



JONES DAY
COMENTARIO

LA REFORMA DE LA LEY ESPAÑOLA DE COMPETENCIA DESLEAL OBLIGA A LAS EMPRESAS A REVISAR SUS POLÍTICAS COMERCIALES

El 30 de diciembre de 2009 las Cortes Generales aprobaban la reforma de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal, transponiendo al ordenamiento jurídico español dos Directivas comunitarias: la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, y la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa.

Podría casi hablarse de una nueva ley de competencia desleal si tenemos en cuenta lo mucho que se ha cambiado en ella: desde los sujetos a los que va dirigida (dando ahora fundamental protagonismo a los consumidores), pasando por la cláusula general, las conductas tipificadas como desleales (con un catálogo de 13 nuevas conductas), cuestiones procedimentales, el fomento de la creación de los

códigos de conducta, y para acabar, aunque de enorme relevancia, la clarificación de un aspecto esencial referente al término de prescripción de las acciones.

Las empresas y comerciantes van a tener que analizar sus prácticas comerciales bajo un nuevo prisma hasta el momento casi inexistente. Hasta la modificación de la Ley existían, por un lado, ciertas conductas tipificadas como desleales, que en la práctica totalidad eran denunciadas por empresas frente a sus competidores, y por otro lado, normas que venían a regular bajo derecho público los derechos de los consumidores y usuarios (condiciones generales de la contratación, prácticas abusivas, etc.), y normas reguladoras del comercio minorista. Pero había un vacío legislativo en lo referente a la persecución privada por parte de los consumidores de conductas comerciales desleales contrarias a ellos.

OBJETO DE LA PROTECCIÓN

La ley sigue declarando que su objeto es “la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado”, pero amplía la protección al incluir una laberíntica definición de lo que deberá considerarse contrario a la buena fe frente a los consumidores, por oposición a la buena fe frente a las empresas y profesionales. Se considera desleal frente a los consumidores el comportamiento contrario a la diligencia profesional (entendida como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honesta del mercado), siempre que distorsione o sea susceptible de distorsionar de forma significativa el comportamiento económico del consumidor medio (entendiéndose por comportamiento económico del consumidor toda decisión por la que el consumidor opta por seleccionar una oferta, contratar un bien o servicio, pagar un precio, conservar un bien o servicio, o ejercer sus derechos contractuales). Con razón, los empresarios que lean esto pueden ponerse a temblar, porque esta cláusula general además de ser francamente difícil de comprender resulta absolutamente ineficaz a efectos de realizar una auto-evaluación de las prácticas comerciales por parte de empresas o profesionales.

Pero dejando a un lado el orden o la claridad de la redacción, la primera consecuencia práctica de esta redacción es que las prácticas sufridas por empresas y profesionales se analizarán bajo un estándar diferente del aplicable a las dirigidas a consumidores:

- Los actos cuyos efectos se despliegan entre empresas y profesionales serán analizados a la luz del prisma de la buena fe objetiva, sin que exista una definición legal de lo que ello quiera decir. Así, los empresarios y profesionales deberán analizar la jurisprudencia y acudir a la doctrina para averiguar el significado de comportamiento “objetivamente contrario a la buena fe”.
- Por contra, los consumidores se sabrán positivamente víctimas de un acto contrario a las exigencias de la buena fe cuando el acto sea susceptible de distorsionar su comportamiento económico, en otras palabras,

cuando les lleve a adoptar una decisión que no habrían adoptado en otras circunstancias. Curiosamente, recuerda esta definición al tipo penal de la estafa, y más si se tiene en cuenta la formulación del nuevo artículo 5, referido a los actos de engaño, en el que la distorsión del comportamiento económico del consumidor se produce como consecuencia de un engaño.

ÁMBITO TERRITORIAL

Siguiendo las disposiciones del Reglamento (CE) 864/2007, relativo a ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, se elimina de la ley el ámbito territorial de aplicación (conforme al antiguo artículo 4, la ley era de aplicación a actos de competencia desleal que produzcan o puedan producir efectos sustanciales en el mercado español), ya que de acuerdo con el Reglamento, la ley aplicable a los actos desleales será aquella del país en cuyo territorio resulten o puedan resultar afectados las relaciones de competencia o los intereses colectivos de los consumidores.

