorrectamente.

Como consecuencia de este planteamiento, deberán enjuiciarse como supuesto de actos de engaño las afirmaciones que, siendo veraces, conduzcan a extraer conclusiones, particularmente respecto de los sujetos, productos, actividades o establecimientos a que no se refieren de forma expresa que, por el contrario, no se corresponden con la realidad (*vid.* SAP *Sevilla* 12-V-1992 «empresas legalmente constituidas e inscritas»); las expresiones o frases ambiguas [SAP *Madrid* 28-III-1998 «asistencia técnica especializada», *cfr.* RRJAAP 26-V-1996 «La Vanguardia (II)», 9-VII-1998 «El Periódico de Cataluña» --confirmada por RJAAP (Pleno) 22-IX-1998 «El Periódico de Cataluña y La Vanguardia»--, 31-VII-1998 «SP Editores, S. A.», 13-XI-1998 «Aula Activa, S. A.»]; las indicaciones, alegaciones y manifestaciones dotadas de una pluralidad de significados cuando no resulte evidente que el comúnmente entendido por los destinatarios se corresponde con la realidad, como ocurre con alguna frecuencia en relación con las indicaciones sobre precios rebajados que no revelan el motivo de la reducción (ofertas-señuelo u ofertas de atracción) o el término de comparación escogido (precios propios normalmente practicados o sólo durante un corto período de tiempo, precios recomendados...) [*vid.* SAP *Baleares* 11-II-1998 «gafas R.-B. con descuento»]; las indicaciones relativas a la naturaleza, características o calidad de los productos (natural/artificial, títulos...), en especial si las descripciones o calificaciones empleadas para indicar estos extremos se apartan de las legalmente dispuestas al efecto (*cfr.* RJAAP 24-VII-1998 «Danone, S. A. (II)» [confirmada por RJAAP (Pleno) 22-IX-1998

«ASOZUMOS y Danone, S. A.»]); las indicaciones referidas a la situación existente en un momento determinado, cuando no se actualicen debidamente [cfr. RJAAP 19-III-1997 «La Vanguardia (I)»]; las indicaciones que tratan de disfrazar una publicidad de tono excluyente pero que no obstante son entendidas como excluyentes, cuando no se ocupa la posición de privilegio o superioridad reivindicada; las indicaciones basadas en el testimonio de terceros, cuando por las circunstancias del caso puedan los destinatarios presumir cualificaciones, capacidades o experiencias en el tercero que avala la actividad, prestación o establecimiento que no son reales (cfr. RJAAP 4-X-1996 «Kellogg's España, S. A. » [confirmada por RJAAP (Pleno) 6-XI-1996]); las indicaciones que destacan de forma muy llamativa obviedades, en especial la presencia en la actividad, prestación o establecimiento de un elemento, propiedad o característica que es común a los de su clase por pertenecer a su propia naturaleza o por venir así impuesto por normas y aquello o esto sea normalmente ignorado por los destinatarios, o bien que destacan especialmente elementos o aspectos en esencia irrelevantes para que la actividad, prestación o establecimiento promocionados cumpla la función que le resulta propia (algo que puede ocurrir especialmente, por ejemplo, en las invocaciones publicitarias a la seguridad y salud de los consumidores, o al respeto al medio ambiente), circunstancias éstas que deben valorarse con particular rigor en el caso de que las indicaciones, alegaciones o manifestaciones enjuiciadas tengan un tono excluyente; las indicaciones basadas en resultados de pruebas comparativas, cuando no se informe adecuadamente acerca de los resultados conjuntos de la prueba o cuando la prueba no se haya practicado correctamente o no sea representativa.

4.3. Especial consideración de la omisión de información

La acción relevante cubre, como ha tenido ocasión de señalarse, la omisión de indicaciones verdaderas. Cualquiera que sea la dicción legal, la omisión engañosa no se produce tanto como consecuencia de un silencio puro y simple --esto es y del modo en que con carácter general se señala, la omisión no es desleal *per se*--, cuanto del contraste entre lo indicado, alegado o manifestado y lo que se silencia al respecto --como también se destaca comúnmente y como asimismo han tenido ocasión de apreciar los tribunales (*vid.* SSAP *Madrid* 28-X-1991 «Azúcar light», *Barcelona* 15-III-1993 «sin los efectos desagradables del cloro» [confirmada por STS 8-V-1997], *Barcelona* 3-IX-1996 «amb la salut no s'hi val jugar», *Madrid* 30-X-1996 «Depósito de Interés Creciente»; *vid.* también STSJ *Madrid* 22-V-1996 «utilización de instalaciones deportivas en Urbanización Hórreo VI»)---. De tal forma, lo relevante en última instancia no es la omisión por sí misma considerada, sino la puesta en circulación de una información incompleta (que se revela sólo parcialmente veraz y, por lo tanto y en su caso, inexacta), y en particular, y siempre en atención al entendimiento que hagan los destinatarios de la comunicación en cuestión, la falta de aclaración respecto del contenido de la comunicación enjuiciada o respecto de la información transmitida en una ocasión diferente cuando lo indicado, alegado o manifestado en dicha ocasión diferente integre de hecho, junto con el contenido de la comunicación enjuiciada, las expectativas de los destinatarios, o incluso la falta de aclaración respecto de aquello que forma parte del conocimiento o de la experiencia de los destinatarios y que, por ello, igualmente determina *a priori* y en todo caso sus expectativas.

En consecuencia, y de la misma forma que la deslealtad del engaño no persigue privar a la comunicación con la clientela de su carácter esencialmente persuasivo, la inclusión del error por omisión como conducta relevante en materia de engaño no impone ni refleja un deber de exhaustividad informativa, ni tampoco un deber de información mínima en relación con las actividades, prestaciones o establecimientos promocionados (aunque no puede negarse tampoco que de forma mediata contribuye eficazmente a la puesta en circulación de informaciones más precisas y útiles en el mercado). El anunciante no está obligado, por tanto, a adoptar una posición distante y neutral en relación con el contenido de la comunicación publicitaria; sí lo está, en cambio, a evitar o en su caso a completar las manifestaciones, indicaciones o alegaciones que transmitan una información incompleta con riesgo de inducción a error, en su caso como resultado de informaciones anteriormente transmitidas o de conocimientos o experiencias propios de los destinatarios. Así las cosas no puede extrañar la precaución del legislador, que aparentemente sólo permite calificar de engañosa la omisión si afecta a datos esenciales relativos a las actividades, prestaciones o establecimientos promocionados, a «datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios» (art. 4 II LGP).

En la medida en que el carácter engañoso de la omisión depende absolutamente del contexto, no es razonable determinar con carácter previo y general los datos que a estos efectos deben considerarse esenciales o fundamentales, esto es, los datos cuya falta de mención puede constituir una omisión engañosa. De cualquier forma, también en el supuesto de omisión de datos que, en el caso considerado, tengan la condición de esenciales o fundamentales, el núcleo del reproche de deslealtad reside en la inducción a error. No existe razón, pues, para establecer ni manejar criterios específicos para la determinación de la deslealtad de la omisión engañosa.

A estos efectos parece conveniente atender especialmente a la naturaleza y características de la actividad, prestaciones o establecimiento promocionados, pero también, y sobre todo, al contenido particular de las alegaciones, indicaciones o manifestaciones realizadas, a las características del círculo de destinatarios y a las circunstancias en que se produce el contacto con los destinatarios. Para la valoración de estos tres últimos extremos sólo pueden darse reglas de experiencia, como las que advierten de la mayor peligrosidad de la publicidad agresiva, de la publicidad que ofrece una prestación aparentemente gratuita (*cfr.* RJAAP 26-V-1998 «Radiophone»), de la publicidad relativa a productos en esencia nocivos que destaca sobremanera un aspecto positivo inhábil para evitar o compensar los efectos perjudiciales típicos del producto promocionado y, en general, de la publicidad que contiene menciones relacionadas con la salud (*vid.* SSAP *Madrid* 28-X-1991 «Azúcar light», *Barcelona* 15-III-1993 «sin los efectos desagradables del cloro» [confirmada por STS 8-V-1997]) o el medio ambiente, de la publicidad que contiene referencias vagas a los extremos conectados con el que se silencia o que intenta asociar el producto promocionado a otro de diversa naturaleza (*cfr.* RJAAP 19-III-1997 «Agra»), de la publicidad de eficacia inmediata, de la publicidad relativa a productos o servicios que carecen de algunas de las propiedades características de la clase de productos o servicios a que pertenecen o que son usualmente ofrecidas... En cambio, para la valoración del primero de los referidos extremos, las exigencias de información derivadas de la naturaleza o características de las actividades, prestaciones o establecimientos considerados, existen algunas claras pautas legales. En efecto, la cantidad de información que el oferente, particularmente el oferente de prestaciones debe suministrar a los

consumidores no es enteramente libre. Con carácter general, se obliga a que la oferta, promoción y publicidad se ajusten a la naturaleza, características, condiciones, utilidad y finalidad de las prestaciones (art. 8.1 LCU); es más, la omisión de datos importantes en estos puntos constituye una infracción en materia de defensa de los consumidores (art. 34.9 LCU). De otro lado, son numerosas las prescripciones relativas a la información que debe contener la publicidad de ciertos productos o servicios o de ciertos aspectos de una oferta, e incluso el etiquetado y presentación de los productos.

4.4. Especial consideración de la publicidad encubierta

La extensión de la acción relevante a cualquier práctica apta para inducir a error con independencia de su forma permite traer el enjuiciamiento de la publicidad encubierta a la esfera de los actos de engaño. La publicidad encubierta es la publicidad difundida a través de un medio de comunicación social que, a causa de su forma de presentación y del tono de su contenido, sus destinatarios no perciben como tal publicidad (esto es, como una comunicación dirigida a promover la contratación de bienes o servicios), sino como información proporcionada por el medio de comunicación. La publicidad encubierta constituye un acto de engaño (desleal si versa sobre un extremo relevante para decidir la preferencia del destinatario por un agente, por una prestación o por un establecimiento), que por demás encuentra acomodo en la referencia legal a la publicidad que es engañosa por su forma de presentación hecha en el artículo 4 I de la Ley General de Publicidad; no en vano entre nosotros se explicó autorizadamente su prohibición por el propósito de evitar el error acerca de la manera de presentarse exteriormente las expresiones publicitarias.

Las dificultades de identificación de la publicidad encubierta no son pequeñas. Ciertamente se ha establecido de forma expresa un principio general de separación de la publicidad, que obliga a los medios a deslindar perceptiblemente la información de la publicidad y al anunciante a desvelar inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios (art. 11 LGP) y que, no obstante su ubicación entre las disposiciones generales sobre contratación publicitaria, constituye una prevención de la publicidad engañosa por su forma de presentación. No parece imponerse la obligación de destinar un espacio especial a la publicidad, sino sólo la obligación de identificar adecuadamente la publicidad, con empleo de los pertinentes recursos gráficos, auditivos, visuales o audiovisuales (como *ad ex.* la inclusión de los anagramas del anunciante: SAP *Sevilla* 4-XII-1992 «anuncio en ABC», o de las indicaciones «publirreportaje» o «publi-información»: *cfr.* RJAAP 17-XII-1996 «Merck Farma y Química, S. A.»), o, en términos generales, la obligación de identificarla de la forma en que, atendidas las circunstancias del caso, resulte precisa para revelar sin dudas el carácter publicitario de la comunicación (*cfr.* RJAAP 26-VI-1998 «Fujitsu»). Esta obligación se contiene entre las disposiciones generales de la contratación publicitaria, por lo que su inobservancia podría constituir un acto de competencia desleal como supuesto de violación de normas (art. 15 LCD).

4.5. El contenido del engaño

La falsedad o inexactitud de las indicaciones, alegaciones o manifestaciones y el silencio de extremos esenciales relativos a las prestaciones promocionadas no determinan por sí

mismas que constituyan actos de engaño desleales. La deslealtad reside, en efecto, en el error a que conducen o pueden conducir. En este contexto, el error se produce cuando la realidad de las cosas se separa de la idea de la realidad o expectativas inducidas por el acto considerado o, expresado de forma más simple, el error es la falsa representación de la realidad que la conducta considerada provoca o puede provocar entre sus destinatarios naturales o efectivos (aunque desde la perspectiva del art. 8.3 LCU, STS 8-XI-1996 «Complejo Residencial Don Alfonso»).

El reproche de deslealtad no exige un engaño efectivo; basta que el acto considerado sea susceptible de inducir a error, y en consecuencia no se exige la prueba de que en uno o varios destinatarios del acto enjuiciado se ha inculcado realmente una falsa representación de la realidad, sino tan sólo la prueba de las circunstancias que, en atención a los extremos antes indicados, permitan concluir que dicho acto da lugar o, de alcanzar la difusión precisa, puede dar lugar a aquellos resultados.

4.6. Aptitud para influir en la conducta de los destinatarios: la exageración publicitaria y la publicidad de todo excluyente

El error sólo determina la deslealtad de las indicaciones, alegaciones o manifestaciones enjuiciadas que lo provocan en la medida en que es apto para influir en la conducta de sus destinatarios, y en particular para influir en la formación de sus preferencias o en la toma de sus decisiones. Este elemento del ilícito no ha sido objeto de una especial mención en la tipificación de los actos de engaño; su concurrencia, sin embargo, es requisito imprescindible para que el acto enjuiciado posea la finalidad concurrencial exigida con carácter general, esto es, para que sea objetivamente adecuado para asegurar la difusión o promover prestaciones en el mercado. Más acertadamente, en cambio, ha encontrado reflejo en la definición de la publicidad engañosa, en la medida en que se condiciona, al menos en parte, a que pueda «afectar a su (de los consumidores) comportamiento económico» (art. 4 I LGP). La aptitud para influir sobre la conducta de los destinatarios depende, en lo esencial, de dos circunstancias: de una parte, de que el error verse sobre un extremo relevante y, de otra parte, de que los destinatarios valoren en serio las correspondientes indicaciones, alegaciones o manifestaciones. En ninguno de los casos se requiere, por el contrario, que el error determine en efecto la conducta de los destinatarios en el mercado; basta con la posibilidad de que así sea.

La falsa representación de la realidad que pueda seguirse de una determinada indicación, alegación o manifestación únicamente es adecuada para influir en la conducta de sus destinatarios, y por lo tanto para determinar la deslealtad por engaño, en la medida en que recaiga sobre un extremo relevante.

Manifestación de la asunción legal de este requisito es, en cualquiera de los casos, la enumeración de los extremos sobre los que puede versar un error que se contienen tanto en la Ley de Competencia Desleal como en la Ley General de Publicidad. Estos extremos, en efecto, son la naturaleza, modo de distribución o fabricación, características, aptitud en el empleo, calidad y cantidad de los productos y, en general, sobre las ventajas realmente ofrecidas (art. 7 LCD), o características de los bienes, actividades o servicios (origen o procedencia geográfica o comercial, naturaleza, composición, destino, finalidad, idoneidad, disponibilidad, novedad; calidad, cantidad, categoría, especificaciones y denominación; modo y fecha de fabricación, suministro o prestación; resultados que

pueden esperarse de su utilización; resultados y características esenciales de los ensayos o controles), precio completo o presupuesto o modo de fijación del mismo, condiciones de la adquisición, utilización y entrega de los bienes o de la prestación de los servicios, motivos de la oferta, naturaleza, cualificaciones y derechos del anunciante (identidad, patrimonio y cualificación profesional; derechos de propiedad industrial o intelectual; premios o distinciones) o, en fin, servicios post-venta (art. 5 LGP). En ambos casos, no obstante, se trata de una relación enunciativa; el error determinante del engaño, por lo tanto, puede recaer sobre cualquier otro extremo que, en el supuesto considerado, sea adecuado para influir en la decisión del consumidor.

De la relación legal, con todo, se infiere que el error relevante es un error relativo sólo a circunstancias de hecho, esto es, relativo a extremos que se pueden comprobar objetivamente. De ahí se siguen, a su vez, dos consecuencias. De una parte, el engaño no es predicable de los juicios subjetivos, valoraciones u opiniones; no obstante, y como he tenido ocasión de advertir anteriormente, los juicios subjetivos están de común estrechamente relacionados con hechos, de modo que todos los que, por esta razón, pudieran objetivarse quedan igualmente sometidos al control de veracidad y, por ello, de engaño. De otra parte, la deslealtad por engaño tampoco es predicable de los elogios genéricos y triviales hechos a la prestación promocionada.

