



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

**CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN, SECRETARIO GENERAL
DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL,**

**CERTIFICO: QUE EL PLENO DEL CONSEJO GENERAL
DEL PODER JUDICIAL, EN SU REUNIÓN DEL DÍA DE LA
FECHA, HA APROBADO EL INFORME AL ANTEPRO-
YECTO DE LEY POR EL QUE SE MODIFICA EL RÉGIMEN
LEGAL DE LA COMPETENCIA DESLEAL PARA LA
MEJORA DE LA PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y
USUARIOS, SIENDO DEL SIGUIENTE TENOR LITERAL:**

I

ANTECEDENTES

Con fecha 20 de octubre de 2008 ha tenido entrada en el Registro del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), el texto del Anteproyecto de Ley por el que se modifica el régimen legal de la competencia desleal para la mejora de la protección de consumidores y usuarios, remitido por el Ministerio de Justicia, a efectos de la emisión del preceptivo informe.

La Comisión de Estudios e Informes, acordó designar ponente a la Excm. Sr. Vocal Concepción Espejel Jorquera, y en reunión de fecha



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

21 de noviembre de 2008, aprobó el presente informe, acordando su remisión al Pleno del Consejo General del Poder Judicial.

II

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

La función consultiva del Consejo General del Poder Judicial a que se refiere el artículo 108 de la Ley Orgánica del Poder Judicial tiene por objeto los anteproyectos de leyes y disposiciones generales del Estado y de las Comunidades Autónomas que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el citado precepto legal, a *“normas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales y cualesquiera otras que afecten a la constitución, organización, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales”*.

Atendiendo a este dictado, en aras de una correcta interpretación del alcance y sentido de la potestad consultiva que allí se prevé a favor de este Consejo, y considerado el contenido del Anteproyecto remitido a este órgano, el informe que se emite se limitará al examen y alcance de las normas sustantivas o procesales que en él se incluyen específicamente, evitando cualquier consideración sobre cuestiones ajenas al Poder Judicial o al ejercicio de la función jurisdiccional que éste tiene encomendada.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Sin perjuicio de lo anterior, y con arreglo al principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el Consejo General del Poder Judicial ha venido indicando la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones, relativas, en particular, a cuestiones de técnica legislativa o de orden terminológico, con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos y, por consiguiente, a su efectiva aplicabilidad en los procesos judiciales, por cuanto son los órganos jurisdiccionales quienes, en última instancia, habrán de aplicar posteriormente las normas sometidas a informe de este Consejo, una vez aprobadas por el órgano competente.

II

ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO

El Anteproyecto objeto de informe incorpora al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) núm. 2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (Directiva de prácticas comerciales desleales), dictada con el objetivo de, promoviendo la armonización entre las legislaciones de los Estados miembros sobre prácticas desleales que perjudican los intereses económicos de consumidores y usuarios, contribuir al funcionamiento del mercado interior y alcanzar un elevado grado de protección de los consumidores. A este fin se remueven los obstáculos



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

para que tanto empresas como consumidores obtengan beneficios y ventajas del mercado interior, se reducen los costes para aquellas empresas que practican actividades transfronterizas y se refuerza la confianza del consumidor en el mercado por medio del establecimiento de una regulación uniforme que asegura un nivel alto y común de protección, potenciando en definitiva la promoción de la seguridad jurídica tan importante en este sector económico.

El Anteproyecto remitido por el Gobierno pretende la modificación de un conjunto de normas interrelacionadas y afectadas por la incorporación de la normativa comunitaria. No se trata, pues, de aprobar una Ley que canalice la totalidad de la incorporación, con los necesarios efectos modificativos y derogatorios que de ella derivaran, sino de la modificación directa de varias leyes existentes y vigentes en el Derecho español de la competencia desleal que disponen aspectos parciales que se ven afectados por la nueva transposición de normas comunitarias.

No obstante, las modificaciones principales son las que se proyectan sobre la Ley de Competencia Desleal, por cuanto se trata, como así se define la misma, de *“una ley general, capaz de satisfacer heterogénea demanda social que registra el sector desde la perspectiva unitaria del fenómeno concurrencial”*, en la que se procura la protección y satisfacción tanto de los intereses privados de los empresarios como de los intereses económicos de los consumidores. El resto de las reformas legales introducidas pretenden evitar un fraccionamiento del régimen de represión de la competencia desleal, buscando asegurar la coherencia del ordenamiento jurídico y la seguridad jurídica.



Con estos parámetros, el Anteproyecto incorpora algunos aspectos concretos de la Directiva (destinados a promover el incremento de protección de consumidores y usuarios), mediante la modificación del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, como ocurre con las obligaciones concretas de información en determinado tipo de prácticas comerciales que posibilitan al consumidor adoptar una decisión sobre la contratación o el régimen de control y sanción administrativa.

La Directiva, o más precisamente su obligada y cabal incorporación al Derecho interno de cada uno de los Estados miembros, exige en nuestro caso reformas puntuales del texto de la Ley de Ordenación de Comercio Minorista. Por demás, dado que el Anteproyecto opta por incluir en la Ley de Competencia Desleal el régimen jurídico de la publicidad engañosa, la publicidad comparativa y la publicidad desleal, parece necesaria la reforma de la citada Ley General de Publicidad, para eliminar duplicidades que podrían afectar al principio de seguridad jurídica, evitando eventuales contradicciones e incongruencias.

La transposición de la Directiva comunitaria ha trastocado el esquema de ilícitos concurrenciales, absorbiendo la regulación de la publicidad desleal que hasta el momento mantenía una dualidad entre la Ley General de Publicidad y la Ley de Competencia Desleal. Dualidad que el Tribunal Supremo ha expresado en el sentido de considerar que,

«[e]l ilícito publicitario puede ser al mismo tiempo un ilícito competencial, del que pueden nacer diferentes acciones incluso acumulables (arts. 32 y 33, antes de la derogación de este último por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000). Además, la Ley de Competencia Desleal abarca la publicidad ilícita. Así, el art. 5º reputa desleal "todo



comportamiento" que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe, por lo que no excluye aquella actividad; el art. 6 considera desleal "todo comportamiento" que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos; el art. 7, al definir los actos de engaño, considera desleal la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, lo mismo que el art. 9 al tipificar los actos de denigración, prevé la difusión de manifestaciones. En suma, las acciones por publicidad ilícita no pueden desplazar a las de competencia desleal, y el demandante puede optar por interponer aquéllas o éstas, acumularlas con respeto a los requisitos legales, o ejercitarlas alternativamente» (Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 4 de julio de 2005).

Siguiendo con el contenido del Anteproyecto, es posible distinguir entre aquellos preceptos que concluyen en modificaciones menos significativas del régimen existente, como es el caso del ámbito objetivo, subjetivo y territorial de la norma, la cláusula general de ilicitud concurrencia, concepto de ilícito competencial, sin perjuicio de la definición general del mismo, y la enumeración de tipos concurrenciales concretos, y aquellos contenidos del Anteproyecto de carácter más novedoso, como el concepto, a efectos de la ley, de comportamiento económico del consumidor o usuario medio, el comportamiento económico de grupos identificables como consumidores o usuarios especialmente vulnerables para determinadas prácticas comerciales, o la reforma de las prácticas desleales con los consumidores o usuarios que afecta a los actos de confusión engañosos, las omisiones engañosas, las prácticas engañosas sobre códigos de conducta u otros distintivos de calidad, las prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas, prácticas engañosas sobre la naturaleza y propiedades de los bienes o servicios, su disponibilidad y los servicios posventa, prácticas de venta piramidal, prácticas engañosas por confusión, prácticas comerciales encubiertas, así como otras prácticas que se reputan desleales por engañosas, las prácticas agresivas por coacción,



por acoso, por influencia indebida, en relación con menores y el fomento de códigos de conducta.

Estructuralmente, el Anteproyecto consta de una Exposición de Motivos, cuatro artículos, una Disposición derogatoria, y tres Disposiciones finales.