LOS ACTOS DESLEALES (CAPÍTULOS II Y III)

Los capítulos II y III contienen dos catálogos diferentes de conductas desleales:

- Por un lado, el capítulo II regula los “actos de competencia desleal”, donde permanecen la mayor parte de los antiguos supuestos de deslealtad, y cuyos supuestos pueden aplicarse por empresas, profesionales y consumidores (estos últimos, los artículos 5, 7 y 8).
- Por otro lado, el capítulo III regula las “prácticas comerciales con los consumidores y usuarios”. Esta separación no excluye la legitimación activa de las empresas para presentar acciones basadas en el capítulo III, siempre que sus intereses resulten directamente perjudicados o amenazados¹.

¹ Ya que de acuerdo con el artículo 33.1 cualquier persona que participe en el mercado y cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por la conducta desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en la ley. Similarmente, la antigua ley preveía la posibilidad de que los consumidores presentaran acciones contra las empresas, pese a no haberse aun formulado las prácticas desleales con los consumidores.

ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL (CAPÍTULO II)

La reforma aprovecha para revisar la redacción de alguno de los preceptos que tradicionalmente se encontraban en este capítulo. En particular, se reformulan los antiguos artículos 7 (actos de engaño), y 10 (actos de comparación)², y desaparece el artículo 8 (obsequios, primas y supuestos análogos). Para alegría de muchos, no se modifican los supuestos de actos de confusión (artículo 6), denigración (artículo 9), explotación de la reputación ajena, violación de secretos, inducción a la infracción contractual, violación de normas, discriminación y dependencia económica, y venta a pérdida (artículos 12 a 17).

Se introduce como supuesto de deslealtad tanto para los consumidores como para las empresas y profesionales, **los actos de engaño** definidos en un sentido amplio: “información que induzca o pueda inducir a error”, sujeto a un largo pero cerrado catálogo de elementos sobre los que puede versar el error. Se encuadran en este artículo supuestos como la venta de productos ilícitamente obtenidos o que infringen derechos de terceros (por ejemplo, un distribuidor que adquiere un producto en la creencia de que no infringe derechos de propiedad industrial o intelectual de terceros, y que de haber sabido que infringían tales derechos nunca los habría comprado para su reventa), o el hecho de ocultar el hecho que la asistencia posventa al cliente se realizará por teléfono y en otro idioma o en horarios incompatibles (por estar la centralita en otro país). O, finalmente, un supuesto desgraciadamente habitual como la inclusión por parte del taller de reparación de una pieza de recambio en el coche sin ser necesaria, o sin haber sido aceptada previamente por el cliente.

A la vista de la forma tan amplia de la formulación del error respecto del precio y su modo de fijación, las empresas que siguen esquemas complicados a la hora de fijar sus precios (servicios telefónicos, viajes combinados, etc.) deberán replantearse estos esquemas o mejorar la comunicación de su fijación hacia el usuario para evitar ser condenadas por actos desleales.

Se regulan asimismo los supuestos de **engaño por omisión u ocultación de información** (artículo 7). Este supuesto

de deslealtad aplica también a empresarios, profesionales y consumidores, y comprende casos de ocultación del precio en comercios, como la habitual sugerencia del día que el camarero hace sin advertir sobre lo elevado de su precio, o la oferta de un champú, tratamiento o peinado en peluquerías que lleva aparejado un considerable e inadvertido incremento del precio final. También el supuesto de una venta telefónica que no advierte de la totalidad de costes (por ejemplo, de transporte) o de los derechos del cliente (por ejemplo, a devolver o cambiar el producto sin motivo alguno en un plazo determinado), o el supuesto de una venta de productos para la seguridad en la circulación vial sin especificar que carecen de homologación.

