

Más allá de la venta a pérdida: las prácticas comerciales desleales en el Derecho sancionador de consumo

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha
Consejero académico de GA_P

La incompatibilidad de la prohibición española de venta a pérdida con la Directiva de prácticas comerciales abusivas con consumidores no es más que un ejemplo señero de que nuestro Derecho no tiene adecuadamente resuelto el espacio de transposición de la directiva en cuestión. Se ha efectuado una transposición de Derecho privado creando nuevos nichos competenciales, pero no se ha previsto que la incumbencia más importante de aplicación de este Derecho corresponde a las autoridades de consumo de las comunidades autónomas.

- (1) La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de octubre del 2017 (*Europamur*), que acaba de dictaminar la incompatibilidad de la prohibición de venta a pérdida (art. 14 de la Ley de Ordenación de Comercio Minorista, LOCM) con la Directiva 2005/29, de prácticas comerciales con consumidores, va a tener sobre el Derecho español efectos de más largo calado que la simple constatación de que el régimen de la venta a pérdida ha dejado de ser un nicho para las políticas sancionatorias de las agencias autonómicas de consumo y comercio. Según el tribunal, «la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que contiene una prohibición general de ofertar o realizar ventas de bienes con pérdida y que establece excepciones a dicha prohibición basadas en criterios que no figuran en la propia directiva». La directiva regula prácticas comerciales que influyen directamente en las decisiones de los consumidores sobre transacciones relacionadas con *productos*. No se refiere a prácticas comerciales

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

G A _ P

- (1) llevadas a cabo fundamentalmente con otros fines, como las comunicaciones comerciales dirigidas a inversores, por ejemplo, informes anuales y publicaciones de promoción empresarial.

- (2) No es la primera vez que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea adopta una postura de interpretación intransigente con las normas nacionales que, bajo la proclama de protección del consumidor, introducen nichos de infracción o prohibición que no respetan los estándares de esta directiva (así, las SSTJUE de 12 de mayo del 2011, *Ving Sverige*; de 17 de enero del 2013, *Köck*; de 7 de marzo del 2013, *Kamera Express*; de 7 de septiembre del 2016, *Sony Europe*).

- (3) El sistema español de prácticas comerciales desleales con consumidores es desarticulado y complejo. En un primer nivel, se crean en la Ley de Competencia Desleal (LCD) nichos de infracción competencial consistentes en la realización de prácticas desleales con consumidores (arts. 4.1 II y III, 5, 6, 7, 8 y de 21 a 31) que pretenden recoger al mismo tiempo las dos cláusulas generales de la directiva (arts. 5 y 7 LCD) y la lista de prácticas «negras» contenidas en el anexo I de la directiva. Pero el sistema español de la Ley de Competencia Desleal es un sistema de *enforcement* privado (art. 33) y las comunidades autónomas competentes en materia de consumo y comercio no pueden utilizar los tipos de infracción competencial como supuestos de hecho de una infracción administrativa, salvo que así se disponga por ley mediante una remisión.

- (4) En un segundo nivel, en la Ley General de Defensa de los Consumidores (LCU) se modifican imperfectamente los artículos 19 y 20 para dar entrada a normas armonizadas. Según el artículo 19.2, las prácticas comerciales desleales están sujetas a la Ley de Competencia Desleal, a la propia Ley de Consumidores y Usuarios (LCU) y a la Ley de Ordenación de Comercio Minorista, lo cual, como veremos, es incierto. Por segunda vez se remite el artículo 19 a la Ley de Competencia Desleal y otra vez el artículo 20, sin advertir que de esta remisión no se saca ninguna consecuencia a efectos de la política de consumidores, salvo la de recordar que en la Ley de Competencia Desleal están legitimadas para la acción civil de cesación las asociaciones de consumidores y las agencias públicas de consumo. Interesante es también el contraste del artículo 49 de la Ley de Consumidores y Usuarios, que establece la lista de infracciones en materia de consumo. Repárese en que este Derecho estatal sólo es básico y en que las comunidades autónomas pueden (y han hecho) alargar y multiplicar los tipos de infracción, afectando con ello a conductas que conforme a la directiva son «prácticas comerciales con consumidores». Si embargo, el artículo 49 de la ley estatal ha sido respetuoso en este punto, pero a la vez despacha el tema mediante una metanorma (art. 49.1l) que tipifica como infracción singular de consumo «el uso de prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios».

- (5) Curioso método de tipificación el seguido por el artículo 49.1l de la Ley de Consumidores y Usuarios. Es probable que exista un déficit frente a las exigencias del principio de legalidad. Pero por otro lado efectúa una remisión de contenido que sólo puede tener sentido si cada supuesto de práctica comercial desleal que incorpora la Ley de Competencia Desleal —y que sustancialmente transpone la directiva en términos correctos— define un tipo de infracción de consumo individualizada. Fuera de la remisión —y aquí adquiriría sentido también la obsesiva referencia de los

G A _ P

(5) artículos 19 y 20 a la Ley de Competencia Desleal— no habría prácticas prohibidas ni tipificadas. Hasta tal punto esto es así que la lista de prácticas «negras» contenidas en el anexo I de la directiva no puede servir para colmar la remisión en la medida en que no se trate de conductas que ya estén reputadas de prácticas desleales por la Ley de Competencia Desleal.