1. El artículo primero recoge las modificaciones introducidas a la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, concretamente a los artículos 2 a 8 y 10 y 11, y los Capítulos III y IV, dedicados a:

- el ámbito de aplicación de la ley,
- la cláusula general de ilicitud concurrencial, de práctica desleal como aquella objetivamente contraria a las exigencias de buena fe,
- el concepto, a efectos de la ley, de comportamiento económico del consumidor o usuario,
- el comportamiento económico de un grupo identificable como el de consumidores o usuarios especialmente vulnerables a determinadas prácticas comerciales,
- la definición detallada, minuciosa y comprensiva de las prácticas que constituyen actos de engaño, prácticas agresivas, actos de comparación, y actos de imitación,
- la reforma del Capítulo III relativo a las prácticas desleales con los consumidores o usuarios que regula, en el texto propuesto, los actos de confusión engañosos, las omisiones engañosas, las prácticas engañosas sobre códigos de conducta u otros distintivos de calidad, las prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas, prácticas engañosas sobre la



naturaleza y propiedades de los bienes o servicios, su disponibilidad y los servicios posventa, prácticas de venta piramidal, prácticas engañosas por confusión, prácticas comerciales encubiertas, así como otras prácticas que se consideren desleales por engañosas, las prácticas agresivas por coacción, por acoso, por influencia indebida, en relación con menores, y el fomento de los códigos de conducta, y

- la modificación del Capítulo IV, relativo a las acciones derivadas de la competencia desleal, que regula las citadas acciones, las acciones previas al ejercicio de las acciones judiciales ante los responsables de los códigos de conducta, introduce alguna modificación en la legitimación activa y pasiva de cada una de las acciones, y prevé el régimen de prescripción, las diligencias preliminares, y la regla de la carga de la prueba.

2. El artículo segundo reúne las reformas previstas de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, concretamente de los artículos 18, 22, 23 y 32 de la misma, así como el Título II del Capítulo VI, que afectan a:

- actividades de promoción de ventas susceptibles de ser reputadas como desleales,
- venta multinivel,
- prohibición de ventas en pirámide, y
- ventas con obsequio o prima.

3. El artículo tercero modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

de noviembre, concretamente en lo previsto por sus arts. 8, 18, 19, 20, 47.3, 49, 50, 60 y 63, referidos a:

- aplicación de los principios generales a las prácticas comerciales,
- la consideración de prácticas comerciales a efectos de la ley,
- el régimen de información necesaria en la oferta comercial de bienes y servicios,
- el régimen de infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios, y
- la información final obligatoria que debe incluir todo presupuesto de una práctica comercial, así como la obligación y los casos en que corresponde elaborar un presupuesto previo.

4. El artículo cuarto, recoge la modificación de los Títulos I y II de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre de 1988, General de Publicidad, en lo que se refieren a:

- objeto y definiciones de la ley en punto a los conceptos de publicidad y destinatarios de la misma, y
- el régimen de publicidad ilícita y de las acciones para hacerla cesar, que incluye la regulación de la publicidad ilícita, de la publicidad subliminal, de la publicidad sobre determinados bienes, actividades o servicios, las acciones de protección y cesación, y las reglas de legitimación activa y pasiva.

5. Finalmente, en cuanto a las Disposiciones al articulado, el Anteproyecto incluye, como se expuso con anterioridad, una derogatoria



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

y tres Disposiciones finales, la última de las cuales determina como fecha de entrada en vigor el día siguiente a su publicación en el Boletín Oficial del Estado; por su parte,

- la Disposición final primera recoge la determinación del título competencial aplicable, señalándose a estos efectos la conjunción de lo dispuesto en el art. 149.1.6 CE, referido a la competencia exclusiva del Estado para regular el Derecho mercantil de la competencia y la legislación procesal; la competencia para dictar legislación básica que amparan las reglas del art. 149.1.1 y 13 CE, sobre condiciones básicas del ejercicio de los derechos, y bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, y el art. 149.1.6 y 8 CE, en materia de legislación civil y mercantil, y
- la Disposición final segunda, expresa la finalidad y función de la Ley como vehículo de incorporación al ordenamiento interno de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y de la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa.

6. El texto del Anteproyecto no ha sido acompañado por el órgano remitente de la documentación legalmente prevista. En este sentido, no se han remitido a este Consejo ni la Memoria Explicativa, ni los Informes sobre la necesidad y oportunidad del Anteproyecto, sobre el impacto por razón de género de las medidas que establece, ni la Memoria económica estimatoria de los costes si los hubiere, documentación,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

estudios e informes a que viene obligado por el art. 22 de la Ley del Gobierno.

III

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ANTEPROYECTO

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, es decir, la denominada “Directiva sobre las prácticas comerciales desleales”, constituye ejemplo destacado de la preocupación y acción legislativa comunitaria en la materia. La incorporación de esta Directiva, ciertamente extensa y de mayor alcance a las dictadas con anterioridad sobre estas cuestiones, que desde la dimensión comunitaria introduce una nueva perspectiva de política-legislativa en la regulación de la competencia desleal, al Derecho español es el objetivo primordial del Anteproyecto de Ley objeto de informe, por el que se pretende la reforma de las diversas leyes que se ven afectadas por la normativa comunitaria y cuya modificación se muestra necesaria al efecto de proceder a una cabal implementación de esta legislación comunitaria derivada, en primer lugar, y, en segundo, mantener la coherencia e integridad entre las normas internas que regulan distintos aspectos de la materia y entre las que existe una indudable conexión de sentido.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

En todo caso, la legislación interna en la materia hace ya tiempo que es deudora de la normativa comunitaria, y desde luego, no es la primera ocasión en la que nuestro legislador viene conminado a actuar a fin de transponer una ingente, y cada vez más numerosa, normativa comunitaria que en materia de represión de las prácticas de competencia desleal comenzó, de forma especialmente relevante, con la adopción de la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa, para seguir con la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (conocida como “Directiva de Televisión sin Fronteras”), la Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997, por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa, la Directiva 92/28/CEE del Consejo, de 31 de marzo de 1992, sobre publicidad de medicamentos de uso humano, 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 el comercio electrónico en el mercado interior, y la Directiva 2000/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco; todas ellas incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico y cuyas normas implementadoras se ven afectadas, en algún caso, por la introducción de la regulación prevista en la Directiva de 2005.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

La Directiva 2005/29/CE se configura como una Directiva marco, o de carácter general, de armonización plena (o de máximos, frente a las anteriores que optaron por una intervención de menor densidad y promovieron una armonización de mínimos que no dio los resultados esperados como señaló de forma recurrente el Tribunal de Justicia de las Comunidades que hubo de enfrentarse con la aplicación de normas internas en materia de competencia desleal que provocaban limitaciones a la libre circulación de mercancías o servicios en el mercado interior, y reconoció la Comisión en diversos documentos, singularmente en el Libro Verde sobre las Comunicaciones Comerciales en el Mercado Interior [COM(96) 0192 final], y en las comunicaciones posteriores a su seguimiento), estableciendo, en concreto, un régimen de la competencia desleal vinculado en las prácticas comerciales desleales, desarrolladas por las empresas en sus relaciones con los consumidores, que impliquen perjuicios directos en los intereses económicos de éstos; regulación que debe primar en su aplicación sobre las disposiciones relativas a aspectos concretos de esas prácticas comerciales y de la que los Estados no pueden apartarse, ni aun para establecer un régimen más protector.

La Directiva regula así junto a las cuestiones generales relativas a su objeto y ámbito de aplicación y modificación de Directivas anteriores, tres grandes grupos temáticos, que son incorporados en el Anteproyecto que se informa; a saber, las prácticas comerciales desleales, los códigos de conducta y los remedios y sanciones que deben establecer las legislaciones internas contra las prácticas comerciales desleales. El contenido de la Directiva presenta un régimen de represión de la competencia desleal que difiere, y explica algunas de las opciones del



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Anteproyecto, de nuestro ordenamiento interno en aspectos sistemáticos y formales, y en menor grado en aspectos sustantivos.

De hecho, el Anteproyecto no introduce un régimen radical y absolutamente diverso del que contiene nuestro ordenamiento. No supone, pues, un cambio notable en el régimen jurídico aplicable a las prácticas comerciales. Cabe sostener que, principalmente, las reformas se limitan a introducir incisos que incrementan la precisión de las conductas calificadas como prácticas comerciales desleales, dan nueva redacción a definiciones ya recogidas en la legislación vigente, modifican la sistemática de los preceptos, y, en lo que se refiere a las normas procesales que recoge el Anteproyecto, no incorporan acciones desconocidas, sino que proceden a su sistematización y regulación en atención a los dictados de la LEC de 2000, que ya introdujo novedades en el ámbito de la legitimación activa de consumidores y usuarios en defensa de sus intereses y derechos (arts. 6.7 y 11 LEC), y que contempla así mismo las acciones de cesación, de rectificación y de enriquecimiento injusto.