Y esto nos lleva a un tema conexo, como es la necesidad de que los destinatarios valoren seriamente el contenido de la comunicación enjuiciada como presupuesto de todo punto ineludible para que pueda producirse el engaño. Esto se ha saldado en que la exageración o charlatanería publicitaria haya merecido un enjuiciamiento indulgente y, a la inversa, en que la publicidad de tono excluyente se haya considerado engañosa cuando no se ha ajustado a la realidad de las cosas. La separación entre la exageración publicitaria y la publicidad de tono excluyente no es en absoluto tarea sencilla: el linde entre una y otra está marcado por el crédito que el destinatario concede al mensaje y, en consecuencia, sólo puede trazarse caso por caso, en atención a las particulares circunstancias que concurran en el supuesto considerado.

La exageración publicitaria consiste en la difusión de alegaciones o manifestaciones, que no indicaciones, tendentes a ensalzar la actividad, prestación o establecimiento promocionados en términos y de forma tal que los destinatarios las reconocen carentes de una base objetiva y, por ello, no las valoran en serio. Así las cosas, la exageración publicitaria no puede provocar ninguna creencia acerca de la realidad y, en consecuencia, no es apta para determinar la conducta de los destinatarios en el mercado, de donde se sigue que no constituye un acto de engaño [vid. SSAP *Madrid* 8-III-1993 «Pepsi es lo de hoy» (confirmada por STS 24-II-1997), *Barcelona* 25-IV-1996 «Joyas Únicas del Amor»]. Ello no obstante, conviene cuanto menos extremar la prudencia en el caso de que las alegaciones o manifestaciones enjuiciadas sean precisas, hayan sido realizadas por empresas que gozan de cierto grado de reconocimiento por parte de los destinatarios o recaigan sobre los extremos o aspectos que resultan clave en la formación de las preferencias y en la toma de las decisiones de consumo.

En cambio, la publicidad de tono excluyente atribuye al sujeto que la realiza o a las actividades, prestaciones o establecimientos promocionados una posición única o privilegiada en el mercado, mediante mensajes que contienen datos concretos y comprobables, que los destinatarios reconocen y valoran propiamente como información y

en términos de veracidad. Esta clase de publicidad es, por lo tanto, adecuada para inculcar una cierta representación de la realidad, susceptible de influir en la conducta de los destinatarios en cuanto verse sobre extremos relevantes y, por ello, para constituir un acto de engaño en cuanto se produzca una divergencia entre lo atribuido y la realidad (*vid.* SSAP 16-III-1994 *Alicante* «la única que cumple todas las normas de seguridad», *Badajoz* 24-I-1997 «únicos legalmente autorizados», *Barcelona* 14-IX-1998 «único curso autorizado»). En estos casos es exigible que aquella posición única o privilegiada se sustente en una prueba exhaustiva y, en particular, que las alegaciones o manifestaciones excluyentes se funden en una correcta presentación de la propia posición (RRJAAP 9-VII-1998 «El Periódico de Cataluña» [confirmada por RJAAP (Pleno) 22-IX-1998 «El Periódico de Cataluña y La Vanguardia»], 29-X-1998 «Whitehall» [confirmada por RJAAP (Pleno) 15-XII-1998]); que hayan tomado en consideración a todos los operadores, actividades, prestaciones o establecimientos respecto de los cuales se afirma la supremacía (*cfr.* RRJAAP 3-II-1997 «Procter & Gamble España, S. A.», 29-X-1998 «Whitehall» [confirmada por RJAAP (Pleno) 15-XII-1998]), así como que exista una relación objetiva e inmediata entre la posición de primacía debidamente probada y el contenido de la afirmación, manifestación o alegación publicitaria [RRJAAP 4-X-1996 «Kellogg's España, S. A. (I)» --confirmada por RJAAP (Pleno)--, 29-X-1998 «Whitehall» --confirmada por RJAAP (Pleno) 15-XII-1998--].

4.7. La determinación del engaño

La prueba del engaño, entendida como prueba de la inducción a error sobre una circunstancia relevante para la formación de una preferencia o la adopción de una decisión de mercado y, por lo tanto, distinta de la prueba relativa a la exactitud de las alegaciones, indicaciones o manifestaciones valoradas, es presupuesto ineludible para la condena del acto de engaño. En este sentido, aunque sea condición previa necesaria, no es suficiente probar la incorrección o falsedad de la información comunicada de este modo o, en su caso, la omisión de datos esenciales, sino que es preciso demostrar además que provocan o pueden provocar en sus destinatarios una falsa representación de la realidad, esto es, que provocan en ellos una impresión y expectativas que no se corresponde con la realidad de las cosas. A esto se suma, como es obvio, la necesidad de probar que el error recae sobre un extremo relevante y que la comunicación enjuiciada es valorada seriamente por los destinatarios. Por consecuencia, la determinación del engaño no puede realizarse de un modo apriorístico y objetivo: aquí las cosas no son lo que son, sino lo que los destinatarios de la acción enjuiciada piensan que son y esperan que sean. Ello obliga naturalmente a proceder caso por caso. No obstante, no puede negarse la existencia de ciertas pautas de carácter general y formal en relación con el modo de determinación del engaño, que se desenvuelven en tres pasos o momentos: determinación del círculo de destinatarios y, dentro del mismo, del destinatario medio de la alegación, indicación o manifestación considerada, determinación del entendimiento que el destinatario medio hace de ella y, finalmente, confrontación entre dicho entendimiento y la realidad.

En cuanto a la determinación del engaño, y a efectos de lo que ahora interesa, baste señalar que el destinatario medio es un estándar o parámetro abstracto de valoración, en cuya particularización no parece lícito emplear criterios de diligencia traídos desde el ámbito jurídico-contractual --el destinatario tipo no es el buen padre de familia--, sino sólo criterios de racionalidad media y máximas de experiencia. En este sentido, es obligado considerar al destinatario medio como persona normalmente informada y experimentada,

razonablemente atenta y perspicaz, consciente del carácter persuasivo de la comunicación publicitaria y promocional... (vid. STJCE 16-VII-1998, asunto C-210/96 «Gut Springenheide GmbH c. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt»).

4.8. Grupos de casos

Entre los grupos de casos de actos de engaño que merecerían hoy por hoy un tratamiento más diferenciado y algo detallado se podría enumerar a las ofertas-señuelo u ofertas de atracción, los supuestos de engaño sobre precio, sobre existencias de los productos objeto de la oferta, sobre duración de la oferta, sobre características de los productos o servicios objeto de la oferta y acerca de la procedencia de los productos. Todos estos grupos de caso resultan de interés para el control de deslealtad de las ventas promocionales y especiales, pero a continuación se centrará la atención en los dos últimos grupos de casos habida cuenta que los primeros grupos de casos mencionados adquieren especial relevancia en relación con las ventas promocionales que se excluyen del presente estudio.

4.8.1. Actos de engaño acerca de las características de la actividad, de los productos o servicios o del establecimiento promocionados

Abundantes han sido los pronunciamientos relativos a casos de engaño acerca de las características de la actividad, de los productos o servicios o de los establecimientos ofrecidos. En efecto, los tribunales han considerado en diversas ocasiones que la atribución de condiciones o propiedades inexistentes a los productos promocionados es engañosa; así, las manifestaciones, alegaciones o indicaciones que presentan un edulcorante como azúcar (SAP *Madrid* 28-X-1991 «Azúcar light»), que atribuyen inexactamente la condición de concesionario (SSAP *Granada* 18-V-1992 «falso concesionario de IBM», *Madrid* 28-III-1998 «asistencia técnica especializada» [aunque aplicó el art. 6 LDC], SJPI *Bilbao* 8-I-1992 «falso concesionario de BMW», sin perjuicio en estos casos de que la utilización de la marca ajena pueda constituir un supuesto de violación del derecho de marca correspondiente: *cfr.* STJCE 23-II-1999, asunto C-63/97 «Bayerische Motorenwerk AG y BMW Nederland BV c. Ronald Karel Deenik»), que garantizan una inviable convalidación de estudios realizados en el extranjero (SAP *Madrid* 27-V-1994 «COU en Estados Unidos»), que vinculan indebidamente una determinada marca de vino con una denominación de origen (SAP *León* 17-V-1995 «Consejo Regulador de la Denominación de Origen Bierzo c. Palacio de Arganza»), que atribuyen efectos terapéuticos no demostrados a ciertos productos (SAP *Cádiz* 20-II-1996 «imán terapéutico»), que promocionan como bajos en colesterol unos huevos sin que ello se ajuste a la realidad (SJPI *Madrid* 8-VII-1996 «huevos bajos en colesterol»), que ofrecen una remuneración por cuenta corriente sujeta a determinadas matizaciones que pasan desapercibidas a los destinatarios (SAP *Madrid* 30-X-1996 «Depósito de Interés Creciente»), que ofrecen una zona ajardinada luego inexistente en un folleto editado y distribuido para una promoción de viviendas (STS 8-XI-1996 «Complejo Residencial Don Alfonso»), que dan a entender falsamente que el producto anunciado no contiene determinado producto (STS 8-V-1997 «sin los efectos desagradables del cloro»), que atribuyen falsamente una homologación oficial a los cursos ofrecidos (SAP *Barcelona* 14-IX-1998 «único curso autorizado»), que reclaman para el producto promocionado un procedimiento de eliminación de manchas no demostrado (*cfr.* RJAAP 24-IV-1997 «SmithKline Beecham Consumer Healthcare, S. A.»), que ofrecen ciertas condiciones especialmente ventajosas sólo para determinados tipos de contratación de los diversos

tipos posibles sin que este extremo quede claro para los destinatarios (*cfr.* RJAAP 3-III-1998 «Airtel») o presentan como obsequio publicitario una prestación que exige un importante desembolso por parte del consumidor sin advertir de este extremo (*cfr.* RJAAP 26-V-1998 «Radiophone»), o que dan a entender una composición del producto que no se corresponde con la realidad [*cfr.* RJAAP (Pleno) 13-XI-1998 «Procter & Gamble España, S. A.»].

En este mismo grupo de casos deben incluirse aquellos supuestos de publicidad excluyente en los que la primacía referida a la propia actividad o prestaciones no se correspondía con la realidad, fallándose que era engañosa la atribución infundada de una posición única en el mercado (SSAP 16-III-1994 *Alicante* «la única que cumple todas las normas de seguridad», *Badajoz* 24-I-1997 «únicos legalmente autorizados»), de una posición de superioridad en el mercado (*cfr.* RJAAP 3-II-1997 «Procter & Gamble España, S. A.»), o de una posición de liderazgo en las ventas [*cfr.* RRJAAP 19-III-1997 «La Vanguardia (I)», 26-V-1996 «La Vanguardia (II)»].

4.8.2. Actos de engaño sobre la procedencia de las prestaciones

Diversas son las disposiciones encaminadas si no a prevenir el error sobre la procedencia de las prestaciones, sí al menos a asegurar al consumidor la información mínima necesaria, cuyo propósito puede ser tanto el de asegurar una adecuada formación de sus preferencias como el de identificar al sujeto responsable en caso de defectos. En este sentido, se establece la obligación de incorporar a los productos que se ofrecen a los consumidores una información veraz, eficaz y suficiente sobre su origen [art. 13.1.a) LCU]; en alguna Comunidad Autónoma se especifica: procedencia geográfica (art. 23 II ECU de Galicia). Por lo general, no se trata de indicaciones de procedencia en un sentido propio, sino de identificación del origen empresarial de las prestaciones. Semejante obligación de indicar el origen de los productos no afecta al contenido de la publicidad, sino, en lo que aquí interesa, al contenido de la información precontractual. En el etiquetado o presentación de los productos alimenticios debe indicarse, en todo caso, su origen empresarial: el nombre, razón social o denominación del fabricante o envasador o de un vendedor dentro de la Unión Europea y, siempre, un domicilio (art. 13 NGEF); en cambio, en el etiquetado o presentación de los productos alimenticios originarios de los Estados miembros de la Unión Europea se debe consignar su procedencia geográfica sólo en los casos en que su omisión pudiera inducir a error sobre estos extremos, mientras que el etiquetado o presentación de los procedentes de Estados no comunitarios deben indicar necesariamente el lugar procedencia (art. 15 NGEF). Normas similares gobiernan el contenido del etiquetado y presentación, entre otros, de los productos textiles (art. 6 R. D. 396/1990), guantes (art. 3 O. M. de 15 de febrero de 1990), productos de marroquinería y artículos de viaje... (O. M. de 15 de febrero de 1990).

El incumplimiento de estas normas constituye una infracción en materia de protección al consumidor (art. 33.6 LCU y art. 3.3.4 R. D. 1945/1983, de 22 de mayo, por el que se regulan las Infracciones y Sanciones en materia de Defensa del consumidor y de la Producción Agroalimentaria), sancionada, según su calificación (arts. 6 a 8 R. D. 1945/1983) y naturaleza, con multa administrativa, decomiso de la mercancía, cierre temporal de la empresa y caducidad de las autorizaciones administrativas (art. 10 R. D. 1945/1983). Así las cosas, el empleo de indicaciones sobre procedencia en el etiquetado y

en la presentación de los productos contrario a las exigencias legales se revela también como acto de competencia desleal por violación de normas (art. 15 LCD).

5. CONTROL JURÍDICO DE DETERMINADAS PRÁCTICAS COMERCIALES

Bibliografía: AA.VV., *Nueva ordenación del comercio minorista en España, cámara de Comercio e Industria de Madrid*, Madrid, 1996; F. J. ALONSO, J. A. LÓPEZ PELLICER, J. MASSAGUER, A. REVERTE (coord.), *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista. Comentarios a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista*, McGrawHill, Madrid, 1999; R. BERCOVITZ y A. BERCOVITZ, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 22 ss.; ID. (coord.), *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, BOE-Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992; R. BERCOVITZ y J. SALAS, *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Civitas, Madrid, 1992; M. BOTANA, «Disciplina de la competencia desleal y regulación de determinadas prácticas comerciales en España», 9 *ADI* 1983, p. 487 ss.; G. A. BOTANA GARCÍA, *Los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles y la protección de los consumidores*, Bosch, Barcelona, 1994; A. FONT, «Liquidacions a preu de saldo: les rebaixes liquidades. Acotacions a la STC 88/1986, d'1 de juliol», *RJC*, 1987, I, p. 697 ss.; M. LEHMANN, «El comercio electrónico y la protección del consumidor en Europa», en J. A. GÓMEZ SEGADÉ (dir.), *Comercio electrónico en Internet*, M. Pons, Madrid, 2001, p. 339 ss.; J. J. MARÍN, «Prácticas comerciales y protección de los consumidores», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 5, 1995, p. 85 ss.; J. MASSAGUER, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999; M. P. MELARA, *Análisis comparado de la legislación española sobre ventas promocionales*, Civitas, Madrid, 2001; J. MIR y A. MOLLÁ, *Venta domiciliaria, multinivel y piramidal. Conceptualización y diferenciación. Distribución y Consumo*, núm. 10, p. 69 y ss.; J. OTAMENDI, *Competencia desleal. Análisis de la Ley 13/1991*, Aranzadi, Pamplona, 1992; ID., *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Pamplona, 1994; F. PALAU, *Vendes agressives*, Institut Català del Consum, Barcelona, 1993; ID., *Descuentos promocionales. Un análisis desde el derecho contra la competencia desleal y la normativa de ordenación de mercado*, M. Pons, Madrid-Barcelona, 1998; ID., «La distribución masiva de mercancías mediante regalos publicitarios», XX *ADI* 1999, p. 511 ss. F. PALAU y J. ROCA, «Ámbito de aplicación territorial de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista», *RGD*, núm. 632, 1997, p. 5659 ss.; J. L. PIÑAR y E. BELTRÁN (dir.), *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, Civitas, Madrid, 1997; G. G. SCOTT, *Exitos en marketing multinivel*, Promociones Jumerca, S. L., Valencia, 1994; J. TORNOS, J. J. MARÍN, L. CASES, E. ARIMANY, C. MANUBENS (dir.), *Ordenación del comercio minorista. Comentarios a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha 15 de enero*, Praxis, Barcelona, 1996; A. TATO, «Aspectos jurídicos de la publicidad y de las comunicaciones comerciales en Internet», en J. A. GÓMEZ SEGADÉ (dir.), *Comercio electrónico en Internet*, M. Pons, Madrid, 2001, p. 187 ss.; M. TRONCOSO, «Notas críticas a la Proposición de Ley de Comercio Interior del Grupo Parlamentario Catalán», *La Ley*, 1994-4, p. 968 ss.; F. VICENT, *Ventas multinivel y ventas en pirámide*, Jornadas sobre Libre Competencia y Ley de Ordenación del Comercio Minorista, organizadas por la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 20, 21, y 22 de mayo de 1996, multicopiado.