También se introducen las **conductas desleales por agresivas, las prácticas de acoso, coacción y la influencia indebida** como nuevo supuesto (artículo 8), prácticas que aplican tanto a consumidores como empresarios y profesionales. Bajo estas prácticas se encuentran supuestos tan extremos de coacción o acoso (“el uso de la fuerza”) que podrían ser analizados bajo el Código Penal. Como casos de influencia indebida, cabría el caso del médico que aprovecha el estado de debilidad física o moral de su paciente para sugerir procedimientos innecesarios, o el de los abogados o empresas que aprovechan el desconocimiento de sus clientes para incrementar su tarifa con actos o gestiones innecesarios, o la práctica comercial dirigida al desgaste del consumidor (vendedores llamando constantemente al teléfono o a la puerta) o a su desgaste unido a su confusión (prácticas comerciales de ciertas empresas que reúnen al cliente potencial para venderle su servicio sin permitirle abandonar la reunión cuando lo desee y le abruma con datos positivos del servicio silenciando aquellos menos interesantes). También cabrían en este supuesto las prácticas de algunas compañías que dificultan enormemente la terminación del contrato por parte del usuario final al obligarle a seguir largos y complicados procedimientos de los que el usuario acaba desistiendo por aburrimiento o desesperación. Y, finalmente, la amenaza de ejercer acciones legales cuando no exista base para las mismas.

Los **actos de comparación** se regulan de forma más rigurosa que bajo la anterior redacción (artículo 10) introduciendo los criterios jurisprudenciales en materia de comparaciones comerciales, para las que se exigirá, si

² El artículo 11 se modifica únicamente para introducir el concepto “profesional” junto con el de empresario en su redacción.

no se quiere caer en deslealtad, que los bienes o servicios comparados tengan la misma finalidad o satisfagan las mismas necesidades, y que la comparación se realice de modo objetivo entre una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes o servicios (incluido el precio). Bajo este precepto, no podrán presentarse bienes o servicios como imitaciones o réplicas de otros a los que se aplique una marca o nombre comercial protegido.

ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL CON LOS CONSUMIDORES (CAPÍTULO III)

La ley regula **los actos de engaño frente a los consumidores** (artículos 20 a 27) como supuesto separado de los actos del engaño del artículo 5, introduciendo supuestos de deslealtad con los consumidores³ como:

- Las prácticas que crean confusión con bienes o servicios, marcas registradas, nombres comerciales u otras marcas distintivas de un competidor.
- La exhibición de un sello de confianza o de calidad o de un distintivo equivalente, sin haber obtenido la necesaria autorización.
- Las prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas a las que, como consumidores, estamos desafortunadamente acostumbrados, tales como las ofertas a un precio determinado que no revelan que los bienes no estarán disponibles a ese precio durante un período suficiente y en cantidades razonables; las ofertas a un precio determinado con la intención de promocionar un bien o servicio diferente, negándose a proporcionar el bien o servicio ofertado; o el fenómeno curiosamente habitual en muchas tiendas de alfombras de pretender vender en liquidación cuando es falso que el empresario se encuentre en tal supuesto, etc.
- Prácticas engañosas sobre la naturaleza y propiedades de los bienes o servicios, su disponibilidad y los servicios posventa, como proclamar, salvo para los medicamentos, que un bien o servicio puede curar; afirmar, no siendo cierto, que el bien o servicio sólo estará disponible durante un período de tiempo muy limitado; o crear la impresión falsa de que el servicio posventa del bien o servicio promocionado está

disponible en un Estado miembro distinto de aquel en el que se ha contratado su suministro.

- Prácticas de venta piramidal, que crean un plan para que el consumidor realice una contraprestación a cambio de la oportunidad de recibir una compensación por la entrada de otros consumidores en el plan, y no de la venta de bienes.
- Prácticas comerciales encubiertas, como promocionar un bien o servicio en medios de comunicación, pagando el empresario por dicha promoción, sin que quede claramente especificado que se trata de un contenido publicitario.
- O prácticas como las molestas cartas que incluyen una factura o documento similar que da la impresión de que ya se ha contratado el bien o servicio comercializado, sin que éste lo haya solicitado.

Finalmente, se introducen **las prácticas agresivas con los consumidores** (artículos 28 a 31), separadas de las previstas en el artículo 8 (también de aplicación a los consumidores). Gracias a estos preceptos se convierten en desleales prácticas tan habituales como:

- Incluir en la publicidad una exhortación directa a los niños para que adquieran bienes o usen servicios o convenzan a sus padres u otros adultos de que contraten los bienes o servicios anunciados.
- Realizar visitas en persona al domicilio del consumidor, ignorando sus peticiones para que el empresario o profesional abandone su casa o no vuelva.
- Realizar propuestas no deseadas y reiteradas por teléfono, fax, correo electrónico u otros medios de comunicación a distancia (salvo que esté justificado legalmente para hacer cumplir una obligación contractual).