Junto a la Directiva 2005/29/CE antes citada, que modifica las Directivas 84/450/CEE del Consejo, 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, el Anteproyecto sirve también como vehículo normativo adecuado para, como señala su Disposición final segunda, proceder a la incorporación de la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

El Anteproyecto opta, *“por razones tanto materiales como de técnica legislativa”*, según reza su Exposición de Motivos, razones que, en todo caso, no especifica, por agrupar el conjunto de modificaciones diferentes en un texto de aprobación conjunta en sede parlamentaria, pero llamado, *a posteriori*, a incorporarse, precepto a precepto, a cada una de las leyes que se proyecta reformar: principalmente, la Ley de Competencia Desleal, en tanto, *“ley general, capaz de satisfacer heterogénea demanda social que registra el sector desde la perspectiva unitaria del fenómeno concurrencial”*, que recoge los aspectos dedicados a la protección y satisfacción de los intereses privados de los empresarios y de los intereses económicos de los consumidores, la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, y la Ley General de Publicidad.

A la elección que constituye el Anteproyecto en cuanto al modo y forma de proceder a la incorporación de la norma comunitaria, no cabe plantear objeción alguna, habida cuenta que esta opción integra el margen de libertad que la Constitución reconoce al legislador, y además utiliza un instrumento normativo, la ley, que tanto material, como competencial y formalmente respeta los procedimientos constitucionales así como el rango de ley que exige la materia. Por demás, la materia objeto de este Anteproyecto se sitúa en el ámbito de las competencias del Estado, si bien, determinados preceptos, como se recoge en la Disposición final primera, poseen carácter de legislación básica por cuanto el Estado únicamente posee competencia para regular estos aspectos en sus elementos básicos (esto es, dictar la legislación básica); por tanto, cumple a las Comunidades Autónomas el desarrollo y ejecución de las bases estatales, en el marco fijado en estas bases y



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

según los dictados de la normativa comunitaria, a fin no sólo de su cabal incorporación al Derecho interno, sino también de evitar la condena del Estado por un eventual incumplimiento.

En definitiva, de conjunto, el Anteproyecto responde adecuadamente a su objetivo múltiple, singularmente, incorpora a nuestro Derecho el grado de armonización en la materia buscado por las normas comunitarias, favoreciendo la protección de consumidores y usuarios frente a prácticas competenciales desleales, introduce el cuerpo principal de la Directiva comunitaria en la ley de Competencia Desleal, lo que permite dotar de coherencia al ordenamiento jurídico aplicable en esta materia, refuerza el principio de seguridad jurídica, y promueve la coherencia del resto de las normas afectadas mediante su reforma e incorporación de aspectos parciales y específicos de la norma comunitaria, aprovechando la ocasión para trasponer también la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, y recoger su régimen mediante la modificación de la Ley General de Publicidad.

IV

CONSIDERACIONES SOBRE EL CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO

La regulación contenida en el Anteproyecto integra plenamente el ámbito material del Derecho mercantil relativo a la competencia desleal,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

que encuentra acomodo constitucional en el reconocimiento, de una parte, de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado que contempla el art. 38 CE, y que impone a los poderes públicos la labor de garantizar y proteger su ejercicio, así como la defensa de la productividad, *“de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”*, y, de otra, en el contenido del art. 51.1 CE que entrega, entre otras funciones, a estos mismos poderes públicos la garantía de la defensa de los consumidores y usuarios *“protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”*.

Con este doble anclaje constitucional y con la finalidad de promover una regulación que permita a empresas y consumidores obtener los máximos beneficios que resulten del mercado interior, el Anteproyecto pretende la modificación de varias leyes actualmente vigentes aplicables en esta materia, incorporando, de este modo, a nuestro ordenamiento jurídico, la Directiva comunitaria, antes citada, cuyo régimen sustantivo no supone una transformación radical del ahora vigente.

Ciertamente, las reformas que el Anteproyecto pretende introducir en la legislación mercantil de la competencia, son fundamentalmente de carácter formal y sistemático, con la inclusión de nuevas definiciones de conceptos ya conocidos en nuestra legislación y en la práctica jurisprudencial. Nuevas definiciones que, tampoco en este caso, son radical y absolutamente distintas de las ahora existentes; antes bien, se trata de reformulaciones más amplias, en tanto describen conductas proscritas por la norma de forma más extensa y comprensiva de conductas, con el fin evidente de promover la mejora de las



posibilidades de defensa y protección de los derechos e intereses económicos de consumidores y usuarios.

En este contexto, el contenido del Anteproyecto viene sustancialmente impuesto por la Directiva europea, hasta el punto de que algunos preceptos contenidos en el mismo no son sino reproducción de la norma comunitaria, que, como se dijo en el apartado anterior, ha optado por un nivel de armonización máxima reduciendo hasta casi su desaparición el margen de libertad de los Estados.

Así se refleja en la nueva redacción que se da al ámbito de aplicación de la Ley de Competencia Desleal, así como en la modificación de la cláusula general prevista en el art. 5 de esta Ley que reputa desleales los comportamientos contrarios a la buena fe, entendida ésta, tal como exige la Directiva, a partir de la confluencia de dos elementos:

- i) que el comportamiento del empresario o profesional resulte contrario a la diligencia profesional que le es exigible en sus relaciones con los consumidores, y
- ii) que ese comportamiento sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo al que se dirige.

La integración de estos dos estándares de conducta en una cláusula general de contenido sustantivo propio no es ajena a nuestro ordenamiento mercantil. En este sentido, el art. 6 b) de la vigente Ley General de Publicidad, tras su reforma de 2002, y cuyo texto reforma el Anteproyecto sometido a informe, recurre a los estándares de conducta



derivados de las “*normas de corrección y buenos usos mercantiles*” y de las “*exigencias de la buena fe*”, y la cláusula general de buena fe que establece el actual art. 5 de la Ley de Competencia Desleal (también sometido a la propuesta de modificación legislativa), ha sido interpretado por nuestra jurisprudencia a partir de las prácticas y usos honestos, especialmente, de las exigencias que derivan de las normas de corrección y buenos usos mercantiles (al respecto, entre otras muchas, cabe mencionar las *Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1998 «Cadena Clarín», y de 19 de abril de 2002 «Asersa Oviedo, S.L. c Asintesa S.L y otros»*), concretando su contenido,

«en primer lugar, a través de los principios acogidos en las normas que tipifican supuestos de hecho como actos de competencia desleal (conductas que frustran o dificultan la libre formación de preferencias o restan transparencia al mercado; o constituyen técnicas de presión sobre el consumidor, o implican el expolio o aprovechamiento del esfuerzo ajeno y de sus resultados; o constituyen conductas predatorias, etc.). Sin perjuicio de todo ello, hay que tener en cuenta a continuación los imperativos éticos de orden general, esto es la buena fe en sentido objetivo (SSTS de 20 de marzo de 1996, 15 de abril de 1998, 16 de junio de 2000, 19 de abril de 2002, 14 de marzo de 2007, etc.), como "una exigencia ética significada por los valores de honradez, lealtad, el justo reparto de la propia responsabilidad y el atenerse a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena". Esta atención a los límites éticos de carácter general ha de entenderse subordinada a las exigencias directamente derivadas del principio de competencia económica, pues no debe reprimirse con el mero apoyo de límites éticos una conducta "que se revele concurrentialmente eficiente, que promueva las prestaciones de quien la ejecuta o de un tercero por sus méritos, sin provocar una alteración en la estructura competitiva o en el normal funcionamiento del mercado"» (Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2007).

Con este mismo fin se incorpora al texto legislativo la definición comunitaria de comportamiento económico, asegurando de este modo, a más de la trasposición correcta del mismo, la interpretación y aplicación adecuada en determinados supuestos en que, la concurrencia de este elemento, resulta singularmente relevante. Así en el caso de los



comportamientos engañosos y agresivos, que sólo podrán ser calificados como desleales en cuanto susceptibles de afectar al comportamiento económico de los destinatarios.

Por el contrario, no se introduce en el texto del Anteproyecto el concepto de consumidor medio; concepto que posee una importancia sobresaliente en la aplicación de los términos legales: pues, la consideración del mismo es criterio determinante en la calificación y valoración de prácticas empresariales concretas destinadas a consumidores y usuarios.