5.1. Los sistemas de distribución multinivel

5.1.1. Concepto y clases

En la teoría del marketing se maneja una terminología muy variada para denominar los distintos sistemas de distribución multinivel —venta a la bola de nieve, venta multinivel, venta piramidal, venta en cadena, publicidad progresiva o red de ventas—. Desde luego, son muchas las variantes que se pueden introducir en un sistema concreto de marketing multinivel, pero en líneas generales éste se caracteriza por constituir una técnica de venta que implica la existencia de varios niveles de vendedores y el pago de comisiones atendiendo a los productos adquiridos o vendidos de forma individual conjunta o acumulada, o atendiendo a los vendedores introducidos en la red; resulta irrelevante el método de venta empleado (venta directa tradicional, venta en reunión, venta por correo,...).

El marketing multinivel puede configurarse como un sistema abierto o cerrado. En este último caso, el sistema de venta se compone de un determinado número de niveles que el consumidor conoce. En los sistemas abiertos no se determina *a priori* el número de intermediarios, por lo que el consumidor difícilmente puede valorar las posibilidades de éxito de su actividad, sobre todo si, además, no conoce el nivel en que se halla.

Delimitado el marketing multinivel, los estudiosos del marketing lo distinguen de la venta en cadena o piramidal, que constituye una de sus variantes consistente en subordinar el pago de la comisión o, más ampliamente, la concesión de una determinada ventaja al reclutamiento de nuevos miembros de la red. En estos sistemas piramidales también se puede exigir a los consumidores que adquieran una determinada cantidad de mercancías para su reventa. Un sistema particularmente pernicioso de venta en cadena es la denominada venta a la bola de nieve (*vente à la boule de neige*, *Schneeballsystem*), en la que se ofrece al consumidor el suministro gratuito de mercancías o la prestación gratuita de los servicios que solicite si consigue atraer un número determinados de compradores.

El fabricante u organizador de una venta multinivel se beneficia por cuanto el sistema de padrinazgo sucesivo les reporta ingresos no sólo por sus propias ventas, sino también por el canon de entrada pagado por los nuevos acólitos o por las comisiones o bonificaciones recibidas como consecuencia de las ventas realizadas por estos últimos; del mismo beneficio pretenden aprovecharse los nuevos acólitos que integran los escalones inferiores.

En definitiva, distintas son las motivaciones para adherirse al sistema: obtener productos de consumo más barato, crear una organización de ventas con niveles inferiores, obtener comisiones por las propias ventas o por volumen de ventas conjunto de la red, obtener beneficios por el canon de entrada o de permanencia en la red, recibir regalos u otros incentivos. Como se observa, se apela al ánimo de lucro y, en muchas ocasiones, se subraya la posibilidad de obtener ganancias fáciles para incorporar nuevos miembros a la red. Un vendedor interesa a sus clientes en el producto hasta que consigue que lo utilicen y que transmitan su entusiasmo a los demás; en este momento se les podrá convencer para que vendan los productos a terceros. Los nuevos miembros irán interesando, a su vez, a sus clientes hasta que vendan también sus productos a

terceros, de manera que se creará una red de ventas. El vendedor de un nivel superior suma a las ganancias por sus propias ventas una participación en las ganancias de los miembros que él ha incorporado a la red.

5.1.2.Efectos perniciosos de los sistemas de distribución multinivel

Pese a las expectativas de ganancias y otras motivaciones esgrimidas para conseguir la adhesión de un consumidor a un sistema de distribución multinivel, la realidad no es tan alagüeña. Los miembros situados en niveles superiores aún pueden tener buenas expectativas de ganancias, pero conforme se desciende a niveles inferiores se hacen cada vez más remotas e, incluso, desaparecen. Ello es debido a que va creándose una progresión geométrica que acaba por impedir la posibilidad de encontrar nuevos clientes. Un ejemplo resulta muy aclaratorio: si el organizador de una venta multinivel estimula a cada nuevo vendedor a conseguir seis inversionistas adicionales, en diez reclutamientos se habría superado con creces la población de nuestro país. Así pues, resulta claro que el sistema de distribución apunta hacia una progresiva ampliación del sistema que conlleva unas posibilidades de ganancias regresivas para los nuevos acólitos. Mientras las posibilidades de ventas, publicidad y ganancias bajan, el riesgo de pérdidas debido a la necesidad de inversiones permanentes aumenta. Este efecto pernicioso para los miembros de la red se acentúa habida cuenta que éstos, por lo general, desconocen en que escalón de la cadena se encuentran.

Los consumidores y miembros de la red también pueden verse perjudicados por la escasa calidad de las prestaciones ofrecidas mediante estas técnicas de venta y por su encarecimiento, circunstancias que se dan sobre todo en aquellos sistemas multinivel en que las ganancias de sus miembros no derivan tanto de la venta de los productos o de las prestaciones de servicios como de la incorporación de nuevos acólitos —caso en los que la entrada, y a veces el mantenimiento, en la red se subordina al pago de un canon—.

Como conclusión, puede afirmarse que el éxito de estos sistemas se ha basado, muchas veces, en la explotación del ánimo de lucro y en el aprovechamiento de la "propensión al juego" —o mejor, de un atractivo aleatorio—, sobre todo de personas con escasos ingresos económicos e inexpertas en relación con la distribución comercial o las técnicas de marketing.

Estos efectos dañinos han creado una opinión pública de desconfianza hacia el marketing multinivel. Ahora bien, conviene advertir ya desde ahora que estos efectos no pueden generalizarse a todas las variantes del marketing multinivel. Precisamente, la distinción de los estudiosos del marketing entre la venta multinivel y la venta piramidal se basa en la consideración de la primera como legal y de la segunda como ilegal. De ahí, como veremos, el craso error de nuestro legislador al regular el marketing multinivel.

En este orden de cosas, según los estudiosos del marketing, la venta multinivel basa su estrategia en las bonificaciones por el volumen de ventas realizadas. En consecuencia, se ofrecen buenos productos y una buena relación calidad-precio, al tiempo que se extreman los esfuerzos en la formación de los consumidores que quieran formar parte de la red de ventas. Estos no tienen que desembolsar grandes cantidades al comenzar a

trabajar y gozan a su favor de un pacto de recompra de las mercancías que no hayan podido colocar en el mercado. Por contra, la venta piramidal o en cadena se basa en el reclutamiento de clientes, quedando la política de producto en un segundo plano; la mayor fuente de ingresos proviene del canon de entrada o de las cuotas periódicas pagadas por los clientes, y no hay pacto de recompra.

5.1.3. Régimen jurídico

Como consecuencia de sus efectos dañinos, tanto la doctrina jurídica como los estudiosos del marketing se han mostrado unánimes en la necesidad de prohibir aquellas ventas multinivel, como la piramidal, en que las ventajas obtenidas y las posibles ganancias se hacen depender, en exclusiva, del reclutamiento de nuevos acólitos.

Sobre los sistemas de distribución multinivel inciden tanto normas jurídico-privadas como jurídico-públicas. Entre las primeras, ha de mencionarse el Derecho civil de las obligaciones. El contrato realizado por un consumidor con un intermediario de una red multinivel puede considerarse nulo si atenta contra el orden público o el perjuicio creado excede de los límites de la buena fe que ha de respetar la autonomía de la voluntad; incluso puede nacer una obligación de indemnizar por *culpa in contrahendo*. En efecto, en la relación precontractual surge una relación de confianza entre las partes que obliga a ambas a dar las informaciones pertinentes según las circunstancias del caso, pero que recae fundamentalmente sobre aquella parte con mayor poder negocial. Pues bien, nada habría de impedir considerar que el fabricante o intermediario de una venta piramidal abusiva incurre en responsabilidad precontractual si durante la fase negocial no informa al consumidor, por ejemplo, del carácter abierto del sistema de distribución multinivel y de su posición en el mismo.

Pero el grueso del control jurídico-privado del marketing multinivel viene dado por el Derecho contra la competencia desleal. Sobre la venta multinivel y, en particular, la venta en pirámide no recae el enjuiciamiento de deslealtad como prima porque no se dan las condiciones del supuesto de hecho del artículo 8.2 de la Ley de Competencia Desleal "oferta de cualquier clase de ventaja... para el caso de que se contrate la prestación principal". Aparentemente podría pensarse que ello es así porque en este tipo de ventas se promete a los intermediarios una reducción del precio satisfecho por la mercancía originariamente adquirida, una comisión por los pedidos efectuados por los nuevos clientes o un regalo, que puede consistir incluso en la participación en sorteos y concursos. Sin embargo, el ofrecimiento de la ventaja a los intermediarios se hace depender del reclutamiento de nuevos clientes; la ventaja no es medio para la promoción de prestaciones.

Así las cosas, el control de deslealtad concurrencial de este tipo de ventas ha de hacerse como acto de engaño o de presión psicológica. En efecto, estos sistemas se presentan con elementos —afirmaciones sobre la calidad y precio favorable de las mercancías o sobre las posibilidades de éxito— que pueden llegar a obstaculizar la valoración de la oferta, de un lado, y de otro, la captación de la clientela se traslada a la esfera privada, forjando la cadena a partir de amigos, conocidos o familiares de los intermediarios.

Por último, una venta multinivel o en cadena también constituirá un ilícito de deslealtad concurrencial cuando infrinja la normativa de ordenación del comercio que más abajo se analiza (*cf.* art. 15.2 LCD).

Entre las normas jurídico-públicas, en países como Francia o Bélgica, desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial, ha jugado un papel determinante en la persecución de las ventas piramidales su consideración como estafa. En efecto, la venta en pirámide o en cadena puede provocar una disposición patrimonial mediante engaño (*cf.* art. 248 CP). Sin embargo, para perseguir eficazmente las ventas piramidales no se ha mostrado suficiente ni la protección penal ni el Derecho contra la competencia desleal. De un lado, a los organizadores de ventas multinivel les es fácil evitar la aplicación de los tipos de las normas penales introduciendo variantes que impiden afirmar su antijuricidad. De otro lado, constataciones empíricas muestran como la acción de cesación contra un acto de deslealtad concurrencial llega normalmente demasiado tarde para impedir los efectos perjudiciales en los destinatarios de la venta.

Así las cosas, la normativa administrativa acude a subsanar las insuficiencias que presentan otras ramas del ordenamiento. Un claro exponente de este fenómeno es la legislación actual de nuestro país, que fundamenta el control de licitud del marketing multinivel en normas de ordenación del comercio: Ley de Ordenación del Comercio Minorista, Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, y legislación autonómica de comercio interior, que contiene normas reguladoras tanto de la venta fuera del establecimiento comercial y a distancia, como, en particular, de las ventas en pirámide *ad. ex.* art. 33 TR (Cataluña); art. 30 LOAC (País Vasco); art. 43 LOAC (Canarias); o 27 LC (Extremadura)?

Asimismo, la ejecución del marketing multinivel puede controlarse mediante las disposiciones tanto estatales como autonómicas atinentes a las ventas fuera del establecimiento comercial y a distancia. Consideradas como ventas a domicilio o a distancia, la organización de un sistema de ventas en cadena necesita, en muchas ocasiones, de una autorización administrativa y el consumidor tendrá derecho a revocar o desistir —la terminología legal no es unitaria— del contrato realizado.

En relación con el derecho de revocación, resulta dudoso si el consumidor goza de dicho derecho cuando contrata con un intermediario independiente de la red cuya inclusión en el concepto de empresario no es una cuestión del todo diáfana. Por otra parte, también resulta dudoso calificar de consumidor al acólito que adquiere los productos para revender.

Nuestro legislador estatal prohíbe tanto la venta multinivel como la venta en cadena. Esta última se prohíbe de forma directa en el artículo 23 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, mientras que la prohibición de la venta multinivel se introduce de forma indirecta: en su definición se omite cualquier referencia a la existencia de distintos niveles en la red comercial y —lo que resulta más sorprendente— se prohíbe que entre el fabricante o el mayorista y el consumidor final intervenga más de un distribuidor (art. 22 LOCM). Atendiendo a la conceptualización y funcionalidad económica de la venta multinivel no existen dudas de que se ha seguido un erróneo enfoque político-legislativo; se ha cometido, sin duda, un gran disparate debido al apresuramiento de la redacción de la norma en el último momento en el Senado.

Por último, junto a la falta de adecuación a la realidad económica de la regulación de la venta multinivel, debe ya señalarse que desde un punto de vista jurídico-técnico la regulación alcanza cuotas inimaginables de deficiencia técnica. Resulta imposible determinar el alcance de la regulación mediante una interpretación correctora que permita encajar los distintos elementos conceptuales de la venta multinivel y, a partir de su definición, determinar las modalidades que quedan prohibidas y dotar de sentido a la prohibición de la venta en cadena. La definición legal de este tipo de ventas difícilmente soporta un análisis hermenéutico, por lo que, a mi modo de ver, la definición de la venta multinivel debe someterse a una interpretación muy restrictiva en aras a impedir, sobre todo, la extensión de su regulación, no sólo a las ventas multinivel que no perjudican al consumidor, sino a otros contratos de distribución lícitos.

5.1.4.La venta multinivel

El artículo 22 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, dedicado a la venta multinivel, la define a partir de la organización de intermediarios independientes y de un peculiar procedimiento de obtención de beneficios. En efecto, la venta multinivel se caracteriza por canalizar las ventas de productos y prestaciones de servicio del fabricante o comerciante mayorista al consumidor final a través de una red de intermediarios independientes.

La referencia expresa a fabricante o comerciante mayorista impide considerar en el extremo superior de esta técnica de marketing a los artesanos, agricultores y profesionales. La actividad de estos últimos, a pesar de poder calificarse de profesional en el sentido del artículo 1.2 de la Ley porque exige una organización y es habitual, no encaja con los conceptos socioeconómicos de fabricante o comerciante mayorista; estos conceptos adquieren especial relevancia por cuanto la Ley de Ordenación del Comercio Minorista no contiene una definición del fabricante ni, a diferencia de algunas leyes autonómicas, de comerciante mayorista.

El destinatario último de la venta multinivel es el consumidor final, quien adquiere los productos para uso o consumo propio o se beneficia de la prestación de servicio. Esta delimitación del concepto de consumidor relevante está en consonancia con la delimitación general del ámbito de aplicación de la Ley, que considera únicamente las ventas dirigidas a los destinatarios finales. Y ello aunque la conexión entre el fabricante o comerciante mayorista, organizadores de la venta multinivel, y el consumidor final se hace a través de "una red de comerciantes y/o agentes distribuidores independientes... coordinados dentro de una misma red comercial y cuyos beneficios económicos se obtienen mediante un único margen sobre el precio de venta al público, que se distribuye mediante la percepción de porcentajes variables sobre el total de la facturación generada por el conjunto de los consumidores y de los comerciantes y/o distribuidores independientes integrados en la red comercial, y proporcionalmente al volumen de negocio que cada componente haya creado".

La configuración legal de la red de ventas multinivel ha de interpretarse necesariamente en términos muy estrictos. La expresión "una red de comerciantes y/o agentes distribuidores independientes" no puede ser menos afortunada, sobre todo por falta de adecuación del sentido de los términos con aquel que se les otorga doctrinalmente o en otros cuerpos legales. Se impone una interpretación que se adecúe a la realidad

económica que el legislador pretende regular, de manera que esta expresión ha de entenderse como referente a los intermediarios que intervienen en una red multinivel. Baste para ello pensar en las consecuencias que tendría la prohibición del artículo 22.2 de la Ley si se hiciera una interpretación amplia: *ad ex.* impediría un sistema de distribución basado en agentes y subagentes que, por lo demás, viene admitido expresamente por el artículo 5 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia.

Así las cosas, el concepto de agente relevante para la Ley de Ordenación del Comercio Minorista no puede coincidir con aquel relevante para la Ley sobre el Contrato de Agencia. El agente intermediario de la venta multinivel, de un lado, puede contratar con el consumidor en nombre y por cuenta propia, y de otro lado, entre sus prestaciones típicas se halla la de formar a los nuevos acólitos que ha introducido en la red para que, a su vez, vendan los productos a otros consumidores. De este modo, sólo excepcionalmente el agente de la venta multinivel coincidirá con "la persona natural o jurídica... que se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente".

Pero tampoco son intermediarios relevantes para la norma los intermediarios vinculados mediante uno de los habituales contratos de distribución; tal sería el caso de los distribuidores en exclusiva, los distribuidores selectivos o los concesionarios. De ser así, carecerían de sentido las reglas contenidas en el precepto dirigidas a la protección de los consumidores: la obligación de los organizadores de la venta multinivel de garantizar la contratación laboral de los miembros de la red o la imposibilidad de imponer pedidos mínimos sin pacto de recompra.