ACCIONES DERIVADAS DE LA COMPETENCIA DESLEAL Y CÓDIGOS DE CONDUCTA (CAPÍTULOS IV Y V)

Códigos de conducta

De los capítulos restantes cabe destacar el singular fomento que se hace de los códigos de conducta (artículos 37 a 39). El legislador premia a las empresas adheridas a códigos de conducta sobre las restantes, al conferirles

³ Transposición de los artículos 5.2.b, 6.2.a y 5.5, así como los apartados 1 a 23 y 31 del Anexo I de la Directiva.

un trato ventajoso en materia de acciones mediante la obstaculización de la presentación de acciones en determinados supuestos (las basadas en el artículo 5, actos de engaño⁴), obligando al interesado a que antes de presentar la acción, inste el cese o rectificación del acto desleal al órgano de control del código de conducta, permitiendo presentar la correspondiente demanda sólo en el caso de que después de 15 días de recibido el requerimiento, el mencionado órgano no se pronunciara, o fuera insatisfactoria o incumplida su decisión. Los códigos de conducta podrán ser redactados por grupos de empresas o asociaciones y su adhesión será voluntaria. Al presentar un terreno de actuación común entre empresas en muchos casos competidoras, los códigos de conducta (de forma análoga a los estatutos de asociaciones) pueden constituir una tentación para que las empresas involucradas se concierten de forma contraria al derecho de la competencia. La redacción de estos códigos deberá ser extremadamente cautelosa, para evitar incurrir en un ilícito antitrust.

Prescripción de acciones

Finalmente, la reforma resuelve una cuestión de enorme trascendencia práctica, poniendo a la vez paz a muchos años de jurisprudencia contradictoria del Tribunal Supremo (jurisprudencia cuyo último exponente, con voto particular contradictorio, ha sido la sentencia de 21 de enero de 2010) y sentencias de tribunales menores: el comienzo del plazo de prescripción de las acciones cuando el acto desleal es continuado, es decir, cuando no es un acto aislado sino que se perpetua en el tiempo. Conforme a la nueva redacción (artículo 35), las acciones prescribirán en lo sucesivo en un plazo máximo de tres años **desde el momento de la finalización de la conducta**, frente a la antigua redacción que provocó enorme confusión en la materia al declarar prescritas las acciones transcurridos tres años desde la “realización” del acto y que dejaba indeterminada si la realización debía considerarse acaecida desde el inicio del acto o una vez terminado el mismo.

CONCLUSIÓN

La nueva ley de competencia desleal introduce muchos nuevos y relevantes supuestos de deslealtad dirigidos a

proteger a los consumidores. Las empresas más afectadas por el nuevo catálogo de conductas desleales de la ley serán las que ofrecen bienes o servicios directamente al consumidor, ya que podrán recibir reclamaciones privadas no sólo de consumidores y asociaciones representativas, sino también de empresas competidoras que se consideran directamente afectadas por conductas desleales cuyos destinatarios sean los consumidores. Estas reclamaciones podrán tener diferentes objetivos, pero qué duda cabe que entre ellos estará el dañar al competidor y buscar una reparación económica del daño causado. Para adaptarse al nuevo marco y reducir su exposición a demandas, es a todas luces conveniente que estas empresas hagan un esfuerzo por adaptar sus prácticas al nuevo orden aplicable mediante auditorías internas de sus prácticas comerciales.

La nueva ley de competencia desleal da un paso de enorme relevancia para lograr que en un país en el que los comercios han sido tradicionalmente acusados, y no sin razón, de buscar el engaño al consumidor poco atento, rijan unas prácticas comerciales leales propias de una sociedad avanzada armonizando la legislación española con la del resto de Estados miembros de la Unión. Esto favorece a su vez la adopción por parte de empresas multinacionales de políticas comerciales globales válidas en todos los Estados miembros, reduciendo sus costes legales globales y aumentando su seguridad jurídica en el territorio de la Unión.

INFORMACIÓN ADICIONAL

Para más información rogamos contacte con el abogado que aparece abajo o bien, haga uso del formulario que se encuentra disponible en nuestra página web www.jonesday.com.

Marta Delgado Echevarría

Abogada

+34.915.20.3939

mdelgado@jonesday.com

4 Artículo 39.1