Cierto es que este concepto no posee una definición normativa distinta de la conceptualización que del mismo ha realizado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Se trata, pues, de un concepto eminentemente jurisprudencial que no atiende al dato estadístico al que su denominación evoca, sino que exige de jueces y tribunales nacionales una solución concreta en cada caso, teniendo en cuenta los parámetros establecidos al efecto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y que permiten calificar como consumidor medio al que está normalmente informado, y es razonablemente atento y perspicaz, considerando factores sociales, culturales y lingüísticos (*Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de julio de 1998, asunto C-210/96 «Gut Springeheide GMBH c. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt», 28 de enero de 1999, asunto C-303/97 «Verbraucherschutzverein eV c. Sektkellerei G. C. Kessler GmbH und Co.», de 4 de enero de 2000, asunto C-465/98 «Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln eV c. Adolf Darbo AG», 13 de enero de 2000, asunto C-220/98 «Estée Lauder Cosmetics GMBH & Co. KG c. Lancaster Group GMBH»*); criterio



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

ya seguido por los tribunales españoles para determinar y sancionar los supuestos de publicidad engañosa y desleal y de competencia desleal (Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1997 «etiquetas autoadhesivas», de 6 de octubre de 2004 «*Presto Ibérica, S.A. c. Industrias Montserrat, SA*», de 5 de octubre de 2005 «*Cregi s. A. c. Sony España SA y El Corte Inglés SA*»).

En el marco permitido por la norma comunitaria, se establece un marco unitario para el régimen jurídico de los actos de engaño y de las prácticas agresivas, en el que resulta exigible igual nivel de corrección de la práctica cuando la misma se dirija a consumidores y usuarios o cuando se dirija a los empresarios. Esta disposición pretende contribuir a potenciar la protección de la competencia y reforzar en la misma el recurso a los más altos estándares de corrección. Para ello se incorpora la regulación de los códigos de conducta, así como las reglas de sometimiento empresarial a los mismos y las posibilidades de mostrar un distintivo acreditativo de su aceptación. El recurso a estos códigos de conducta sirve al objetivo material principal del Anteproyecto, y por supuesto de la norma comunitaria, de incrementar la protección de los consumidores y usuarios y tutelar al máximo nivel sus intereses económicos, con técnicas ágiles y flexibles que permitan aunar las eventuales posiciones susceptibles de controversia.

Con este mismo fin se modifican las normas procesales que contiene la Ley de Competencia Desleal, incorporando la regla de la carga de la prueba en lo que se refiere a la veracidad y exactitud de las afirmaciones de hecho vertidas por empresarios o profesionales, así como las acciones de cesación frente a prácticas desleales que causen perjuicio en los intereses económicos de los consumidores. En el mismo



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

contexto se ha de valorar la previsión de acciones susceptibles de interposición frente a los empresarios adheridos públicamente a códigos de conducta (cuando infrinjan las obligaciones libremente asumidas o incurran en conductas calificadas legalmente como de competencia desleal), y las acciones contra los responsables de tales códigos (si promoviesen actos desleales). Sobre las cuestiones relativas a estas normas procesales se volverá más adelante en este Informe.

Estas mismas premisas comparten las modificaciones propuestas del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, estableciendo la compatibilidad del régimen establecido en la norma comunitaria, y que ahora se pretende incorporar a nuestro ordenamiento, con la regulación específica destinada a determinados sectores, así como con las normas que regulan prácticas comerciales concretas (como es el caso de los servicios financieros o bienes inmuebles, que son también transposición de normas europeas).

Con esta finalidad de promover la tutela y protección de los derechos de consumidores y usuarios, se modifica la regulación contractual sobre la información del precio y del presupuesto previo del consumidor, las características del bien o servicio, y sus condiciones de prestación y garantías, y se procede a una nueva regulación de infracciones, en realidad no más de una adaptación y actualización de la existente, y, con carácter más preocupante, se introduce una nueva graduación de las sanciones, a la que se referirá este informe más adelante, cuya redacción adolece de cierta imprecisión y necesita reconsideración.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Las modificaciones introducidas en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista poseen una menor entidad, en cuanto se limitan a adecuar la regulación de las ventas promocionales a las disposiciones de la Directiva, para mantener la regulación sustantiva de la ordenación de la actividad comercial (que es, como se dijo, competencia del Estado únicamente en lo relativo a la aprobación de la legislación básica, correspondiendo desarrollo y ejecución al ámbito competencial propio de las Comunidades Autónomas). En definitiva, las reformas introducidas no alcanzan a la sustancia de la norma, ni al régimen de competencias existente, mostrándose necesarias para mantener la coherencia del ordenamiento en materia de competencia desleal. De ahí, que incluso se remita expresamente a la Ley de Competencia Desleal cuando se afecte a los legítimos intereses económicos de los consumidores.

Precisamente, esta remisión a la Ley de Competencia Desleal y al carácter de la misma como norma principal y eje de la transposición de la Directiva comunitaria, permite plantear la eventual oportunidad de proceder a la derogación del art. 14 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista. Este precepto regula la prohibición de venta con pérdida, al margen de las actividades de ventas en rebajas, promoción, saldos, o liquidación que regula la misma ley más adelante. El espíritu y fundamento de la prohibición del art. 14 se encuentra en la protección de los consumidores, proscribiendo prácticas que pudieran resultar engañosas para sus intereses. Toda vez, que el Anteproyecto presentado introduce en la redacción de la Ley de Competencia Desleal la definición general de los actos de engaño y de las conductas que por engañosas con los consumidores han de reputarse desleales, parece adecuado reconsiderar la posible duplicidad que pudiera crearse, con el consiguiente riesgo de confusión en la determinación de la legislación



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

aplicable, así como la inseguridad que introduce en los operadores jurídicos, sin olvidar la ocasión que ofrece para la incoherencia normativa.

Por lo que se refiere a la Ley General de Publicidad, se modifica el régimen general de publicidad ilícita para adecuarlo a lo previsto en la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, que también se incorpora al ordenamiento interno español por este Anteproyecto (como prevé la Disposición final segunda del mismo).

Reforma, también el Anteproyecto, las normas procesales, regulando especialmente las acciones de cesación en coherencia con la modificación prevista para la Ley de Competencia Desleal en la materia; cuestión que se abordará a continuación de forma diferenciada.

Del variado contenido del Anteproyecto, este Informe, sin perjuicio de las consideraciones generales expuestas, se circunscribirá a los aspectos directamente vinculados con las normas procesales y de tutela de derechos por los órganos de la jurisdicción, por ser ésta la materia que habilita y faculta la competencia consultiva de este Consejo, como se deduce del art. 108.1 LOPJ; en concreto:

1. El régimen de acciones derivadas de la competencia desleal contemplado en el Capítulo IV de la Ley de Competencia Desleal (arts. 32 a 38).
2. La definición de las prácticas agresivas por coacción y por acoso, previstas por el Anteproyecto para los arts.



27 y 28, respectivamente, de la Ley de Competencia Desleal.

3. El régimen de tipificación de infracciones y sanciones y las reglas de gradación de las mismas que se contiene en el art. 50 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios y otras Leyes complementarias.
4. Las normas procesales que recogen los arts. 6 a 8 de la Ley General de Publicidad.

1. Régimen de acciones derivadas de la competencia desleal

El Anteproyecto reforma el Capítulo IV de la Ley de Competencia Desleal, que en la nueva redacción pasa a titularse «Acciones derivadas de la competencia desleal», agrupando, sus previsiones, el contenido que antes recogían los Capítulos III y IV de la misma Ley, dedicados a las acciones derivadas de la competencia desleal y a las disposiciones procesales, respectivamente.

El nuevo texto propuesto no introduce novedad sustancial respecto al Derecho vigente. De hecho, en realidad no parecen suponer sino una resistemización del mismo.

De un lado, por lo que se refiere a las normas aplicables al procedimiento, la competencia territorial y las medidas cautelares, que no prevé el Anteproyecto, no son objeto de modificación, pues, ya fueron



objeto de reforma por la Disposición final cuarta de la Ley de Enjuiciamiento Civil que reformó el art. 22 de la Ley de Competencia Desleal, para disponer que los procesos en esta materia se regirán con arreglo a lo dispuesto en la LEC para el juicio ordinario, y derogó los arts. 23 y 25 de la misma ley que regulaban, sucesivamente, las otras cuestiones enunciadas.