Definida la venta multinivel (art. 22.1 LOCM), el legislador pasa a determinar los supuestos en que se halla prohibida. En esta tarea y como ya hemos señalado, nos sorprende la prohibición de la intervención de más de un distribuidor entre el fabricante y el consumidor final. Con esta norma, el legislador pretende evitar que la venta multinivel degenera en una venta piramidal, pero la interdicción se diseña en términos demasiados absolutos, de suerte que se prohíbe la propia venta multinivel al convertirla en "univel" y, en definitiva, se dejan sin sentido las prohibiciones recogidas en los párrafos y artículo siguientes.

En el apartado 3 del artículo 22 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista se prohíbe que el fabricante o mayorista y los intermediarios de la venta multinivel obtengan un beneficio que no provenga exclusivamente del volumen de ventas realizadas o de los servicios distribuidos, especialmente aquellas contraprestaciones económicas que deriven de la incorporación de nuevo acólitos (art. 22.3a LOCM). Como se observa esta prohibición se acerca a la contenida en el artículo 23 dedicado a la venta en pirámide.

Los distribuidores o intermediarios integrados en una red multinivel deben contar con la oportuna contratación laboral o cumplir con los requisitos exigidos legalmente para el desarrollo de una actividad comercial. En el primer caso, deberán estar dados de alta en la Seguridad Social, mientras en el segundo deberán cumplir los requisitos fiscales,

como el pago del IVA o el Impuesto de Actividades Económicas, al tiempo que otros deberes de los empresarios independientes, como la llevanza de contabilidad. El cumplimiento de este requisito supone una constricción de la libertad de empresa muy desproporcionada en determinados supuestos de ventas multinivel, como es el caso de las llamadas ventas en reunión.

Los acólitos de la red de ventas multinivel no pueden ser obligados a realizar una compra mínima de productos a no ser que se acuerde simultáneamente un pacto de recompra en las mismas condiciones (art. 22.3c LOCM). El legislador pretende, pues, evitar que los nuevos acólitos se vean compelidos a adquirir productos que luego no puedan vender debido a la saturación del mercado; pero esta finalidad hubiera podido conseguirse mediante otras formas contractuales, como el contrato estimatorio o el pacto de devolución de los productos que no se hubieran podido vender.

Por último, se prohíbe el pago de un canon de entrada a la red de distribución, a no ser que ésta sea remunerativa de los productos y material promocional, informativo o formativo; reglamentariamente se puede limitar la cuantía de esta cuota (art. 22.4 LOCM). Con esta última prohibición el legislador pretende, todavía, impedir que los organizadores escapen, mediante la exigencia de un canon de entrada, a la prohibición de hacer depender los beneficios de los intermediarios de la incorporación de nuevos acólitos.

5.1.5.La venta en pirámide

Conforme, en principio, con la consideración económica de la venta en pirámide como ilícita, la Ley de Ordenación del Comercio Minorista prohíbe de forma absoluta la venta en cadena o piramidal y cualquier otro procedimiento análogo "consistente en ofrecer productos o servicios al público a un precio inferior a su valor de mercado o de forma gratuita, a condición de que se consiga la adhesión de otras personas" (art. 23.1 LOCM). Vista la regulación de la venta multinivel, el precepto resulta reiterativo, como lo es también la prohibición de "proponer la obtención de adhesiones o inscripciones con la esperanza de obtener un beneficio económico relacionado con la progresión geométrica del número de personas recrutadas o inscritas" (art. 23.2 LOCM). Pese a la utilización de los términos "público" y "personas", resulta obvio que los nuevos clientes reclutados han de ser consumidores.

Por último, el párrafo tercero del artículo 23 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista sanciona con la nulidad plena las condiciones contractuales que contraríen las prohibiciones contenidas en los párrafos anteriores. Se trata de un caso de nulidad parcial que no afecta a todo el contrato sino a las condiciones contractuales que subordinen las ventajas económicas de los consumidores a la consecución de nuevos acólitos. Halla, pues, aquí aplicación el principio de conservación del negocio jurídico que puede llevar a su "conversión", en este caso en un sistema de ventas multinivel. Sin embargo, en numerosas ocasiones no se podrá deslindar las cláusulas que se refieren al propio sistema de distribución de las concretas transacciones, con lo que todo el contrato será nulo.

Pero este precepto resulta sorprendente desde la perspectiva de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas: de una parte, se califica

como norma de Derecho de la competencia una norma de contenido claramente civil, y de otra parte, se considera amparada en competencias exclusivas del Estado (*cfr.* Disposición Final Unica LOCM). Esta última calificación plantea problemas de determinación de la norma aplicable en las Comunidades Autónomas con competencias en materia de comercio interior, tanto hayan regulado las ventas en pirámide como no lo hayan hecho.

El supuesto del que ha de partirse es aquel en que una norma calificada de aplicación directa y prioritaria en todo el Estado establece unas consecuencias jurídicas en caso de contravención de otras normas que, sin embargo, son consideradas de aplicación supletoria. Nada ha de impedir la aplicación en su ámbito territorial de las normas autonómicas que regulan la venta en cadena. En general, las Comunidades Autónomas podrán ordenar los supuestos regulados por los preceptos de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, calificados de aplicación supletoria, a los que se remiten otros preceptos de la Ley que resultan de aplicación general y directa en ellas.

En definitiva, debe mantenerse la aplicación supletoria que, según la Disposición Final Unica, corresponde a los preceptos a los que se remiten otros de aplicación directa en todo el territorio del Estado. De esta suerte, podrían darse dos casos diferenciados: Comunidades Autónomas con normativa específica sobre el supuesto de hecho que regulan los preceptos a los que se remiten los de aplicación directa, y Comunidades Autónomas con competencia para regular estos supuestos de hecho pero que no los han reglamentado pese a haber ordenado otros similares. En el primer caso, habría que entender hecha la remisión a la normativa de dichas Comunidades Autónomas. En el segundo grupo de Comunidades Autónomas quedarían sin aplicación los preceptos mencionados amparados en competencias exclusivas del Estado; tal sería el caso de la Comunidad Valenciana donde la venta en pirámide no se regula en la Ley valenciana de Ordenación del Comercio y Superficie Comerciales pese a que sí se reglamentan, por ejemplo, las ventas fuera del establecimiento comercial (Título II Capítulo II) y las ventas promocionales (Título II Capítulo IV).

5.2. Saldos

5.2.1. Concepto de venta de saldos

Al igual que en la venta en rebajas, el concepto legal venta de saldos se compone de un aspecto positivo y uno negativo. Bajo el primer aspecto, "se considera venta de saldos la de productos cuyo valor de mercado aparezca manifestamente disminuido a causa del deterioro, desperfecto, desuso u obsolescencia de los mismos" (art. 28.1 LOCM). Bajo el segundo aspecto, no puede calificarse como tal venta "la de aquellos productos que no se venden realmente por precio inferior al habitual" (art. 28.2 LOCM) o "aquella en que los productos no pertenecieran al comerciante seis meses antes de la fecha de comienzo de este tipo de actividad comercial, excepción hecha de los establecimientos dedicados específicamente al referido sistema de venta" (art. 28.3 LOCM).

Esta definición de saldos será de aplicación, con algunas pequeñas diferencias, en la totalidad del Estado español. A pesar de que únicamente el artículo 28.1 se apoya en competencias exclusivas del Estado y, por consiguiente, el concepto de saldos sólo es de aplicación general estatal en su vertiente positiva, la regulación de la venta de saldos

en las Comunidades Autónomas con competencias en materia de comercio interior gira en torno a las mismas coordenadas. En efecto, también en la legislación autonómica la exigencia de que en este tipo de ventas se aplique un precio inferior al que en condiciones normales se haya podido practicar con anterioridad constituye elemento esencial de su concepto: ello se exige de forma explícita en la definición dada por la legislación valenciana, o en la aragonesa cuando se obliga a indicar junto al precio actualmente exigido el precio habitual del producto [*ad. ex.*: arts. 31 LOC (Comunidad Valenciana) y 47. 2 LOAC (Aragón)]; en las demás regulaciones la necesidad de vender los productos de saldo a un precio inferior al habitual debe entenderse implícita en la referencia a la pérdida de valor de los productos. Del mismo modo, en los casos de venta de saldos de productos que hayan perdido actualidad o utilidad, éstos deben formar parte de las existencias del vendedor durante un determinado período de tiempo [*ad. ex.* art. 40 TR (Cataluña), 32 a) LOC (C. Valenciana)].

5.2.2. Requisitos de la venta de saldos

Aparte de la definición de venta de saldos, la Ley de Ordenación del Comercio Minorista únicamente contiene tres normas dirigidas a evitar la inducción a error del consumidor. La primera de ellas prohíbe calificar como venta de saldos la de aquellos productos cuya venta bajo tal régimen implique riesgo o engaño para el comprador (art. 28.2 LOCM). Esta norma se configura, pues, como una cláusula general prohibitiva del engaño en este tipo de ventas, innecesaria desde el punto de vista material por cuanto nuestro derecho ya contiene una cláusula general con un ámbito de aplicación mucho más amplio en la Ley de Competencia Desleal, pero que no carece de relevancia por cuanto configura el supuesto como una infracción administrativa sobre la que recaerán las correspondientes sanciones. Las otras dos normas tienen también por finalidad impedir la inducción a error del consumidor, pero desde una posición preventiva más acorde con la naturaleza de la normativa de ordenación del mercado: de un lado, se exige que las ventas de saldos se anuncien con esta denominación o con la de «venta de restos» (art. 29.1 LOCM), y de otro, que en los supuestos de artículos deteriorados o defectuosos se haga constar esta circunstancia de manera precisa y ostensible (art. 29.2 LOCM).

La regulación de las ventas de saldos en la normativa autonómica exige el cumplimiento de otras condiciones o requisitos e impone otras obligaciones de información. No puede afirmarse, empero, que la regulación autonómica es más completa que la contenida en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, habida cuenta que en las Comunidades donde se aplique únicamente la legislación estatal, el vendedor que organice una venta de saldos deberá cumplir también los requisitos que con carácter general se exigen en la organización de toda actividad de promoción de ventas. La única diferencia relevante es el sometimiento por algunas normas autonómicas de la venta de saldos a una comunicación previa a la autoridad competente; esta comunicación, además, debe exhibirse en los establecimientos comerciales [*ad. ex.* arts. 32 c) y d) LOC (Comunidad Valenciana), 48.1 a) y c) LOAC (Aragón)].

5.3. Liquidaciones

5.3.1. Concepto y causas de la venta en liquidación

Las ventas en liquidación aparecen reguladas en los artículos 30 y 31 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista. De ellos el número 1 del artículo 30 y el número 2 del artículo 31 —el primero relativo al concepto y causas de liquidación y el segundo a las prohibiciones de ejercer el comercio o de practicar nuevas liquidaciones— se amparan en la competencia exclusiva del Estado para regular el «derecho mercantil de la competencia» (sic), por lo que son de aplicación general en todo el Estado, quedando desplazadas las normas autonómicas al respecto cuyo ámbito de aplicación material sea coincidente.

La Ley entiende por venta en liquidación "la venta de carácter excepcional y de finalidad extintiva de determinadas existencias de productos que, anunciada con esta denominación u otra equivalente", tiene lugar cuando concorra alguna de las circunstancias objetivas enumeradas en el mismo art. 30.1, en ejecución de una decisión judicial o administrativa o por el adquirente por cualquier título del negocio del comerciante.

La Ley no configura expresamente como elemento esencial del concepto de venta en liquidación la reducción del precio de los productos ofrecidos; el empresario, en principio, fijará el precio al nivel más alto que permita la demanda del producto, siempre que ello posibilite la venta de todas las mercancías en *stock*. No obstante, el requisito de que los productos sean vendidos a precio reducido está implícito en el concepto legal de liquidación: la necesidad de vender rápido los productos hará que normalmente éstos se ofrezcan a un precio particularmente favorable, y así lo esperarán los consumidores. A esta conclusión conduce también el encuadre sistemático de la venta en liquidación como actividad de promoción de ventas; ello exige el ofrecimiento a los consumidores de alguna ventaja adicional y ésta en la venta en liquidación no puede ser otra que una reducción de precios [*cf.* arts. 26.2 LAC (País Vasco) y 61.1 LOC (Andalucía)].

Como se ha dicho, es necesaria la concurrencia de determinadas circunstancias para organizar una venta en liquidación y, en consecuencia, poder anunciarla como tal. La concurrencia de estas causas será requisito necesario en todo el territorio estatal con independencia de las causas que exigía la legislación autonómica —hoy derogada en este punto— para la organización de una venta en liquidación. Ello no obstante, la Ley de Ordenación del Comercio Minorista no altera la orientación de la legislación autonómica habida cuenta que todas las circunstancias previstas por ésta son reconducibles a algunos de los supuestos de la primera.

A continuación se hacen algunas breves consideraciones en torno a las causas de liquidación fijadas en la Ley: cesación total o parcial de la actividad comercial, cambio de ramo de comercio o modificación sustancial en la orientación del negocio, cambio de local o realización de obras de importancia, supuestos de fuerza mayor, ejecución de una decisión judicial o administrativa, adquisición por cualquier título del negocio del comerciante.

La cesación de la actividad comercial se predica del conjunto de establecimientos del empresario; por cese de la actividad comercial no puede entenderse, pues, el cierre de uno de los puntos de venta de la empresa. No obstante, se admite la liquidación en ciertos supuestos de cese parcial, en particular cuando deja de venderse en todos los establecimientos del empresario una parte de los productos objeto de la actividad comercial habitual.

El cambio de ramo de comercio o la modificación sustancial en la orientación del negocio, así como el cambio de local o la realización de obras de importancia, como motivos que permiten vender en liquidación no se supedita, a diferencia de lo que ocurre en la normativa valenciana o canaria, a que provoque un cierre de local por determinado plazo de tiempo. Cabe cuestionarse, pues, si el cambio de actividad o la transformación del negocio o establecimiento comercial debe impedir la práctica normal de la actividad comercial. En mi opinión, dado que la necesidad de vender rápidamente las existencias o stocks está implícita en la definición de venta en liquidación, para que una de las circunstancias examinadas permita organizar una venta en liquidación deberá concurrir esta necesidad.

Este mismo problema se planteó en Bélgica en relación con el artículo 24.5 de la Ley sobre Prácticas de Comercio de 1971 que permitía la venta en liquidación en los supuestos de transformaciones o trabajos de un mes de duración en los locales donde habitualmente se realizaba la venta. Además del problema de apreciación de la duración de los trabajos, la doctrina se preguntaba igualmente si la liquidación sólo se justifica cuando los trabajos obstaculicen la actividad normal del comerciante. Se atendió a la finalidad de la liquidación de vender rápidamente las existencias o una clase de productos, para impedir los abusos consistentes en la reiteración de la organización de liquidaciones. En la nueva Ley sobre Prácticas de Comercio de 1991, para evitar estos abusos, el artículo 46.5 aumenta la duración que deben tener las obras, y además de otros requisitos, señala claramente que éstas deben imposibilitar la venta.

También se permite organizar una venta en liquidación en los supuestos de fuerza mayor que impida gravemente desarrollar con normalidad la actividad comercial. El concepto de fuerza mayor en la materia que nos ocupa no debe equipararse al manejado en otras ramas del derecho. Aquí el elemento esencial es la obstaculización grave de la actividad comercial, de manera que podría considerarse como supuesto de fuerza mayor las obras realizadas en la vía pública cuando alcancen una importancia y una duración suficiente para obstaculizar de forma sensible el ejercicio de la actividad comercial, o una huelga del personal en ciertas ocasiones. A esta causa de liquidación pueden reconducirse los supuestos de siniestro, a los que la normativa autonómica hacía referencia como motivo específico de liquidación.

En los supuestos de fuerza mayor en los que resulten dañadas una parte importante de las existencias, pero no la totalidad de los artículos, cabe preguntarse si sólo podrán venderse en liquidación los productos dañados o, por el contrario, podrán ofrecerse a la venta todas las existencias del establecimiento; la solución más correcta quizás sea permitir que se realice la liquidación de todos los productos del mismo tipo aunque no todos hayan resultado dañados, pero no aquellas clases que no hayan resultado en absoluto deterioradas.

En cuanto a la venta en liquidación con motivo de la ejecución de una resolución judicial o administrativa, conviene señalar que no es necesario que este tipo de decisiones exijan directamente la venta en liquidación, pero necesariamente la deben implicar. Incluso podría llevarse a cabo una liquidación parcial, determinando los productos objeto de la misma a partir de lo que se desprenda de la decisión.