(6) Claro que ello lo hace la ley estatal. Las comunidades autónomas pueden haber procedido en este punto de otras maneras. En la medida en que se opere con la misma técnica que la ley estatal, el procedimiento de integración es el mismo que el propuesto.

(7) La Ley de Ordenación del Comercio Minorista es también llamada por el artículo 19.2 de la Ley de Consumidores y Usuarios definitoria y reguladora de prácticas comerciales desleales con consumidores. Y, en efecto, la Ley de Ordenación del Comercio Minorista contiene muchos tipos de conductas que cuadran con el concepto comunitario de «práctica comercial con consumidores» y que el artículo 20.2 II de la Ley de Consumidores y Usuarios define, conforme a la directiva, como «todo acto, omisión, conducta, manifestación o comunicación comercial, incluida la publicidad y la comercialización, directamente relacionada con la promoción, la venta o el suministro de un bien o servicio a los consumidores y usuarios, con independencia de que sea realizada antes, durante o después de una operación comercial». Sin agotar los supuestos, en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista se regulan (y básicamente se prohíben o restringen) modalidades de práctica comercial en los artículos 8.2, 14, 18, 20, 21, 22, 23, 24, 28, 30, 34, 50, etc. Hay también previstos tipos de infracción administrativa cuyo supuesto de hecho es el de prácticas comerciales con consumidores reguladas en el cuerpo de la ley; así, los artículos 64c, e, h (otra metanorma), 65c, e, i, j, l, etc.

(8) Prácticamente ningún supuesto de hecho de prohibición o limitación ni ningún tipo legal de infracción de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista es respetuoso con la Directiva 2005/29, porque todas las conductas prohibidas en la ley española se han delimitado como restricciones o prohibiciones *prima facie* no sujetas a los estándares de ponderación de impuestos por la directiva. Lo mismo se puede decir respecto de las leyes autonómicas de comercio interior.

(9) Expuesto este confuso panorama del Derecho español estatal (al que habría que añadir el abarcadabra del Derecho autonómico sancionador en materia de consumo), parece que éste es el momento de explicar cuáles son los estándares de ponderación que contiene la directiva para reputar un tipo de conducta prohibida por desleal, y, por ende, como infracción administrativa de esta clase. Una práctica comercial es desleal si «es contraria a los requisitos de la diligencia profesional, y distorsiona o puede *distorsionar de manera sustancial, con respecto al producto de que se trate, el comportamiento económico del consumidor medio* al que afecta o al que se dirige la práctica, o del miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores». Se distorsiona de manera sustancial el comportamiento del consumidor si el operador «utiliza una práctica comercial *para mermar de manera apreciable la capacidad del consumidor de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa haciendo así que éste tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado*».

(10) Se considera engañosa «toda práctica comercial que contenga información falsa y por tal motivo carezca de veracidad o información que, en la forma que sea, incluida su presentación general, induzca o pueda inducir a error al consumidor medio, aun cuando la información sea correcta en cuanto a los hechos, sobre uno o más de los siguientes elementos [...], y que en cualquiera de estos dos casos le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado». Por su parte, una omisión es engañosa cuando «en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación, omita información sustancial que necesite el consumidor medio, según el contexto, para tomar una decisión sobre una transacción con el debido conocimiento de causa y que, en consecuencia, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado. Se considerará también que hay omisión engañosa cuando un comerciante oculte la información sustancial contemplada en el apartado 1, teniendo en cuenta las cuestiones contempladas en dicho apartado, o la ofrezca de manera poco clara, ininteligible, ambigua o en un momento que no sea el adecuado, o no dé a conocer el propósito comercial de la práctica comercial en cuestión en caso de que no resulte evidente por el contexto, siempre que, en cualquiera de estos casos, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado». Se considera sustancial la información listada en el artículo 7.4. Por su parte, una práctica comercial será desleal por agresiva cuando «en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, merme o pueda mermar de forma importante, mediante el acoso, la coacción, incluido el uso de la fuerza, o la influencia indebida, la libertad de elección o conducta del consumidor medio con respecto al producto y, por consiguiente, le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otra forma no hubiera tomado».

(11) Los operadores autonómicos, únicos competentes para gestionar la política sancionadora de consumo, tendrán que aplicar estas ponderaciones —que habrán de tomar básicamente de los artículos 4, 5 y 7 de la Ley de Competencia Desleal— y justificar que la práctica comercial considerada satisface estos estándares. Repárese en que casi nunca podrán probar ni argumentar que de otra forma, fuera de los supuestos de la lista «negra», el consumidor no habría tomado la decisión de compra que ha tomado, como prueba la prohibición espuria de la venta a pérdida, que en nada influye en la opción de compra del consumidor.