En este sentido, la LEC 2000 dispone, en la redacción dada al art. 249.4º por la reforma introducida por la Disposición adicional segunda, número dos, de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que se decidirán en conforme a los trámites del juicio ordinario *“[l]as demandas en materia de competencia desleal, defensa de la competencia, en aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea o de los arts. 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, siempre que no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, en cuyo caso se tramitaran por el procedimiento que les corresponda en función de la cuantía que se reclame. No obstante, se estará a lo dispuesto en el punto 12 del apartado 1 del art. 250 de esta Ley cuando se trate del ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios en materia de publicidad”*; precepto, el último citado, que sitúa estas acciones en el ámbito del juicio verbal.

Hasta aquí, como se infiere del precepto transcrito, nada ha cambiado. Por demás, la ley jurisdiccional civil incorporó en el texto aprobado en 2000 las previsiones más avanzadas en materia de protección de los consumidores, reconociendo la legitimación activa de asociaciones de consumidores y usuarios en defensa de los derechos



de sus miembros (art. 11 LEC), y de grupos, sin personalidad, de consumidores o usuarios afectados por hecho dañoso (art. 6.7 LEC), incrementando notablemente las posibilidades de tutela y defensa jurisdiccional de los derechos e intereses económicos de este colectivo. Todo ello, sin olvidar el carácter general de la LEC como norma procesal de aplicación supletoria en caso de ausencia de norma específica.

Por otra parte, la doctrina especializada y la jurisprudencia han venido calificado el proceso en materia de competencia desleal, como un proceso ordinario con especialidades, como un proceso de cognición y plenario, con declaración de actividad comercial ilícita en las acciones de deslealtad del acto, con prohibición de realizar determinadas conductas en las acciones de cesación o prohibición, o con declaración de obligaciones de hacer en la remoción y en la rectificación de informaciones inexactas, mientras que en las acciones de resarcimiento y en las de enriquecimiento injusto vendría dotado de un carácter indiscutiblemente indemnizatorio.

En cuanto a la competencia territorial, resulta de aplicación el art. 52.12, que en la nueva LEC ya previó expresamente una regla específica para las acciones de competencia desleal, para atribuir los juicios sobre competencia desleal al *“tribunal del lugar en que el demandado tenga su establecimiento y, a falta de éste, su domicilio o lugar de residencia, y cuando no lo tuviere en territorio español, el tribunal del lugar donde se haya realizado el acto de competencia desleal o donde se produzcan sus efectos, a elección del demandante.”*

Por lo demás, la regulación de la prescripción y de las diligencias preliminares es similar a la vigente, cambiando, sólo, la numeración de



los preceptos. No obstante, en el próximo apartado de este informe se realizará alguna observación acerca del régimen de prescripción previsto.

De otro, en cuanto a las acciones en materia de competencia desleal, tampoco existe una modificación sustancial. Las novedades se refieren únicamente a:

- i) La ampliación de la legitimación activa que, como es sabido, formaba parte ya de las previsiones generales en materia de legitimación activa contenidas en la LEC. Así también se ha de entender la supresión, pretendida por el Anteproyecto, de la regla de legitimación que se recogía en el art. 18.4 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, y que pasaría a regirse por lo dispuesto para las acciones de cesación según la nueva redacción de la Ley de Competencia Desleal.
- ii) La ampliación del objeto de la acción de cesación del acto o de prohibición si todavía no se ha practicado, que podrá ejercitarse también frente a los códigos de conducta que fomenten o impulsen actos desleales (nuevo art. 32.1.2º de la Ley de Competencia Desleal en la propuesta del Anteproyecto); ampliación que resulta coherente con la regulación de la función y valor de los códigos de conducta que realiza el mismo Anteproyecto.
- iii) La introducción de un procedimiento de acciones previo al ejercicio de las acciones judiciales ante los responsables de los códigos de conducta; se trata de un procedimiento ajeno al ámbito jurisdiccional,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

anterior al mismo, que pretende arribar a una solución convenida de la controversia sin necesidad de acudir a la jurisdicción. Se trata de establecer canales que permitan una solución, una respuesta más rápida, ágil y flexible, y, por tanto, más eficaz, para impedir la práctica de actos de competencia desleal, o para paralizar su ejercicio.

Esta modalidad de resolución de conflictos, que trata de facilitar medios alternativos extrajudiciales a las partes para llegar a un acuerdo o resolución, forma parte de la experiencia de códigos de conducta, códigos deontológicos, o de sometimiento voluntario a convenios de arbitraje, por citar algunos ejemplos, que se ha venido desarrollando en la práctica europea. De hecho, constituye uno de los elementos más reclamados y recomendados por las instituciones comunitarias en punto a su adopción en los ordenamientos internos en el ámbito del Derecho mercantil, y es uno de los contenidos de la Directiva.

Por lo demás, este procedimiento sigue los principios básicos de los de su naturaleza (requerimiento previo, plazo de actuación conforme a lo requerido, plazo para accionar jurisdiccionalmente el proceso en el supuesto de respuesta negativa), sumamente inspirado en las reclamaciones previas al ejercicio de acciones derivadas del derecho de rectificación (bien en el plano de la competencia desleal y la publicidad ilícita, bien en el marco que ofrece la Ley Orgánica reguladora del Derecho de Rectificación, como instrumento de reparación del honor personal contra informaciones erróneas o inveraces, rápido, sumario y compatible con el eventual ejercicio de



acciones civiles y/o penales de protección de este derecho fundamental).

- iv) La regulación de la carga de la prueba anunciada en la Exposición de Motivos del Anteproyecto como uno de los elementos relevantes de la reforma, no se ve, de hecho, afectada por la propuesta de modificación.

En este sentido, el art. 38 que propone introducir el Anteproyecto, dispone que en estos procedimientos *“corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y la veracidad de las afirmaciones de hecho realizadas en la conducta enjuiciada, pudiendo considerarse inexactas o inveraces si no se presenta la prueba correspondiente o si la prueba aportada es insuficiente”*; previsión que no es sino una especificación de la regla prevista en el art. 217.4 LEC que establece que *“[e]n los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente”*.

En todo caso, parece una correcta incorporación de la previsión e intención de la norma comunitaria, permitiendo toda la funcionalidad de la misma en el estrecho margen de maniobra que la Directiva ha delegado al ordenamiento de cada Estado miembro. La carga de la prueba que establece la Directiva comunitaria de 2005 sobre prácticas desleales, que se recupera de la Directiva 84/450/CEE, impone a los Estados que, sin perjuicio de las normas procesales internas, atribuyan competencias, o facultades, a los órganos



competentes para la fiscalización de los procedimientos en materia de acciones contra prácticas desleales, tanto si se trata de órganos judiciales como si son órganos administrativos, para imponer, atendidas las circunstancias del caso, al demandado la carga de la prueba de la veracidad y exactitud de sus afirmaciones, y considerar inexactas éstas afirmaciones si las pruebas exigidas no se presentan, o si, habiéndose presentado, resultaran insuficientes.

2. La definición de las prácticas agresivas por coacción y por acoso, previstas por el Anteproyecto para los arts. 27 y 28, respectivamente, de la Ley de Competencia Desleal

El Anteproyecto define como prácticas agresivas, reputándolas desleales, de un lado, *“las prácticas comerciales que creen la impresión de que el consumidor o usuario no puede abandonar el establecimiento del empresario o profesional o el local en el que se realice la práctica comercial, hasta haber contratado”*, prácticas que el Anteproyecto califica como agresivas por coacción en el art. 27, y de otro, *“realizar visitas en persona al domicilio del consumidor o usuario, ignorando sus peticiones para que el empresario o profesional abandone su casa o no vuelva a personarse en ella, salvo en las circunstancias y en la medida en que esté justificado para hacer cumplir una obligación contractual”*, conductas que determinan la consideración, según el art. 28, de prácticas agresivas por acoso.

La redacción transcrita que el Anteproyecto pretende dar a estos dos preceptos, y por tanto a la conceptualización de estas conductas, merece algún comentario por parte de este Consejo, así como una



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

recomendación general sobre la conveniencia de replantear su tipificación.