Una venta en liquidación puede organizarse debido a la adquisición por cualquier título del negocio del comerciante. Se incluyen en esta causa de liquidación todos los supuestos de transmisión *mortis causa* o *inter vivos* del negocio. Los herederos pueden preferir no seguir realizando la actividad comercial del difunto, y tanto éstos como otros adquirentes, pueden desear practicar transformaciones o modernizar los locales, renovar las mercancías o, simplemente, cambiar de abastecedor. Estas mismas razones justifican la permisión al transmitente *inter vivos* de organizar una venta en liquidación. Ahora bien, parece que el legislador estatal al igual que el autonómico ha objetivizado esta circunstancia, permitiendo la venta en liquidación simplemente con la verificación de la transmisión, sin que sea necesario que exista alguna razón que aconseje la venta de las existencias; de todos modos, no puede olvidarse que la venta debe tener finalidad extintiva.

5.3.2.Requisitos de la venta en liquidación

Constatado uno de los motivos que permite la venta en liquidación, su organización no es libre sino que se supedita al cumplimiento de determinados requisitos, entre los cuales se incluyen aquellos exigidos a toda «actividad de promoción de venta». Estos requisitos son de carácter material, renunciando el legislador estatal a hacer un control formal de las ventas en liquidación. En este sentido la Ley no exige, como condición previa, la comunicación a la autoridad competente de la organización de una venta en liquidación. A nuestro modo de ver, ello no significa que no se haya querido someter este tipo de ventas a autorización previa, sino que se deja libertad al legislador autonómico para que establezca este requisito como se constata en la normativa de las Comunidades Autónomas con competencias en la materia.

Entre los requisitos de carácter material destacan aquellos referentes a los productos que pueden ser objeto de liquidación. Con ellos se pretende impedir que el empresario pueda reaprovisionarse en espera del aumento de ventas que puede suponer la organización de una liquidación. En tal sentido se exige que los productos ofrecidos en una venta en liquidación formen parte de las existencias del establecimiento y se prohíbe la venta de aquellos artículos que fueron adquiridos con la finalidad de incluirlos en la liquidación (art. 30.2 LOCM). En la legislación autonómica también encontramos normas que exigen que los productos formen parte de las existencias del establecimiento [*ad ex.* art. 29 d) LOC (Comunidad Valenciana), 19.2 LOCI (Galicia), 26.2 LAC (País Vasco) y 60.3 LOC (Andalucía)].

También existe una preocupación del legislador por vincular la organización de una venta en liquidación a la concurrencia de un determinado motivo y a la extinción de las mercancías, de manera que la venta deberá cesar si desaparece la causa que la motivó o si se liquidan los productos objeto de la misma (art. 30. 3 LOCM). En esta línea, los anuncios de venta en liquidación deben indicar las causas que han motivado este tipo de venta ?art. 30.4 LOCM; en el mismo sentido, entre la normativa autonomía, *ad ex.* arts.

19.4 LOCI (Galicia) y 61.2 LOC (Andalucía)]. La amplitud del término anuncio permite entender esta exigencia como relativa a toda publicidad y no sólo a la publicidad en el punto de venta. Estas obligaciones de información que afectan a la publicidad pueden reputarse excesivas porque exceden sobremanera de lo necesario para impedir la inducción a error del consumidor y aumentan en demasía el coste de la publicidad para los vendedores. En efecto, el conocimiento de las causas que han llevado al oferente a organizar una liquidación no son relevantes para la decisión de compra de los consumidores que, por ejemplo, conocen la duración de la liquidación y el posible perjuicio que sufren los productos ofrecidos.

Finalmente se establecen ciertas limitaciones temporales, unas restringen el período de duración de la oferta —tres meses o un año en el caso de cesación total de la actividad— (art. 31.1 LOCM), otras obligan a dejar transcurrir un determinado plazo cuando ya se ha realizado anteriormente una liquidación (art. 31.2, párrafo 2 LOCM), e incluso otras prohíben el ejercicio del comercio en la misma localidad sobre productos similares a los que han sido objeto de liquidación por distintos motivos (art. 30. 2, párrafo 1 LOCM). Una vez más, estas constricciones resultan criticables por cuanto exceden de lo necesario para alcanzar la finalidad perseguida de evitar reiteraciones abusivas en la organización de ventas en liquidación. Para ello bastaría con un adecuado control de estos supuestos como actos de engaño, ciertamente posibilitado en las Comunidades Autónomas con legislación en la materia por la obligación de solicitar autorización administrativa: la norma impide con carácter general lo que debe impedir la Administración o los órganos jurisdiccionales con carácter particular, introduciendo aún más gravosas cortapisas a la acción de los distribuidores.

Las leyes autonómicas además de requisitos materiales para la organización de una venta en liquidación —alguno de los cuales, como se ha visto, coinciden con los exigidos por la normativa estatal—, supeditan su práctica, como condición previa, a una comunicación a la autoridad competente.

Con carácter general, se exige una intervención administrativa previa encaminada a controlar que efectivamente concurre alguno de los motivos que permiten la organización de una liquidación. Tal intervención toma en algunos casos el cariz de una autorización administrativa. Así ocurre cuando se establece que la comunicación se realice con un mes de antelación a la organización de la liquidación y se otorga al órgano administrativo competente —en un plazo de tiempo que varía desde los quince días de la legislación valenciana hasta el mes de la catalana— la posibilidad de oponerse a su realización cuando no se reúnan los requisitos exigidos [*ad. ex.* arts. 29 a) LOC (C. Valenciana), 37 TR (Cataluña) y art. 45 LOAC (Aragón)]. En otras leyes autonómicas la comunicación exigida no puede equipararse a una autorización, pues no se faculta a los órganos administrativos competentes para oponerse a la realización de la venta en liquidación [*ad. ex.* art. 19.4 LOCI (Galicia), 26.4 LAC (País Vasco), 38 LOAC (Canarias) y 60.4 LOC (Andalucía)]. Asimismo, la mayoría de las leyes autonómicas examinadas exigen que se exhiba una copia de la comunicación en un lugar visible del establecimiento [*ad. ex.* art. 29 c) LOC (C. Valenciana), art. 38.2 TR (Cataluña)].

Entre los requisitos de orden material a los que se somete la venta en liquidación, merece ser destacado aquel que trata de impedir que se induzca al comprador a creer que

la venta en liquidación se hace a precios reducidos cuando tal reducción no sea cierta en relación con los precios habitualmente practicados antes de la liquidación ¿ad. ex. art. 29 c) LOC (C. Valenciana)? Más que un deber positivo de información se pretende imponer un deber negativo: no incluir indicaciones que induzcan al consumidor a creer erróneamente que se realiza una oferta a precio reducido. Por tanto, parece partirse de la premisa, en principio inadmisibles, de que la venta en liquidación no comporta en la representación del público de los consumidores una reducción de precios. En contra de la aceptación de esta premisa no debe olvidarse, como ya se ha dicho, que el concepto de venta en liquidación lleva implícita la práctica de una reducción de precios. Por tanto, no queda otro remedio que entender este requisito como una prohibición de incluir menciones en la oferta que lleven al consumidor a creer erróneamente en una reducción de precios más amplia que la practicada.

Otro grupo de normas imponen condiciones sobre la publicidad de la liquidación que tienden a impedir la atracción del consumidor al establecimiento en un momento anterior al inicio de la liquidación. Así, en la Comunidad Valenciana y en Cataluña se prohíbe su realización antes de los ocho días precedentes al inicio de la liquidación [art. 29 b) LOC (C. Valenciana) y 38.1 TR (Cataluña)]. La normativa catalana también impide efectuar publicidad hasta transcurrido el plazo de un mes desde la comunicación previa que debe hacerse a la autoridad pública competente. Por su parte, el art. 29 b) LOC (C. Valenciana) prohíbe la realización de publicidad "antes del transcurso de quince días desde la presentación de la anterior comunicación". Esta prohibición no se entiende en cuanto la comunicación debe presentarse con un mes de antelación y se prohíbe la publicidad antes de transcurridos ocho días desde el inicio de la liquidación.

Una restricción de la publicidad de estas características y alcance no parece aceptable atendiendo a la finalidad perseguida; como se ha dicho reiteradamente, el mismo objetivo puede alcanzarse mediante la prohibición de los supuestos de engaño. También con la finalidad de evitar la inducción a error al consumidor, el art. 61.2 LOC (Andalucía) obliga a separar en el establecimiento los productos en liquidación de los que no lo están.

Finalmente, si las normas autonómicas que obligan a dejar transcurrir un determinado plazo cuando ya se ha realizado anteriormente una liquidación deben entenderse inconstitucionales dado el amparo en competencias exclusivas de la legislación estatal, continúan siendo aplicables aquellas que establecen también limitaciones temporales consistentes en la restricción del período de duración de la oferta. En esta línea, existen disposiciones en la Comunidad Valenciana y en Galicia que limitan los períodos de oferta de productos en liquidación a seis meses, si bien la normativa valenciana permite períodos de mayor duración cuando así lo autorice previamente la Conselleria de Industria, Comercio y Turismo [art. 29 f) LOC (C. Valenciana) y art. 19.4 LOCI (Galicia)].

5.4. Envíos no solicitados de mercancías y de comunicaciones comerciales por medios electrónicos

5.4.1. Envíos no solicitados de mercancías

El envío no solicitado de mercancías es aquella técnica de marketing mediante la cual un sujeto remite a otro un determinado producto. Este instrumento de ventas, aunque como en el caso del *sweepstake* puede utilizarse como instrumento de atracción para formalizar otros tipos de contratos, adopta formas muy distintas que van desde el envío no solicitado de mercancías con el apercibimiento de que, a no ser que haya una notificación en sentido contrario, se procederá al cobro hasta el envío gratuito.

Junto con el *sweepstake*, el envío no solicitado de mercancías constituye uno de los problemas más graves que plantea la venta por correspondencia y, recientemente, la contratación electrónica. En efecto, el envío no solicitado puede tener importantes efectos distorsionadores sobre el mercado, toda vez que éste podría llegar a saturarse si se hace una utilización masiva de esta técnica, que afecte a los intereses de los competidores, y puede alterar el proceso lógico de toma de decisiones del consumidor al sentirse éste obligado, en los casos en que por olvido o descuido no devuelva la mercancía, a satisfacer el precio de la misma o los intereses económicos de los consumidores al considerar éstos erróneamente que deben correr con los gastos de devolución de las mercancías. Desde un punto de vista dogmático se ha discutido, en fin, la licitud concurrencial del envío a partir de su consideración como conducta que viola el principio de libertad contractual.

La inclusión en nuestra normativa de comercio interior de reglas específicas dirigidas a poner coto a los envíos no solicitados se hace primero de la mano del legislador autonómico (vid. arts. 22.5 LAC (P. Vasco) y 23.4 LOC (C. Valenciana)) y después del estatal mediante su tipificación como ilícito de ordenación de comercio y, consiguientemente, en virtud del artículo 15.2 LCD, como ilícito de deslealtad concurrencial. Recientemente, debido a la irrupción del comercio electrónico, se prohíbe el *spamming*, esto es, toda comunicación comercial no solicitada realizada por vía electrónica; prohibición que será abordada bajo el siguiente epígrafe.

Centrando la atención en el ámbito estatal, todo comerciante tiene prohibido enviar al consumidor o usuario artículos o mercancías no pedidas, exceptuándose el envío de muestras comerciales (art. 42.1 LOCM). Ha de entenderse por envío no solicitado todo aquel que no se apoye en una manifestación expresa de voluntad del destinatario. En este sentido, el legislador ha establecido que “en ningún caso la falta de respuesta a la oferta de venta a distancia podrá considerarse como aceptación de aquélla” (art. 41.1 LOCM), dejando bien claro que se aplicarán las sanciones previstas para la infracción de la prohibición de envíos no solicitados siempre que “el vendedor, sin aceptación explícita del destinatario de la oferta, enviase a éste el producto ofertado”. Así por ejemplo, no se considerará aceptación expresa el mero envío de un cupón o boletín de “respuesta comercial” siempre que quepa razonablemente pensar que el consumidor únicamente pretendía participar en el sorteo o concurso ofrecido por el vendedor, sin que pueda concluirse ineludiblemente que, al tiempo, el consumidor quería adquirir el producto. En cambio, como introducían en su Borrador de Anteproyecto de Ley de Ventas por correo, los profesores R. BERCOVITZ y A. CARRASCO, no deben considerarse

envíos no solicitados la renovación de suscripciones, habida cuenta que la existencia de una previa aceptación de la venta (suscripción) hace que resulte desproporcionado considerar la renovación automática como un envío no solicitado. Se persigue, pues, tipificar nítidamente los envíos no solicitados, correspondiendo al vendedor la prueba de la aceptación expresa, lo que resultaría hartamente complicado en los casos en que la aceptación se haya expresado por teléfono.

Por su parte, la única excepción que se admite a la prohibición de envíos no solicitados es la entrega de muestras comerciales. Como toda excepción, la consideración de un envío como muestra comercial sólo admite una aproximación restrictiva, debiendo quedar claro el carácter totalmente gratuito de la mercancía enviada como muestra.

Con independencia de las sanciones administrativas que recaigan sobre el infractor de la prohibición de envíos no solicitados –recuérdese que las Comunidades Autónomas también detentan potestad sancionadora en la materia- y de su consideración como ilícito de deslealtad concurrencial, la normativa estatal de ordenación del comercio hace una incursión en el Derecho privado de las obligaciones y exime al destinatario de la obligación restitutoria que se derivaría del régimen general del Código Civil al señalar que “el receptor de tales artículos no estará obligado a su devolución, ni podrá reclamársele el precio” (art. 42.1 LOCM). La norma de ordenación de comercio configura un supuesto de adquisición *ex lege* del producto, esto es, admite una nueva forma de adquisición de bienes muebles al margen de una relación contractual excluyendo la alegación por el comerciante de una *condictio indebiti*, toda vez que el envío no solicitado se considera causa que justifica la atribución o el desplazamiento patrimonial.

Cuestión distinta es si el consumidor que paga un bien que recibió sin haberlo solicitado puede conservar dicho bien y exigir la restitución del precio pagado. La respuesta a esta cuestión ha de venir de la mano de las reglas generales en virtud de las cuales el consumidor habría hecho un pago al no estar obligado civilmente a ello, lo que permitiría afirmar la existencia de error en el pago (*vid.* art. 1901 CC) y, por tanto, el destinatario del envío podría pedir la restitución de lo pagado. Ahora bien, el comerciante podría probar que el consumidor pagó pese al conocimiento de no estar obligado a ello; en este caso, no habría error en el pago y se consideraría como justa causa para el mismo el cumplimiento de una obligación natural, resultando el pago irrepetible.

En el supuesto de que el consumidor devuelva voluntariamente el producto recibido sin previa solicitud, el artículo 42 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista señala que “no deberá indemnizar al comerciante por los daños o deméritos sufridos por el producto”; esta regla no era necesaria pues ya se desprende de la inexistencia de una obligación de devolución.

La norma que prohíbe los envíos no solicitados de mercancías termina con la declaración de que no se aplican los efectos de la infracción de la prohibición en los supuestos en que el envío se deba a un error, por tener como finalidad responder a una demanda que, en realidad, no se había producido; en este caso, señala el párrafo segundo del mencionado artículo 42 que “el receptor deberá guardarlo a disposición del vendedor durante un mes desde que comunique la recepción errónea del objeto,

teniendo derecho a retenerlo hasta ser indemnizado con una cantidad igual al 10 por 100 de su valor en venta o hacerlo suyo definitivamente, si esta indemnización no le fuera satisfecha en el plazo antes indicado”.

Por último, el enjuiciamiento de deslealtad –dejando aparte el supuesto de deslealtad por violación de normativa administrativa- del envío no solicitado de mercancías ha de tener en cuenta los efectos que éste causa a los consumidores y a los competidores. En la mayoría de los supuestos, el criterio de deslealtad atenderá a la presión anormal que sobre la voluntad del destinatario ejerce el envío, pero no puede descartarse aquel enjuiciamiento que tiene en cuenta los efectos predatorios que, frente a los competidores, puede causar directamente el envío.

Frente a los consumidores, la presión psicológica de la que se habla no es tanto la que resulta del objeto recibido o de su calidad, sino la que deriva de la supresión voluntaria de la libertad de contratar: el consumidor se encuentra ante una mercancía que adquirirá por creer que tiene la obligación de hacerlo así, para evitarse molestias por su devolución o por sentirse moralmente incapaz de negarse a pagar la cantidad solicitada cuando el envío tiene una finalidad filantrópica.