En primer lugar, ambos preceptos adolecen de una importante falta de precisión, de la concreción adecuada que debe darse a toda norma de carácter restrictivo, y eventualmente sancionador, en atención al principio constitucional de seguridad jurídica.

La utilización de términos como *“que creen la impresión”*, introduce en toda norma, pero especialmente, en aquella que posee un carácter restrictivo de determinadas conductas, un alto grado de indeterminación y ambigüedad que resta seguridad jurídica, y que no se compadece bien con las exigencias derivadas de los principios de tipicidad, taxatividad y legalidad que debe cumplir la norma. La incorporación a la Ley de criterios difícilmente objetivables y con un alto grado de indeterminación dificulta su aplicación y la creación de una doctrina y jurisprudencia uniforme en la materia, afectando, a la postre, a la propia mejora de la defensa y tutela de los consumidores que el Anteproyecto pretende, sin olvidar la inseguridad que puede derivarse para los empresarios y profesionales que participan en la actividad comercial.

Pero además, el texto, tal y como se recoge en el Anteproyecto, describe conductas susceptibles de examinarse a partir de los dictados del Código Penal. Las conductas que se contemplan en los preceptos antes citados, y que constituyen infracciones a la luz de la Ley de Competencia Desleal, pueden ser constitutivas de una falta o delito, según la gravedad de la conducta, de coacciones (según lo previsto en



los arts. 620.2º y 172 del Código penal, respectivamente), o de un delito de allanamiento de morada del art. 202 Cp.

En este sentido, nótese que el Anteproyecto utiliza como criterio determinante para calificar la visita realizada de forma personal al domicilio del consumidor o usuario, como práctica agresiva por acoso, que dicha visita se realice *“ignorando sus peticiones (las del consumidor o usuario) para que el empresario o profesional abandone su casa o no vuelva a personarse en ella”*; criterio que parece coincidir con el empleado por el legislador penal al calificar como allanamiento de morada, la conducta del *“particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador”*.

No es labor de este Consejo valorar la intención del legislador al incluir estas conductas entre las infracciones de la competencia. Pero, no obstante, sí parece adecuado y conveniente que se alerte por este órgano constitucional de las objeciones y dificultades que el Anteproyecto plantea en sus términos actuales. En este orden de cosas, conviene que el legislador reconsidere la redacción propuesta para estos preceptos, previendo una calificación de la conducta que remita su descripción a acciones no subsumibles eventualmente en tipos penales ya previstos por nuestro ordenamiento.

Al fin y al cabo, la obligación que nace de la Directiva comunitaria se limita a la incorporación de su contenido, sin extenderse al modo y procedimiento que, a tal efecto, sigue el Estado. Desde el punto de vista comunitario, no es relevante qué concreta ley sirve para trasponer la Directiva al Derecho interno de cada Estado, sino que el Estado utilice el



instrumento normativo que resulte adecuado según el ordenamiento constitucional propio, con el fin de evitar que los ilícitos constitucionales de los que pueda derivar la nulidad e ineficacia de la ley de transposición impida el llamado efecto útil del Derecho comunitario, es decir, la aplicación del mismo por los Estados miembros en su conjunto, con la consiguiente afección al logro de los objetivos comunitarios, y singularmente por lo que se refiere a esta Directiva, establecer un marco común al que quedan sometidas las prácticas comerciales susceptibles de causar perjuicios en los intereses económicos de los consumidores, removiendo los obstáculos para que empresas y consumidores se beneficien del mercado interior, reforzando la confianza del consumidor y disponiendo una regulación uniforme que le asegure un alto nivel de protección, por tanto una mayor seguridad jurídica en las relaciones comerciales.

Por otro lado, el inciso final *“salvo en las circunstancias y en la medida en que esté legalmente justificado para hacer cumplir una obligación contractual”* que se recoge en el art. 28.1, parece innecesario y debería suprimirse. De un lado, porque las causas de justificación de conductas en principio ilícitas son genéricas, y, de otro, y porque no cabe establecer como causa de justificación de la ilicitud, la admisión de medios de autotutela que parece amparar el precepto. Dicho en otros términos, la exigencia de cumplimiento de obligaciones contractuales se debe canalizar mediante el recurso a las acciones y procedimientos jurisdiccionales establecidos al efecto, en definitiva mediante la tutela de derechos e intereses por los tribunales, órganos en quienes el ordenamiento constitucional reside en tan alta función.



3. Tipificación y de graduación de las infracciones y de las sanciones en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

En esta materia radican las cuestiones más polémicas del Anteproyecto y respecto a las que cabe hacer observaciones y recomendaciones de mayor calado, que aconsejan su imprescindible reconsideración y reformulación.

Según la redacción que se propone para el art. 50 del Texto Refundido de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (texto que, en realidad, reproduce el actual, limitándose a actualizarlo):

“1. Las infracciones podrán calificarse por las Administraciones Públicas competentes como leves, graves y muy graves, atendiendo a los criterios de riesgo para la salud, posición en el mercado del infractor, cuantía del beneficio obtenido, grado de intencionalidad, gravedad de la alteración social producida, generalización de la infracción y reincidencia.

2. Las infracciones tipificadas en las letras h) a ñ), ambas inclusive, del artículo anterior se considerarán, en todo caso, infracciones graves, siendo muy graves cuando exista reincidencia o el volumen de la facturación realizada a que se refiere la infracción sea superior a 600.000 euros.”

En primer lugar, el principio de tipicidad sancionadora que rige el procedimiento sancionar administrativo (deudor del procedimiento



penal), exige que la infracción esté tipificada previamente a la eventual realización de la conducta proscrita. Exige además que esa tipificación se encuentre en una norma con rango de ley (principio de legalidad), y que ésta haya sido redactada en términos precisos, claros, de los que resulte deducible la acción prohibida, la calificación legal de la misma, y la sanción que, en su caso, conlleva su práctica.

A la luz de este principio, que ha sido sintetizado en términos breves y sencillos que reconduce a la rotundidad del texto constitucional (art. 25.1 CE), que proscribiera cualquier condena o sanción *“por actos u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”*, el art. 50 plantea serias dudas en cuanto a su plena sujeción a estos principios de legalidad sancionadora.

Ciertamente, el art. 49 del mismo texto, también en la redacción dada por el Anteproyecto, recoge el elenco de conductas que constituyen infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios.

Desde esta perspectiva, el Anteproyecto cumple al efecto de establecer la tipificación objetiva de las conductas, es decir, la determinación de qué conductas quedan consideradas legalmente como infracciones, en tanto responden a incumplimientos de obligaciones y/o deberes legalmente establecidos, o a la producción de daños y perjuicios en un tercero. A estas conductas ilícitas, esto es, que han merecido el reproche legal que implica la calificación como infracciones administrativas, la ley anuda la imposición de una sanción.



La garantía de la posición del ciudadano que deriva del principio de legalidad sancionadora y del principio de tipicidad, radica precisamente en que el individuo conoce que la conducta está prohibida por la ley, que su realización apareja una sanción, y que aun así decide su práctica. Infracción y sanción se convierten así en elementos determinantes e imprescindibles en toda norma sancionadora.

Como ha dicho el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia,

«[e]l principio de legalidad penal, como derecho fundamental de los ciudadanos, implica que la definición de los hechos que son constitutivos de delito y la concreción de las penas que corresponden a tales delitos corresponde al legislador (STC 26/1994). Los ciudadanos tienen pues derecho a que los delitos y sus correspondientes penas figuren en la ley (STC 8/1981), con el objeto de que en el logro de la paz social les sea posible adaptar su conducta para que ésta no incurra en delito ni se haga merecedora de la correspondiente pena. Legitimación del Parlamento para definir delitos y sus consecuencias jurídicas que obedece a la grave afectación de los intereses más relevantes que originan las normas penales, y, por ello, son los representantes electos del pueblo los que ostentan la función de precisar los hechos prohibidos bajo pena. De ahí que el principio de legalidad, en el ámbito penal y aun en el sancionador, se encuentra vinculado al Estado de Derecho que la Constitución enuncia (SSTC 133/1987, 111/1993, y 137/1997), esto es, a la autolimitación que se impone el propio Estado con el objeto de impedir la arbitrariedad o el abuso de poder, de modo que expresa su potestad punitiva a través del instrumento de la ley y sólo la ejercita en la medida en que está prevista en la ley. Correlativamente, con el principio de legalidad penal se alcanza una mayor seguridad jurídica, por cuanto permite que los ciudadanos, a partir del texto de la ley, puedan programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente (SSTC 133/1987 y 120/1996). De esta manera los destinatarios de la norma saben -o tienen al menos la posibilidad de saber- que lo que no está prohibido está permitido, de conformidad con la regla general de la licitud de lo no prohibido (SSTC 101/1988 y 93/1992) », (Sentencia 142/1999, de 22 de julio de 1999).

Pues bien, aquí es donde el art. 50 citado presenta sus primeros problemas.



La tipificación de una conducta como infracción no sólo implica su definición como tal en un texto legal, también incluye su calificación; calificación que atenderá a la gravedad de las infracciones y esa valoración corresponde al legislador. Sólo él es competente para determinar qué conductas quedan prohibidas, y cuáles, por el contrario, devienen en obligatorias. Sólo él, como órgano que encarna la representación popular, puede determinar la gravedad de la infracción atendiendo al reproche que merece la conducta, a los bienes y derechos implicados, a los intereses presentes. No puede ser la Administración quien finalice la labor de tipificación de la conducta infractora. La Administración, y, en su caso, la jurisdicción aplicará la ley, determinará si los hechos son constitutivos de infracción, y, en su caso, calificará la infracción entre los tipos legales, y su gravedad (leve, grave, muy grave) y acodará e impondrá la sanción correspondiente en los márgenes previamente establecidos por el legislador. Si esto es lo que pretende el Anteproyecto, debiera de ser más explícito y preciso.

Recogiendo de nuevo la doctrina del Tribunal Constitucional,

«la primera garantía que contiene el principio de legalidad es la garantía formal, cuyo significado estriba en que únicamente cabe imponer una condena por un hecho cuando existe una norma jurídica con un determinado rango (lex scripta), que prevé que tal hecho es punible y que si se realiza le corresponderá una determinada pena, pero siempre que dicha norma jurídica exista con carácter previo a la conducta que es objeto de la condena (lex praevia). En definitiva, que existe una reserva de ley para definir delitos y para amenazarlos con penas, quedando así acotadas las fuentes del Derecho en materia penal (...), el principio constitucional de legalidad también comprende una garantía de contenido o material respecto a la ley penal. En relación con el legislador, esa garantía material comporta el mandato de taxatividad o de certeza, que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones (lex certa). En este mismo sentido hemos declarado que el legislador debe hacer el máximo esfuerzo posible en la definición de los tipos penales (SSTC 62/1982, 89/1993, 53/1994 y 151/1997),



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

promulgando normas concretas, precisas, claras e inteligibles (SSTC 69/1989, 34/1996 y 137/1997). También hemos señalado que la ley ha de describir ex ante el supuesto de hecho al que anuda la sanción y la punición correlativa (SSTC 196/1991, 95/1992 y 14/1998).»

El Anteproyecto no introduce modificaciones en el régimen de sanciones previsto en el art. 51 vigente de la Ley; sanciones que se establecen, en sus términos mínimo y máximo, atendiendo a la calificación de la infracción como leve, grave o muy grave, y dejando un margen de graduación y ponderación al órgano aplicador, que dispondrá de él de forma motivada y razonada, atendiendo a los criterios del caso concreto, y según la doctrina que nuestro Tribunal Constitucional ha fijado en la materia, en especial en lo relativo a la aplicación del principio de proporcionalidad en la imposición de sanciones.

Precisamente en este ámbito de la graduación de la infracción y de la sanción deben realizarse las siguientes consideraciones al art. 50.1.

Y es que los criterios que a continuación introduce el art. 50.1 para que las Administraciones públicas competentes califiquen las infracciones (a saber, riesgo para la salud, posición en el mercado del infractor, cuantía del beneficio obtenido, grado de intencionalidad, gravedad de la alteración social producida, generalización de la infracción y reincidencia), son criterios marcadamente graduadores de la sanción, no de la calificación de la infracción.

El precepto mezcla así dos planos de la legalidad y tipicidad sancionadora distintos, pretendiendo elevar los criterios de gradación de la sanción en criterios de calificación, y, por ende, de tipificación de la misma. Estos criterios pueden establecerse, a voluntad del legislador,



siempre que resulten justificados, razonables y adecuados y proporcionales al fin protector y tutelar, incluso reparador y sancionador, perseguido por la Ley. Pero ha de ser la ley, lo que vale decir ahora el legislador, como instrumento constitucionalmente previsto al efecto, la que tipifique las infracciones y las clasifique en abstracto (esto es, sin ocasión de un supuesto concreto) atendiendo a su gravedad. Para ello el legislador podrá utilizar éstos u otros criterios, atendiendo a los valores en juego y a los intereses, derechos y bienes que se pretende proteger. En este sentido, el riesgo para la salud, la gravedad de la alteración social, son criterios que bien pudiera tener en cuenta, sin perjuicio de añadir otros eventuales riesgos a bienes jurídicos protegidos (el orden público, la seguridad pública), ni desdeñar la reincidencia o generalización de la infracción como criterio para calificar infracciones leves, o graves, como infracciones graves o muy graves, en caso de concurrencia de alguno de ellos (como se expresa en el art. 50.2 de esta misma norma en la redacción del Anteproyecto).

En otros términos, los criterios reseñados sirven al momento aplicativo de calificación de la práctica concreta (es decir, subsunción del hecho en la norma para extraer su calificación jurídica), y determinación de la sanción. En este sentido, son criterios que pueden guiar a la Administración pública competente en la imposición de sanciones, que ésta habrá de considerar y sobre los que podrá construir la motivación y justificación de la resolución sancionadora.

Siguiendo con estos argumentos, al art. 50.2 también debe realizarse algunas observaciones.



Es cierto que en este caso, el legislador califica determinadas conductas como graves, singularmente las contenidas entre las letras h) a ñ) del art. 49 precedente, así como que éstas se reputarán muy graves en caso de reincidencia o si el volumen de la facturación realiza a que se refiere al infracción resultara superior a 600.000 €. Es una opción del legislador, de la que podría deducirse que el resto de infracciones no comprendidas entre tales apartados habrían de merecer la calificación de leves; interpretación que serviría de corrector a la imprecisión del primer párrafo del precepto, y que, en su caso, postergaría su contenido literal.

Ahora bien, es necesario advertir que la alternativa antedicha, aun con todos los problemas anunciados que plantea, queda desvirtuada o imposibilitada a tenor de la relación de conductas implicadas como graves, y susceptibles, si concurren cualquiera de los dos elementos citados, de ser calificadas como muy graves.

El precepto realiza una remisión en bloque a las infracciones recogidas entre los apartados h) y ñ). Pues bien, la conducta descrita en el apartado ñ), constituye una cláusula general que deriva en una norma sancionadora de contenido, podría decirse, absoluto. Reza ese apartado del siguiente modo:

“ñ) En general, el incumplimiento de los requisitos, obligaciones o prohibiciones establecidas en esta norma y disposiciones que la desarrollen”.

De un lado, la aplicación de esta cláusula general convierte a toda infracción en susceptible de ser calificada, de principio, como grave.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Pero además, y de otro, permite la entrada de la norma reglamentaria en el terreno calificador de la infracción de la conducta; posibilidad que, salvo excepciones y en márgenes muy estrictos y restrictivos tiene vedada el ámbito sancionador (así se expresa el Tribunal Constitucional en las Sentencia 127/1990, 111/1993, 53/1994, 102/1994 y 24/1996, sobre la compatibilidad del principio de legalidad penal con la incorporación al tipo de elementos normativos).

La remisión a las disposiciones de desarrollo hubiera planteado menores problemas si el texto hubiera introducido una graduación y calificación de las infracciones, sin atribuir esa función que corresponde al legislador y que resulta constitucionalmente indelegable, a los órganos administrativos con competencia en la materia. Una regulación precisa, clara y detallada en el texto legal admitiría la colaboración de la disposición de desarrollo, reglamentaria, en un ámbito en que determinados sectores se encuentran regulados por normativas específicas de tal rango, de tal modo que la infracción de obligaciones reglamentarias viene calificada como infracción en los términos de la ley, sujeta, consecuentemente, al régimen sancionador establecido en la misma.