5.4.2. Envío no solicitado de comunicaciones comerciales por vía electrónica

Una de las prácticas comerciales más utilizadas en Internet es la conocida como *spamming*, consistente en el envío masivo y no solicitado de mensajes publicitarios por correo electrónico. Como fácilmente se advierte, esta técnica de promoción de ventas tiene la ventaja de la rapidez y de sus bajos costes, permitiendo una planificación de las campañas publicitarias al poder incluir en las listas de destinatarios únicamente a los clientes potenciales, esto es, a aquellos que podrían tener algún interés en la adquisición de los productos o servicios promocionados. Ahora bien, esta técnica tiene no sólo los inconvenientes que se achacan a la tradicional venta por correspondencia, sino que puede producir una saturación de la capacidad del buzón electrónico de los destinatarios con la consiguiente imposibilidad de recibir temporalmente posteriores mensajes electrónicos y el aumento de las dificultades para la descarga de nuevos mensajes y para la búsqueda de los ya recibidos.

Las molestias e inconvenientes mencionados justificarían por sí solos la consideración del envío de mensajes electrónicos con finalidad promocional como un ilícito publicitario o de deslealtad concurrencial. En este sentido, no puede olvidarse que el artículo 3 a) de la Ley General de Publicidad considera ilícita la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o que vulnere los valores y derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Bajo esta perspectiva, ha de afirmarse sin tapujos la ilicitud de una actividad publicitaria que, al infringir los derechos de los destinatarios respecto de sus datos de carácter personal, supone también una vulneración del derecho a la intimidad personal de aquéllos.

No obstante la posibilidad de poner coto al *spamming* a partir de la normativa contra la competencia desleal, el legislador europeo y acto seguido el estatal han dictado normas dirigidas en particular a regular esta práctica. La Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos

de los servicios de la sociedad de la información, en particular del comercio electrónico en el mercado interior (en adelante, Directiva sobre el comercio electrónico, de forma abreviada DCE) se limita a exigir a los Estados Miembros que permitan las comunicaciones comerciales que su legislación contenga una obligación de identificar de forma clara e inequívoca el carácter publicitario del mensaje junto con otra obligación de prever listas de exclusión voluntaria (*opt-out*) en las que podrán inscribirse las personas que no deseen recibir dichas comunicaciones comerciales y que deberán ser consultadas y respetadas por los prestadores del servicio (art. 7 DCE). No cabe duda, pues, de que el legislador comunitario ha dejado en manos de los Estados Miembros la decisión de prohibir el *spamming*, lo que ha hecho el legislador español.

En efecto, el legislador estatal, en la recientemente promulgada Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico prohíbe el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas (art. 21 LCE), proclama el derecho de los destinatarios a revocar el consentimiento prestado y obliga, para facilitar el ejercicio de dicho derecho, a los prestadores de servicios a habilitar procedimientos sencillos y gratuitos sobre los que se informará electrónicamente (art. 22.2 LCE). La autorización ha de ser expresa, de manera que la facilitación por los destinatarios de servicios de su dirección de correo electrónico durante un proceso de contratación o de suscripción a algún servicio no puede equipararse al consentimiento para recibir comunicaciones comerciales; para realizar esta equiparación el prestador de servicios tendrá que haber comunicado su intención antes de finalizar el procedimiento de contratación (art. 22.1 LCE).

Dicho lo anterior, en relación con todas las comunicaciones comerciales se reiteran las obligaciones impuestas por el legislador comunitario de identificar claramente las mismas –el art. 20.1 obliga a incluir al comienzo del mensaje la palabra “publicidad”- y de consultar y respetar las listas de exclusión voluntaria (*opt-out*) –explícitamente se hace mención a la obligación de cumplir la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y su normativa de desarrollo (art. 19.2 LCE)-. Por último, aunque no hubiera sido necesario, se recuerda que toda comunicación comercial y oferta promocional se somete a la normativa en materia comercial y de publicidad (art. 19.1 LCE) o, en términos más adecuados, a la normativa de ordenación de comercio o contra la competencia desleal.

5.5. Sweepstake

La técnica del *sweepstake* es una modalidad de venta o práctica comercial que se desarrolla de la siguiente manera: previamente, y sin que de ello tengan conocimiento los agraciados, el oferente sortea un número elevado de premios entre las personas que, por diferentes motivos, considera especialmente interesadas en adquirir sus productos o servicios; a continuación, el oferente comunica a los “agraciados”, con una carta acompañada de catálogos y boletines de pedidos, que el número que se les ha asignado ha resultado premiado en un sorteo, así como una lista de los premios sorteados, pero no se especifica, por ejemplo, cual es el premio que les ha correspondiendo, a pesar de que la comunicación y la lista de los premios están redactadas de manera que provocan la creencia de que el premio obtenido es de gran valor; para conocer el premio obtenido

se insta a los agraciados a dirigirse al oferente y se les invita, de manera más o menos directa, a aprovechar la ocasión para hacer el encargo de la mercancía, objeto o servicios ofrecidos.

Esta práctica, ampliamente utilizada en la venta por correspondencia como señuelo para captar la atención de los potenciales clientes, puede inducir a error o constituir un medio de presión de los consumidores al explotar su afán de lucro. Por ello, fue pronto objeto de regulación por el legislador autonómico, siendo pionero el legislador catalán que introdujo una prohibición de esta técnica de venta con el objetivo de que en el ámbito territorial de Cataluña se tomara conciencia por parte de los consumidores y de las empresas de venta por correo de los efectos nocivos de esta técnica. En efecto, el artículo 35 del Decreto Legislativo 1/1993 de la Generalidad de Cataluña, por el que se aprueba el Texto Refundido sobre Comercio Interior, prohíbe condicionar, directa o indirectamente, la entrega efectiva de un premio obtenido en un sorteo o de un obsequio a la compra de productos o servicios, participen en ellos voluntaria o involuntariamente. Sin embargo, el precepto tiene unas consecuencias que, quizás, no eran del todo deseadas: de un lado, se prohíben sorteos que, en principio, no causan perjuicio a los consumidores, como aquellos casos en los que no se induce a error al consumidor o en los que, aunque se condicione su participación en el sorteo a la adquisición de la prestación promocionada o principal, los premios son de escaso valor y, por tanto, carecen de eficacia para inducir al consumidor a su contratación; de otro lado, se escapan de la prohibición todos aquellos supuestos de *sweepstake* en los que no se subordina la entrega del premio al envío de la hoja de pedido, pero en los que el consumidor se siente obligado a ello, así como aquellos supuestos en que se comunica al consumidor que puede haber ganado un premio de forma que llega a creer que efectivamente lo ha ganado (pese a la existencia de estos inconvenientes, el precepto no ha dejado de aplicarse, *vid.* SSTSJ *Cataluña* 15-II-1999 y 26-III-1999).

Más adecuada es la aproximación seguida por el legislador estatal en el artículo 32.2 LOCM) que, a modo de prevención, para disminuir el riesgo de deslealtad, establece que la comunicación del resultado de un sorteo deberá advertir en todo caso que su entrega no está condicionada a la adquisición de ningún producto o servicio. Ciertamente, ésta es una norma más ajustada a los conflictos y problemas que se plantean en los obsequios publicitarios (que se caracterizan como técnica de promoción de ventas por el hecho de que la adquisición del regalo no depende de la compra del producto promocionado) que en la venta con prima. Sin entrar a considerar los problemas relativos a la invasión de la esfera privada que comporta, esta clase de obsequio publicitario es especialmente propicia para poner al consumidor en el compromiso de contratar la prestación promocionada (art. 8.1 LCD) y, por ello, para sucumbir al reproche de deslealtad, sin perjuicio de que igualmente admita alguna configuración que permita descartar aquel efecto lesivo de la libertad de decisión de los consumidores que determina su ilicitud concurrencial. En esta línea se sitúa (o, por mejor decir, debería haberse situado) la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, obligando a que la comunicación efectuada al consumidor agraciado proporcione la información necesaria para evitar, en principio y sin perjuicio de que sea necesario atender a las particulares circunstancias y condiciones de cada caso, la presión de compra (*vid.* en este sentido RJAAP 17-VI-1999 “Forest Marketing Group”).

6. LAS PRINCIPALES REGLAS DE NATURALEZA CONTRACTUAL SOBRE PRÁCTICAS COMERCIALES

Bibliografía: AA.VV., *Nueva ordenación del comercio minorista en España*, Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1996; F. J. ALONSO, J. A. LÓPEZ PELLICER, J. MASSAGUER, A. REVERTE (coord.), *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista. Comentarios a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista*, McGrawwHill, Madrid, 1999; BADENAS, «La forma y la perfección de los contratos de venta celebrados fuera de los establecimientos mercantiles», *La Ley*, 1994-4, p. 1136 ss.; R. BERCOVITZ y A. BERCOVITZ, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 22 ss.; R. BERCOVITZ y J. SALAS, «Borrador de Anteproyecto de Ley de ventas por correo», *Estudios sobre Consumo*, núm. 21, 1991, p. 41 ss.; R. BERCOVITZ y J. SALAS, *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Civitas, Madrid, 1992; A. FERNÁNDEZ-ALBOR, «El derecho de revocación del consumidor en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: algunos problemas derivados de la Ley 26/1991», *RDM*, abril-junio, 1993, p. 589 ss.; M. C. FERNÁNDEZ DE VERA, «Directiva 1999/44/CEE, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y garantías de los bienes de consumo y su transposición al Derecho español», *Estudios sobre Consumo*, núm. 60, 2002, p. 123 ss.; M. P. GARCÍA RUBIO, «La forma en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Una aproximación al formalismo como característica del Derecho del Consumo», *AC*, 1994-2, p. 277 ss.; E. GÓMEZ LACALLE, *Los deberes precontractuales de información*, Madrid, 1994; J. J. MARÍN, «Prácticas comerciales y protección de los consumidores», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 5, 1995, p. 85 ss.; C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «Sobre la regulación legal de la financiación al consumidor: de la Ley de Ventas a Plazos a la Ley de Crédito al Consumo», *AC*, núm. 36, 1996, p. 795 ss.; F. PALAU, *Vendes agressives*, Institut CATALA del Consum, Barcelona, 1993; J. L. PIÑAR y E. BELTRÁN (dir.), *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, Civitas, Madrid, 1997; J. TORNOS, J. J. MARÍN, L. CASES, E. ARIMANY, C. MANUBENS, *Ordenación del comercio minorista. Comentarios a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha 15 de enero*, Praxis, Barcelona, 1996; M. TRONCOSO, «Notas críticas a la Proposición de Ley de Comercio Interior del Grupo Parlamentario Catalán», *La Ley*, 1994-4, p. 968 ss.; J. FRAMIÑÁN, «Medios de pago on line a través de Internet», en J. A. GÓMEZ SEGADÉ (dir.), *Comercio electrónico en Internet*, M. Pons, Madrid, 2001, p. 373 ss.

6.1. Derecho de desistimiento

Distintas normas otorgan a los consumidores la facultad de desistir del contrato que hubieren formalizado con los comerciantes con fundamento en razones que van desde la imposibilidad de comprobar las propiedades y características de los productos y servicios -como ocurre, por ejemplo, con la venta a distancia- a la inexistencia de un período suficiente de reflexión para tomar decisiones de mercado -como podría ocurrir en la venta a domicilio-. Entre estas normas, y ciñéndonos a la legislación estatal, pueden citarse los arts. 44 y 45 de la LOCM que establecen el régimen del derecho de desistimiento en las ventas a distancia; los arts. 5 y 6 de la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre Contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (se abreviará LVFE); el art. 9.4 de la Ley 21/1995, de 6 de julio, de viajes combinados, aunque se refiera a contratos distintos de la venta de productos; el art. 4 del Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales contiene las reglas por las que se rige el derecho de resolución concedido al adherente; art. 9 de la Ley 28/1998, de 13 de julio,

de venta a plazos de bienes muebles o art. 10 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias

Pues bien, sin perjuicio de las normas específicas mencionadas que reconocen un derecho de desistimiento al consumidor y cuyo análisis pormenorizado excede de los objetivos del presente estudio, el artículo 10 y 11 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista contiene unas reglas generales sobre este derecho de desistimiento que pueden perfectamente coexistir con las reglas específicas aunque ello conlleve la merma de su utilidad práctica.

El artículo 10.1 LOCM establece para los casos en que el ejercicio de la facultad de desistimiento se ejercite mediante la devolución del producto que no existe una obligación por parte del consumidor de indemnizar la posible pérdida de valor comercial del producto durante el plazo para desistir por la utilización pactada o la que corresponda a su naturaleza. Lo primero que hay que advertir en relación con esta norma es que no se precisa la devolución del producto de forma previa o simultánea el ejercicio del desistimiento: como se reconoce expresamente en la legislación sobre ventas fuera del establecimiento, la devolución puede ser posterior al ejercicio del derecho e incluso puede desistirse del contrato cuando la devolución deviene imposible por pérdida o destrucción de la cosa (*vid.* arts. 5 y 7 LVFE). Ello no obstante, tampoco conviene dejar de tener en cuenta que la devolución es una forma de desistir y además muy habitual, llegando a ser el modo de ejercicio del desistimiento en los casos en que este se pacta en el marco de una oferta o promoción de los comerciantes. En segundo lugar, toda vez que la concesión de un derecho de desistimiento lleva implícita la asunción de una pérdida del valor del producto por su uso conforme a lo pactado, esta totalmente justificado que el precepto impida a los comerciantes exigir a los consumidores una indemnización por dicha disminución de valor; cualquier ulterior indemnización se regirá por las reglas generales. Por lo demás, y de conformidad con la inexistencia de la obligación del consumidor de indemnizar al comerciante por el deterioro derivado del uso normal de la cosa, se prohíbe al vendedor exigir cualquier tipo de garantía sobre su eventual resarcimiento en caso de devolución del producto.

Con carácter general, para el caso en que legal o convencionalmente no se haya señalado otro plazo, se fija un plazo de siete días para desistir del contrato (art. 10.2 LOCM). La fijación de este plazo, tiene un carácter eminentemente supletorio por lo que, ante la ausencia de alguna norma que fija un plazo con carácter mínimo, como ocurre en relación con las ventas a distancia (art. 44 LOCM) o con las ventas fuera de establecimiento mercantil (art. 5 LVFE), las partes pueden acordar un plazo inferior a siete días con tal de que no se trate de un plazo tan breve que imposibilite el ejercicio del derecho del desistimiento.

La fijación del plazo se hace de forma tan concisa que no se dice nada acerca del *dies a quo* para su cómputo. Pese al silencio legal, por la propia naturaleza de las cosas, debe considerarse como momento de inicio del cómputo el de la entrega de los productos toda vez que, cualquiera que sea la razón para la concesión del derecho de desistimiento, siempre está en relación con el examen y prueba del bien adquirido. Determinado el *dies a quo* en el cómputo del plazo se seguirán las reglas generales contenidas en el artículo 5 del Código Civil.

Por último, en cuanto a la formalización de los contratos en los que el consumidor tenga reconocido un derecho de desistimiento, el comerciante estará obligado a expedir factura, recibo o documento análogo en el que deberán constar los derechos o garantías especiales del comprador y la parte del precio que, en su caso, haya sido satisfecha (art. 11.2 LOCM). La regla persigue, obviamente, dar a los consumidores la posibilidad real de ejercitar el derecho de desistimiento mediante la información por escrito; sin embargo, la facultad de ejercer dicho desistimiento no dependerá únicamente de su inclusión en la factura, recibo o documento análoga, pues no ha de olvidarse que el contenido de la oferta, promoción y publicidad es exigible a los comerciantes en todo caso en virtud del artículo 8 LGDCU y, por supuesto, que el derecho puede ser reconocido a los consumidores en normas imperativas, como ocurre en las normas sobre prácticas comerciales mencionadas.

6.2. La obligación del comerciante de expedir factura o recibo

Como es bien sabido, en nuestro ordenamiento rige el principio de libertad de forma en materia de contratación (arts. 1278 CC y 51 C. de co.), si bien existen excepciones recogidas en leyes especiales que pueden adquirir especial relevancia para los consumidores. Así, por ejemplo, se impone la forma escrita para el contrato de subasta pública (art. 57.4 LOCM), el contrato de seguro (art. 5 LCS), la venta fuera de establecimiento mercantil (art. 3 LVFE) o el contrato de crédito al consumo (arts. 6 y 7 LCC).