En conclusión, se recomienda que se reconsidere la actual redacción que el Anteproyecto ha dado al artículo 50 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, teniendo en cuenta las siguientes observaciones:

- i) Al texto del Anteproyecto correspondería establecer la calificación y gradación de las infracciones como leves,



graves y muy graves, determinado que naturaleza corresponde a cada una de las conductas prescritas como infracciones.

- ii) Corresponde, asimismo a este texto clarificar la naturaleza de los criterios enunciados en este art. 50.1, determinando si son criterios que sirvan, en el momento de aplicación de la ley por órgano administrativo para la de determinación y concreción, para la graduación y, a la postre, la ponderación de la sanción. Si es así, habrán de entenderse que también cabe acudir a otros, especialmente en el ámbito de la aplicación jurisdiccional de la norma, que resulten relevantes según el caso concreto. En todo caso, la aplicación de la sanción habrá de considerar en su motivación el principio de proporcionalidad, como exige de forma reiterada el Tribunal Constitucional.
- iii) Se recomienda reconsiderar la redacción del art. 50.2, en cuanto a la remisión a la infracción prevista en la letra ñ) del artículo 49.

V

4. Normas procesales de la Ley General de Publicidad

En esta materia las previsiones contenidas en el Anteproyecto responden a los parámetros generales y guardan consonancia con lo establecido al respecto para la Ley de Competencia Desleal, incluso,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

remitiéndose en ocasiones a la misma. El esquema de acciones contra la publicidad ilícita es el mismo, acciones de cesación, de rectificación, y acción de cesación específica frente a la publicidad ilícita que utilice de forma vejatoria o discriminatoria la imagen de la mujer (en coherencia con el espíritu y contenido de la Ley Orgánica de Igualdad de Hombres y Mujeres). Igualmente, se reconocen las acciones de cesación y rectificación dirigidas frente a quienes de forma pública estén adheridos a Códigos de Conducta, así como el procedimiento previo de reclamación al ejercicio de la acción judicial, y la regulación de la legitimación. En este punto, se introduce una legitimación a favor de instituciones públicas en defensa de los intereses públicos implicados.

Concretamente, para el ejercicio de las acciones de cesación frente a la publicidad ilícita vejatoria contra la mujer, pueden actuar la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, el Instituto de la Mujer o su equivalente en el ámbito autonómico, las asociaciones legalmente constituidas en defensa de los intereses de la mujer, y el Ministerio fiscal; para el ejercicio de la acción de cesación frente a publicidad ilícita que infrinja legislación específica (alcohol, tabaco, productos sanitarios, financieros, entre otros), están legitimados los órganos o entidades de la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales que resulten competentes para el control y aplicación de la normativa específica, y las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos de la legislación, estatal, o en su caso, autonómica, en materia de defensa de los consumidores, y el Ministerio Fiscal.

En todos los casos, como resulta apreciable, las entidades públicas que ven reconocida su legitimación para la actuación judicial, incorporan



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

la representación de bienes, interés públicos específicos y vinculados con su naturaleza, función y atribuciones.

Por lo demás, en tanto no hay diferencias con lo previsto para la Ley de Competencia Desleal, baste en este Informe con lo ya dicho al respecto.

5. Desde una perspectiva distinta, atendiendo a un **principio de colaboración institucional** y con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos y, por consiguiente, a su efectiva aplicabilidad en los procesos judiciales, parece adecuado incluir en este Informe algunas **recomendaciones de carácter terminológico así como de técnica-legislativa**.

En este orden de cosas, con carácter general, parece conveniente reconsiderar la redacción del texto para facilitar su interpretación y aplicación, habida cuenta de que la transposición de textos comunitarios en ocasiones se traduce en una utilización y redacción forzada respecto a los modos y formas del uso de nuestro idioma.

En este sentido, parece recomendable la revisión de la redacción de la Exposición de Motivos, en especial, del último párrafo de su primer apartado. Pues si bien, es cierto que la Exposición de Motivos no posee un carácter verdaderamente normativo, no lo es menos que resulta de un valor indudable para la interpretación de la norma y conocimiento de la intención y de las finalidades perseguidas por el legislador con su aprobación.



Más en concreto, **se recomienda**:

- Una nueva redacción para el texto del art. Primero, apartado cuarto que pretende la reforma del art. 5 de la Ley de Competencia Desleal, concretamente en lo que afecta al art. 5.1, su segundo párrafo (párrafo 8 del texto remitido), suprimiendo el inciso “entre otros”, y enumerando las posibles opciones del consumidor o usuarios relevantes a los efectos de la ley en apartados distintos. El mencionado inciso introduce confusión en punto a interpretar si las alternativas no consideradas a continuación del mismo deben tener o no alguna repercusión legal. No parece así de la lectura del texto, de modo que resultaría más clarificadora una relación solo relativa a las conductas que trasladan elecciones del consumidor que son relevantes a la ley, sin añadir un elemento subyacente que aporte un grado de ambigüedad. Por demás, una redacción como la propuesta evitaría la utilización recurrente de “opta por”, y permitiría un texto más directo, concreto y conciso y más fácilmente comprensible.

- La reconsideración del apartado 7 del art. 1 del Anteproyecto, en lo que se refiere al art. 8. 2, e) de la Ley de Competencia Desleal (página 11 del texto remitido), pues, o bien su redacción no permite colegir su finalidad y sentido, o bien, la consideración como acoso, coacción o influencia indebida, de la “amenaza de ejercer cualquier acción que, legalmente, no pueda ejercerse”, parece innecesaria respecto a lo previsto en los apartados anteriores, o una declaración de carácter retórico, sin olvidar las dudas interpretativas que puede plantear.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

- La revisión de la redacción del apartado 8 del art. 1 del Anteproyecto, en lo que se refiere al art. 10. 2, e) de la Ley de Competencia Desleal (página 11 del texto remitido).

- La clarificación de la redacción del apartado 10 del art. 1 del Anteproyecto, en lo que se refiere al art. 21 de la Ley de Competencia Desleal (página 14 del texto remitido), relativa a la consideración a efectos de aplicación de la Ley de las llamadas prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas, especialmente los párrafos 1 y 2, así como el último inciso del párrafo 4, pues la referencia “ni algo razonablemente equivalente”, no parece un término suficientemente preciso para un texto legal.

- En el texto del apartado 8 del art. 3 del Anteproyecto, en lo que se refiere al art. 60, apartado 2, letra b) del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (página 32 del texto remitido), parece faltar un verbo en el último inciso, concretamente cuando dice “... de forma que el consumidor o usuario pueda razonablemente calcularlo y, en su caso, sobre el precio de elaboración del presupuesto” (concretamente entre “en su caso,” y “sobre el precio....”).

- El art. 4 relativo a la modificación de la Ley General de Publicidad, al prever una nueva redacción para el art. 1 de esta última, en su segundo párrafo (página 33 del texto remitido), dispone que “[l]a publicidad se regirá por esta Ley, en la Ley de competencia desleal y por las normas especiales que regulen determinadas actividades publicitarias”. Sería más correcto que el texto mantuviese coherencia en el uso prepositivo, puesto que se trata de enunciaciones sucesivas. Se



propone “[l]a publicidad se registrá por lo dispuesto en esta Ley, en la Ley de competencia desleal y en las normas especiales que regulen determinadas actividades publicitarias”, o bien, “[l]a publicidad se registrá por esta Ley, por la Ley de competencia desleal y por las normas especiales que regulen determinadas actividades publicitarias”.

- En el art. 4 relativo a la modificación de la Ley General de Publicidad, al referirse al art. 6.1.2ª, hay un errata en la transcripción del término “cuando” (página 36 del texto remitido).

- En el mismo precepto, en su apartado 3 (página 37 del texto remitido), en su último inciso se introduce el término “que hagan temer”, que no parece ni preciso, ni propio, para un texto legislativo.

6. Desde otro ámbito, aunque en este contexto que ofrece el **principio de colaboración institucional**, se ha de recordar que este Anteproyecto no ha sido acompañado de los **Informes y Memorias** legalmente preceptivos según el art. 22 de la Ley del Gobierno, ni del relativo a la valoración de bienes personales y materiales que puedan resultar implicados en su aplicación por los Juzgados y Tribunales que integran el Poder Judicial, así como del impacto en el seno de sus funciones.

Es todo cuanto tiene que informar el Consejo General del Poder Judicial.

Y para que conste y surta efectos, extendo y firmo la presente en Madrid, a veintiséis de noviembre del año dos mil ocho.