Pues bien, con independencia de la forma escrita para determinados contratos con consumidores, otras normas exigen una cierta documentación del contrato formalizado con los consumidores. Así, con carácter general para el comercio minorista, se concede al comprador el derecho a exigir al comerciante la entrega de un documento en el que conste como mínimo el objeto, el precio y la fecha del contrato (art. 11.3 LOCM). Y en el caso de contratos con condiciones generales, el comerciante deberá entregar, salvo renuncia expresa del interesado, recibo justificante, copia o documento acreditativo de la operación, o en su caso, presupuesto debidamente explicado (art. 10.1b LGDCU). La diferencia fundamental entre ambas reglas estriba, además del ámbito de aplicación, en la necesidad o no de solicitud previa del consumidor para que nazca la obligación de entregar el documento acreditativo. Sin embargo, no faltan decisiones judiciales en las que se ha considerado que en los contratos con condiciones generales el comerciante sólo está obligado a entregar el documento previa solicitud del consumidor (*vid.* SAP *Burgos* de 13-XI-1992). El término documento utilizado en ambos preceptos es muy amplio, pudiendo consistir tanto en una factura detallada como en un simple ticket de caja. Pero en cualquier caso será de gran utilidad para el consumidor debido a sus efectos probatorios, sobre todo cuando se reconozca al consumidor un derecho de desistimiento.

6.3. Disposiciones legales sobre el pago

El legislador español ha dictado normas sobre el pago en relación con las prácticas comerciales dirigidas al consumidor movido por la preocupación de proteger a los consumidores en alguna modalidad de venta como en la venta a plazos, en la venta a distancia y en la venta en “multipropiedad” o por una posición abiertamente preventiva para evitar los supuestos de inducción a error sobre los medios de pago.

Entre el primer grupo de normas, se prohíbe el pago de anticipos con la finalidad de evitar que el consumidor pierda las cantidades entregadas por las dificultades de recuperarlas en caso de falta de entrega de la cosa vendida a distancia o, más en general, en caso de ejercicio del derecho de desistimiento. Así, en la venta en “multipropiedad” se prohíbe “el pago de cualquier anticipo por el adquirente al transmitente antes de que expire el plazo de ejercicio de la facultad de desistimiento o mientras disponga de la facultad de resolución” (art. 11.1 Ley 42/1998) y, para el caso en que se haya entregado una cantidad anticipada, se establece que el adquirente tendrá derecho a exigir al transmitente “en cualquier momento la devolución de dicha cantidad anticipada duplicada, pudiendo optar entre resolver el contrato en los tres meses siguientes a su celebración o exigir su total cumplimiento” (art. 11.2 Ley 42/1998).

En las ventas a distancia “sólo podrá exigirse el pago antes de la entrega del producto cuando se trate de un pedido que se haya elaborado con algún elemento diferenciador para un cliente específico y a solicitud del mismo” (art. 42.2 LOCM). Esta medida puede calificarse de sobreprotectora y restrictiva de la iniciativa empresarial en cuanto entorpece la utilización de uno de los medios de pago más habituales en la venta a distancia como es la tarjeta de crédito: en las ventas a distancia, incluida la contratación electrónica, el cobro suele realizarse mediante el cargo en tarjeta de crédito al tiempo del pedido. Por otra parte, no se acaba de entender cual es la diferencia entre los productos elaborados con algún elemento diferenciador y los productos realizados a medida que quedan fuera del ámbito de aplicación de toda la normativa de las ventas a distancias en virtud del artículo 38.3 b) LOCM.

La regulación de las ventas a distancia contiene también una norma dirigida a paliar los riesgos de utilización fraudulenta de tarjetas de crédito y proteger a los titulares frente al uso de las tarjetas por terceras personas. Con esta finalidad, se traslada el riesgo de la utilización fraudulenta de las tarjetas de crédito a los proveedores permitiendo a los titulares la inmediata anulación del cargo siempre que éste se hubiera realizado utilizando el número de una tarjeta de crédito que no se hubiera presentado directamente o no se hubiera identificado electrónicamente (art. 46.1 LOCM). Para los casos de ejercicio abusivo o indebido del derecho a la anulación del cargo, por ejemplo, en supuestos en los que el comprador paga con su misma tarjeta, se establece que el titular de la tarjeta deberá resarcir al vendedor los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de dicha anulación (art. 46 LOCM).

En la venta a plazos, el carácter aplazado del pago del precio ha justificado la regulación de dicha práctica por una ley propia tuitiva de los intereses de los consumidores. De entre sus normas interesa ahora destacar la previsión de que, una vez transcurrido el plazo para el ejercicio de la facultad de desistimiento, se permite al consumidor pagar anticipadamente, de forma total o parcial, pero sin que, salvo pacto en contrario, el pago anticipado pueda ser inferior al 20 por 100, el precio pendiente de pago o reembolsar anticipadamente el préstamo obtenido, sin que pueda exigírsele los intereses no devengados; por razón del pago anticipado, el comprador sólo podrá quedar obligado a abonar “la compensación que para tal supuesto se hubiera pactado y que no podrá exceder del 1’5 por 100 del precio aplazado o del capital reembolsado anticipadamente en los contratos con tipo de interés variable y del 3 por 100 en los contratos con tipo de interés fijo” (art. 9.3 Ley 28/1998).

Junto a estas normas de carácter eminentemente contractual, la legislación autonómica sobre comercio interior se caracteriza por adoptar una actitud preventiva respecto a la inducción a error de los consumidores sobre los medios de pago. En efecto, para evitar cualquier peligro de engaño de los consumidores se imponen obligaciones de información sobre los medios de pago con carácter general en el sector comercial (art. 9.5 LAC (País Vasco)?, en relación con las ventas promocionales o especiales (art. 40 LRCM (Murcia), art. 42 LCI (Madrid)? o únicamente en relación con las ventas promocionales (art. 18 LCM (Castilla-La Mancha)?, sin que falte alguna norma que sólo obligue a informar sobre los medios de pagos en las ventas promocionales cuando sean distintos de los habituales (art. 18 LC (Extremadura)?.

6.4. Garantía y servicio postventa

Las reglas generales sobre garantía y servicio postventa se encuentran hoy fundamentalmente recogidas en dos normas, a saber: el artículo 11 LGDCU y el artículo 12 LOCM. El legislador optó, en lugar de reformar el régimen de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, por promulgar una norma de ordenación de comercio adicional que complementa el régimen jurídico en la materia, lo que entra dentro de la tendencia del legislador de ir vaciando de contenido las disposiciones de la Ley General.

Esta normativa contraría claramente, al menos en cuanto hace a las reglas sobre garantía, la Directiva 1999/44/CEE, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y garantías de los bienes de consumo (en adelante, Directiva sobre garantías). La Directiva prevé el 1 de enero de 2002 como fecha límite en que los Estados miembros han de transponer el contenido de la Directiva a su derecho interno. No debe hacerse, esperar, por tanto, la transposición al derecho interno español de la Directiva, pudiéndose optar entre promulgar una norma que regule los derechos reconocidos a los consumidores por la Directiva, la cual se sumaría a las normas ya existentes derogándolas en la medida en que resulten incompatibles, o bien promulgar una norma cuya finalidad sea la modificación y adaptación de la legislación interna a la Directiva. Esta última opción podría consistir en la derogación del artículo 12 LOCM y la modificación del artículo 11 LGDCU para introducir todo el contenido exigible por la Directiva, devolviendo así a la principal ley tutiva de protección de los consumidores el papel primordial que nunca debió haber perdido.

6.4.1. Garantía

En cuanto al derecho interno sobre garantías, y a la espera de la necesaria trasposición del derecho comunitario, en el artículo 11 LGDCU se establece la necesidad de formalizar por escrito la garantía que el productor o suministrador está obligado a conceder a los consumidores en relación con los bienes de naturaleza duradera; el contenido esencial del documento de garantía: el objeto de la garantía, la identificación del garante y del titular de la garantía, los derechos del titular de la misma y el plazo de su duración; el contenido mínimo de los derechos del titular de la garantía: la reparación totalmente gratuita de los vicios o defectos originarios y de los daños y perjuicios por ellos ocasionados y, en su caso, la sustitución del objeto adquirido por otro de idénticas características o la devolución del precio pagado. El artículo 12

LOCM se limita a añadir la determinación del plazo mínimo de garantía, toda vez que la referencia a la aplicación de las normas generales del Código Civil y Mercantil – *rectius* de Comercio-, así como de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y normas concordantes y complementarias resulta irrelevante cuando no errónea –adviértase que el ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista según su artículo 2.2 viene dado por las ventas de artículos a los destinatarios finales y en virtud del artículo 326.1 C. de co. no se reputan mercantiles las compraventas con consumidores-.

El plazo mínimo de garantía se fija en seis meses (art. 12.2 LOCM) y, dado el carácter imperativo de la norma, todo pacto de un plazo de menor duración será nulo resultando de aplicación en dicho caso el plazo de seis meses. Este plazo semestral únicamente puede dejar de ser exigible cuando la naturaleza del bien lo impidiera, de modo que la garantía podrá ser exigible durante un plazo mayor en los supuestos en que, por ejemplo, la complejidad técnica del bien así lo requiera. Más dudas plantea, sin embargo, la posibilidad de aplicar un plazo de garantía menor en relación con bienes en que, según su naturaleza, el plazo de seis meses pueda resultar excesivo.

El cómputo del plazo comienza en la fecha de recepción del artículo, que es el momento a partir del cual el comprador puede utilizarlo. La doctrina ha discutido la naturaleza jurídica del plazo, planteándose la duda de su calificación como plazo de prescripción, de caducidad, de garantía o de extinción de la acción. Sobre esta cuestión, basándose en la práctica negocial en virtud de la cual el comerciante sólo admite las reclamaciones de los consumidores no sólo cuando el defecto de funcionamiento se haya presentado dentro del plazo de garantía sino cuando la reclamación se produzca también dentro del mismo plazo, puede afirmarse que nos encontramos ante un plazo de caducidad o ante un plazo cuyo transcurso supone la extinción de los derechos dimanantes de la garantía, funcionando como el plazo decenal de la responsabilidad por productos defectuosos (*vid.* arts. 12 y 13 LRPD).

Como se ha dicho, la legislación interna sobre garantías choca frontalmente con la normativa comunitaria, siendo urgente su modificación pues ya se ha sobrepasado la fecha límite para la transposición prevista por la Directiva. En consecuencia, se expone brevemente a continuación las principales disposiciones de la Directiva sobre garantías. Ha de advertirse que se trata de una Directiva de mínimos, que obliga a los Estados miembros a legislar reconociendo una protección al consumidor al menos igual a la establecida en la Directiva. Ahora bien, aunque no se pueda legislar por debajo de esos mínimos, sí se puede legislar ofreciendo al consumidor una mayor protección que la establecida en la legislación comunitaria.

El ámbito de aplicación de la Directiva se halla delimitado subjetiva y objetivamente. Conforme se desprende de su artículo 1.2, la Directiva es aplicable a los contratos de compraventa o suministro celebrados entre comerciantes profesionales y consumidores cuando el bien adquirido se destina al consumo individual o familiar, quedando fuera del ámbito de aplicación los contratos de compraventa celebrados por particulares entre sí o entre comerciantes. El sujeto obligado a cumplir con las reglas sobre garantía es el vendedor, dejando a los Estados miembros la opción de extender la responsabilidad por la falta de conformidad del bien entregado con el contrato firmado a todos los partícipes en la cadena comercial. Como elemento objetivo, el bien de consumo es definido como

“cualquier bien mueble corpóreo”, exceptuándose la aplicación de la Directiva a los siguientes bienes: los vendidos por la autoridad judicial tras un embargo u otro procedimiento, el agua y el gas cuando no estén envasados para la venta en el volumen delimitado o en cantidades determinadas, y la electricidad. El contrato tipo que conlleva la aplicación de las reglas sobre garantía es la compraventa. Quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva otros contratos en los que hay entrega de bienes de consumo y puede existir falta de conformidad del bien con el contrato, como pueden ser los contratos de arrendamiento, permuta o préstamo, entre otros. Sin embargo, la Directiva asimila a la compraventa los contratos de suministro de bienes de consumo que hayan de fabricarse o producirse (art. 1.4 Directiva), lo que es más bien una referencia no a los contratos de suministro sino al contrato de obra.

La Directiva gira en torno al principio de conformidad del bien con el contrato, estableciendo en su artículo 2 que “el vendedor estará obligado a entregar al consumidor un bien que sea conforme con el contrato de compraventa”. Para la determinación de la conformidad de un bien con el contrato se introduce un sistema de presunciones *iuris tantum* de conformidad (art. 2.2 Directiva), así como una enumeración de requisitos para considerar que existe falta de conformidad (art. 2.3 Directiva); régimen que se completa con la enumeración de las causas de exoneración de la responsabilidad del vendedor (art. 2.4 Directiva). En el caso de falta de conformidad del bien adquirido con el contrato, la Directiva prevé los siguientes mecanismos de defensa en favor del consumidor: la reparación del objeto, su sustitución y, en caso de que esto no fuera posible, la aminoración del precio o resolución del contrato (*vid.* art. 3 Directiva)

En materia de plazos, se hace coincidir en el tiempo el plazo en que se ha de manifestar el vicio y el plazo de ejercicio de las acciones de reclamación contra el defecto. El defecto ha de manifestarse dentro del plazo de dos años, a contar desde la entrega, y la acción de reclamación contra el defecto prescribe en el plazo de dos años a contar desde la entrega del producto defectuoso (art. 5 Directiva). El legislador comunitario otorga a los Estado miembros la posibilidad de establecer la obligación, a cargo del consumidor, de denunciar ante el vendedor el defecto del bien adquirido en un plazo no inferior a dos meses desde la aparición del defecto. En cuanto a los bienes de segunda mano, la Directiva posibilita que por acuerdos o cláusulas contractuales entre vendedor y consumidor se puedan fijar plazos para el ejercicio de las acciones derivadas de la Directiva inferiores a dos años, sin que puedan bajar de un año.

Por último, la Directiva establece reglas relativas a una garantía comercial distinta de la garantía legal a la que se ha venido haciendo referencia. Al respecto, se establece en el artículo 6 que “la garantía comercial obliga a la persona que la ofrezca en las condiciones establecidas en el documento de garantía y en la correspondiente publicidad”; asimismo se especifica el contenido mínimo que ha de observarse en toda garantía comercial, entre el que merece destacarse la advertencia de que la garantía comercial no afecta a los derechos legales de los consumidores con respecto a la venta de bienes de consumo.

6.4.2.El servicio postventa y el suministro de piezas de repuesto

La garantía de la existencia de un servicio postventa y del suministro de piezas de repuesto durante un plazo determinado viene exigida por la normativa comunitaria sobre garantías. En nuestro derecho interno, que puede considerarse conforme con la Directiva comunitaria, se estableció esta exigencia en el artículo 11.5 LGDCU y se concretó posteriormente en el artículo 12.3 LOCM mediante la determinación de los sujetos obligados a prestar esta garantía, la fijación de un plazo mínimo y la exigencia de que se extienda un documento con la finalidad de facilitar el ejercicio de este derecho.

El último precepto mencionado considera obligados a prestar el servicio postventa y suministrar los repuestos al productor o, en su defecto, al importador, si bien jurisprudencialmente, con apoyo en el artículo 27 LGDCU, se ha extendido esta obligación de forma solidaria a todos los profesionales integrantes de la cadena de producción y venta (*vid.*, entre otras, SSTS de 11-III-1987, 20-X-1990, 23-V-1991 y 25-VI-1996).

El plazo mínimo durante el cual ha de garantizarse a los adquirentes de bienes duraderos el servicio postventa y el suministro de piezas es de cinco años a contar desde la fecha en que el producto deje de fabricarse. Este plazo que, en principio, puede considerarse más que suficiente, no lo es tanto si se piensa en bienes de gran valor que se convierten rápidamente en obsoletos debido a la constante y rápida evolución tecnológica.

Por último, para facilitar el ejercicio del derecho de los compradores a un servicio postventa y al suministro de piezas de repuestos, el segundo párrafo del precepto mencionado establece que “el vendedor en el momento de la entrega del bien extenderá por cuenta del fabricante o importador o, en su defecto, en nombre propio, el documento de garantía”. Esta norma tiene una finalidad meramente informativa, de modo que el documento de garantía no es indispensable para la utilización del servicio técnico una vez transcurrido el plazo de la garantía ni para obtener atención gratuita durante el período de su vigencia. Para ello basta con poder probar la adquisición del artículo, que se presume por su tenencia (*ex art.* 464 CC), y la fecha de la misma. En todo caso, no debe dejarse de considerar el valor probatorio del documento en relación con la adquisición del bien y del momento en que se realizó.

7. AUTORREGULACIÓN

Bibliografía: J. A. GÓMEZ-SEGADE y C. LEMA, «La autodisciplina publicitaria en el Derecho comparado y en el Derecho español», 7 *ADI* 1981, p. 38 ss.; A. TATO, «El nuevo sistema de autodisciplina publicitaria en España», XVIII *ADI* 1997, p. 161 ss.; ID., «La publicidad ilícita en la jurisprudencia y en la doctrina del Jurado de la Publicidad», *AAP*, núm. 27, 1999, p. 16 ss.; ID., «Autorregulación publicitaria», en J. A. GÓMEZ SEGADE (dir.), *Comercio electrónico en Internet*, M. Pons, Madrid, 2001, p. 225 ss.

7.1. Los sistemas de autorregulación de la publicidad y su reconocimiento institucional

El autocontrol en materia publicitaria consiste en el voluntario sometimiento de los distintos agentes involucrados en la creación y difusión de la publicidad a un sistema privado de control de licitud de la actividad publicitaria, organizado por los propios interesados sea de forma unilateral, como es frecuente en el sector de los medios de comunicación social, o de forma colectiva, en el marco de asociaciones de derecho privado de carácter general o sectorial. En cualquiera de los casos, el sistema de autocontrol comprende tanto el establecimiento y regulación de los mecanismos institucionales de gestión del sistema (órganos de autocontrol, procedimientos y sanciones), como incluso la producción de la normativa aplicable, en su caso bajo la forma de códigos o reglas deontológicas. El sistema de autocontrol publicitario únicamente resulta vinculante para los sujetos que lo imponen (sistemas individuales) o para los sujetos acogidos al mismo (sistema colectivo). En este último caso, sin embargo, existe una obvia heteroeficacia: el sometimiento de la publicidad al control organizado de esta forma se justifica en cuanto en su difusión se halla involucrado un miembro del sistema; por lo tanto, los anunciantes no afiliados al sistema no pueden escapar a este control en la medida en que en la difusión de su publicidad intervengan agencias y medios de comunicación afiliados.

Los sistemas de autocontrol encuentran su fundamentación, reconocimiento y apoyo institucional en la regulación comunitaria general en materia de publicidad (*cf.* art. 5 de la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, modificada por la Directiva 97/55/CE) y específica de las comunicaciones comerciales a través de Internet (*cf.* 16 y 17 de la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico), así como, desde la perspectiva interna, tanto con carácter general en la Exposición de Motivos de la propia Ley General de Publicidad como específicamente en relación con ciertos sectores, del modo en que sucede con la publicidad en televisión, mediante la Disposición Adicional de la Ley de Televisión Sin Fronteras], o en el ámbito de las comunicaciones comerciales por vía electrónica, a través del artículo 18 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información. En particular, la Exposición de Motivos de la Ley General de Publicidad admite claramente que el sistema de sanciones y los mecanismos procesales allí dispuestos no tiene carácter excluyente y, en particular, que no impide el control voluntario de la publicidad realizada a través de organismos de autocontrol. No significa este reconocimiento legal que los sistemas de autocontrol queden al margen del derecho de la competencia; sus normas y resoluciones, en efecto, habrán de ser escrupulosamente respetuosas con el ordenamiento, en general, y, en particular, con la legislación sobre defensa de la competencia (*vid.* en relación con un código de conducta en el que se prohibía la publicidad comparativa, STPICE 28-III-2001, asunto T-144/99 «Instituto de Agentes Autorizados ante la Oficina Europea de Patentes c. Comisión», y en general DCE 7-IV-1999 «Código de conducta del IAA», RRTDC 28-IX-1989, expediente 242/88 «Código de las Asociaciones Españolas de Tour Operadores», 8-III-1996, expediente 196/96 «Guía de Contratación de Almacenistas del Hierro»). De hecho, no son pocas las dudas que, desde la perspectiva del Derecho de defensa de la competencia, podría suscitar un sistema de autocontrol de la publicidad que no fuera una simple reiteración y/o concreción de la legislación aplicable a la particular actividad publicitaria, sino que, bien por el tenor de sus normas -incluso de sus normas más estrictamente deontológicas- o bien (y sobre todo) por la aplicación que de ellas se haga y de la eficacia que las

correspondientes resoluciones pudieran tener para sus asociados, orientara la conducta de los destinatarios hacia sólo alguna de las posibilidades de actuación legalmente permitidas en detrimento de otras igualmente lícitas o, aún más, que acabara por impedir o limitar actuaciones conformes con el Derecho positivo contra la competencia desleal, esto es, que frustrara contenidos, técnicas, prácticas y estrategias publicitarias o promocionales que no pudieran considerarse ilícitos a la luz de la legislación positiva en vigor. En tal caso, en efecto, la instauración del sistema de autocontrol o su aplicación podría constituir una práctica colusoria (si de un sistema de autodisciplina colectivo se trata), necesitado de una autorización individual, o un abuso de posición dominante o de situación de dependencia económica (en todo caso, y en especial si de un sistema individual se trata). Lo dicho, naturalmente, no significa en absoluto que los sistemas de autocontrol deban ser necesariamente enjuiciados con suspicacia y, en particular, que pueda considerarse que cualquier desviación del tenor de las normas constituye una restricción de la competencia, sin entrar a valorar si de este modo se concreta o no el contenido de las cláusulas generales o de los conceptos indeterminados que con frecuencia recoge n los preceptos reguladores de la actividad publicitaria, aunque, a continuación, se conceda una autorización individual (*vid.*, no obstante, RTDC de 10-XI-2000, expediente A 274/00 «Publicidad de Bebidas Espirituosas», y compárese con la forma de razonar de STPICE 28-III-2001, asunto T-144/99 «Instituto de Agentes Autorizados ante la Oficina Europea de Patentes c. Comisión»).

7.2. El sistema de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (Autocontrol)

Sin duda, el exponente principal de los sistemas de autorregulación de la publicidad existentes en nuestro país es el sistema de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad, ahora Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, en forma abreviada Autocontrol. Su finalidad consiste en asegurar la utilidad de la publicidad en los procesos económicos y velar por el respeto de la ética publicitaria y de los derechos de los destinatarios. Asociados de Autocontrol pueden ser anunciantes, agencias de publicidad y medios de comunicación, así como entidades y asociaciones que agrupen a anunciantes, agencias de publicidad y medios de comunicación. Los órganos de Autocontrol son, en cuanto asociación, la Asamblea General, la Junta Directiva, el Presidente y el Director General. A éstos se suma, como órgano especializado de carácter autónomo e independiente, el Jurado de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, de forma abreviada el Jurado, que se rige por su Reglamento de 14 de abril de 1999. Autocontrol ha asumido entre sus funciones la elaboración de códigos de ética publicitaria y de normas de conducta en materia de publicidad de carácter general y de carácter sectorial; de ello se encarga su Asamblea General. Asimismo, Autocontrol ha asumido, a través del Jurado, la resolución de los expedientes que puedan incoarse por infracción de dichos códigos y normas de conducta, la formulación de anteproyectos de códigos de ética publicitaria y otras normas, la emisión de dictámenes de carácter técnico o deontológico que se soliciten, y la resolución de los arbitrajes sobre cuestiones publicitarias que les sean sometidos a su conocimiento. De la ejecución de las resoluciones adoptadas por el Jurado se encarga la Junta Directiva.

En la actualidad, Autocontrol cuenta con el Código de Conducta Publicitaria, de 14 de abril de 1999, que ha venido a sustituir al anterior Código de 1996, así como también cuenta con un Código Ético sobre Publicidad en Internet, igualmente de 14 de abril de

1999. La sección segunda del Código de Conducta Publicitaria establece determinadas normas deontológicas ordenadas en seis subsecciones. La primera de ellas corresponde a los principios básicos, entre los que destacan el respeto a la legalidad y a la Constitución, al buen gusto, al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen de las personas y al medio ambiente, la interdicción del abuso de la buena fe del consumidor, de la explotación del miedo, de la incitación a la violencia, de la incitación a prácticas peligrosas y de la publicidad discriminatoria; la segunda trata de la autenticidad de la publicidad, que entraña una exigencia de que la publicidad sea identificable en cuanto tal; la tercera establece el principio de veracidad; la cuarta aborda determinadas formas y técnicas publicitarias como los ensayos comparativos y las comparaciones, los testimonios, la explotación del prestigio ajeno y la imitación, la denigración, la venta a distancia, las promociones, las campañas con causa social; la quinta se dedica a la protección de niños y adolescentes, y sus normas tratan de prevenir el aprovechamiento de su ingenuidad, falta de madurez, inexperiencia y credulidad; la sexta trata de la protección de la salud.

El Jurado es un órgano autónomo e independiente en el ejercicio de sus funciones; está compuesto actualmente por un Presidente, cinco Vicepresidentes y quince vocales, cuyo nombramiento compete a la Junta Directiva de Autocontrol y tiene una duración inicial de tres años renovables. Con carácter general se exige a los miembros del Jurado de la Publicidad una indiscutible imparcialidad, a la que deben sumarse ciertas cualificaciones técnicas; en particular, el Presidente y, al menos, los cinco Vicepresidentes han de ser juristas de reconocida competencia y los demás expertos en materia publicitaria. El Jurado podrá actuar en pleno o por secciones, éstas constituidas por cuatro miembros y adoptará sus decisiones por mayoría, reconociéndose a su Presidente un voto de calidad en caso de empate. Las resoluciones de las secciones pueden ser recurridas ante el Pleno.

Desde una perspectiva material, las prácticas publicitarias se enjuician a la luz de los códigos de ética publicitaria y de las normas de conducta elaboradas por Autocontrol. Como se ha guardado buen cuidado en destacar en sus resoluciones, el Jurado no resuelve los expedientes de que pueda conocer mediante la aplicación del ordenamiento jurídico, sino mediante la aplicación de los principios y reglas de carácter deontológico dispuestas en el referido Código de Conducta Publicitaria y en los códigos y normas de carácter ético que pueda elaborar, así como en el Código de Práctica Publicitaria de la Cámara de Comercio Internacional (que tiene carácter supletorio respecto del anterior). Este planteamiento no deja de suscitar, sin embargo, algunas cuestiones controvertidas. Las fronteras entre lo ético y lo legal, en efecto, no son en todos los casos especialmente nítidas. Así se revela en relación con la valoración de las prácticas a la luz del principio de legalidad, en donde las diferentes objeciones que podría plantear la aplicación directa del ordenamiento en el sistema de autodisciplina se ha salvado haciendo de la infracción de las disposiciones normativas una infracción deontológica (y no parece dudoso, en efecto, que el primer mandato ético que debe observar la actividad es justamente el respeto del ordenamiento jurídico) e inscribiendo la valoración efectuada para su determinación, que ciertamente implica la comprobación de la conformidad de la práctica con el ordenamiento, en el marco de un juicio puramente deontológico [a título de ejemplo, *cfr.* RRJAAP 15-III-1998 «Airtel Móvil, S. A.», 13-XI-1998 «Domar, S. A.», (Secc. 5ª) 19-X-2000 «Cableuropa, S. A.», (Sección 3ª) 17-X-2001 «Volkswagen-Audi España, S. A. (Golf GTI)»]. Otros conflictos similares pueden advertirse, por ejemplo, en la aplicación de los principios de autenticidad y veracidad, pues no carecen precisamente de conexiones

con la represión de la publicidad desleal por engaño (art. 7 LCD). A todo ello, como ya se ha apuntado anteriormente, se debe añadir una prevención obvia: el juicio ético no puede en ningún caso prohibir, restringir o limitar actos que resultan conformes a Derecho, que no sean contrarios a las normas en materia de competencia desleal, de publicidad, de defensa de los consumidores y usuarios..., salvo que se cuente (para el conjunto del sistema, y en particular para las normas éticas que impiden llevar a término estrategias o prácticas publicitarias y promocionales lícitas) con la oportuna autorización singular del Tribunal de Defensa de la Competencia o, si tuviera dimensión comunitaria, de la Comisión Europea.

Los expedientes podrán incoarse tanto contra asociados como contra terceros [de hecho, son numerosas las resoluciones que han debido afrontar como primer punto la tacha de falta de competencia del Jurado de la Publicidad para resolver expedientes abiertos contra terceros, tacha que ha sido sistemáticamente rechazada: últimamente, RJAAP 23-VI-1998 «Sanitas» -confirmada por RJAAP (Pleno) 9-VII-1998-]; se inician de oficio, por acuerdo debidamente motivado de la Junta Directiva de la Asociación, o a instancia de persona que acredite un interés legítimo en relación con la publicidad en cuestión (que se presupone en el caso de que exista una relación de competencia: *cf.* RJAAP 29-X-1998 «Whitehall» [confirmada por RJAAP (Pleno) 15-XII-1998], y que se ha admitido sin mayor discusión para las asociaciones de consumidores), sea un asociado o no, e interponga la oportuna denuncia en los doce meses siguientes a la realización de la publicidad. De las reclamaciones y documentos anejos que motivan la incoación del expediente se da traslado al interesado, para que conteste por escrito en plazo de ocho días. Tras valorar los escritos y documentos obrantes en el expediente, resuelve por mayoría la Sección del Jurado a la que haya correspondido conocer del mismo. La resolución, y los correspondientes remedios o sanciones implícitos, puede acoger todos o algunos de los siguientes pronunciamientos: declaración de ilicitud, amonestación, cesación, comunicación de la resolución a los asociados, publicación de la resolución en medios de comunicación. Contra las resoluciones de las Secciones cabe recurso de alzada ante el Pleno del Jurado, que pone término al procedimiento. Las resoluciones del Jurado de las secciones y del Pleno se reproducen en la publicación *Autocontrol de la Publicidad*. Una vez firme la resolución, a la Junta Directiva se atribuye competencia tanto para determinar la forma en que se ha de llevar a cabo la comunicación o la publicación de la resolución, como para supervisar e imponer su cumplimiento.

7.3. Otros sistemas de autorregulación de la publicidad

Al sistema de autodisciplina publicitaria encarnado por Autocontrol, de carácter general u horizontal, se suman otros de carácter sectorial o vertical. Algunos de ellos han sido aprobados por Autocontrol y se encuentran vinculados a los mecanismos de aplicación de Autocontrol. Este es el caso del Código Ético sobre Publicidad en Internet, de aplicación a la publicidad realizada a través de Internet por personas establecidas en España, insertada en soportes de personas establecidas en España o de nacionalidad española u hospedada en servidores localizados en España y del Código Ético sobre Publicidad en Cine, de aplicación a la publicidad proyectada en las pantallas de las salas de cine en España. Otros se han gestado al margen de Autocontrol, aunque el control de su cumplimiento o seguimiento se ha dejado en manos del Jurado de Autocontrol, como sucede en el caso del Código de Autorregulación Publicitaria de la Federación Española de Bebidas Espirituosas (FEBE), de aplicación a la publicidad de los miembros de FEBE relativa a

bebidas alcohólicas que tengan un contenido de alcohol superior a 1 grado volumétrico (distintas de la cerveza, el vino y sus derivados) que se edite, difunda o emita en territorio español, el Código para la Autorregulación de la Publicidad de Bebidas Alcohólicas, de la Asociación Española de Anunciantes, aplicable a la publicidad de bebidas alcohólicas de sus asociados, y, en relación con el arbitraje externo y sin perjuicio de las funciones de su propia comisión interna de seguimiento, el Código de Autorregulación de la Publicidad de los Productos del Tabaco en España, de la Asociación Española del Tabaco, sobre publicidad de los productos del tabaco.

Y, en fin, no faltan normas sectoriales que establecen sistemas de autocontrol independientes, como es el caso del Código de Normas Deontológicas de la Asociación Nacional de Especialidades Farmacéuticas Publicitarias (ANEFP), de aplicación a las comunicaciones dirigidas al público o al profesional sanitario por parte de los asociados a ANEFP relativas a especialidades farmacéuticas publicitarias y productos de parafarmacia; del Código Deontológico para Publicidad Infantil de la Asociación Española de Fabricantes de Juguetes y la Unión de Consumidores de España, de aplicación a los anunciantes que se dirijan a niños/as menores de 15 años por medio de prensa, vídeos, radio y televisión por cable y por satélite; del Código de Autorregulación Publicitaria entre Cerveceros de España y la Unión de Consumidores de España, sobre comunicaciones comerciales sobre cerveza; del Código General de Conducta Publicitaria de las Instituciones de Inversión Colectiva y Fondos de Pensiones Asociados a INVERCO y las Normas de Publicidad que lo complementan, o del Código Ético de Protección de Datos Personales en Internet de la Asociación Española de Comercio Electrónico, que contiene un capítulo dedicado al marketing por e-mail, con normas sobre emisión de publicidad, información al consumidor y *spamming*.