

Observaciones de AUC al Anteproyecto de Ley por el que se modifica el régimen legal de la competencia desleal para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios

Octubre 2008

Informe elaborado por la ASOCIACION DE USUARIOS DE LA COMUNICACIÓN (AUC), para el Consejo de Consumidores y Usuarios, al amparo de lo previsto en el artículo 39-1º del Real decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en relación con el *“Anteproyecto de Ley por el que se modifica el régimen legal de la competencia desleal para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios”*.

Índice

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. Antecedentes: el régimen de la competencia desleal | 4 |
| 1.1. A nivel internacional | 4 |
| 1.2. A nivel comunitario | 5 |
| 1.3. A nivel interno | 8 |
| 2. La incorporación de la Directiva al Derecho español | 9 |
| 3. Observaciones generales | 12 |
| 3.1. Sobre la forma de la adaptación propuesta | 12 |
| 3.2. Sobre la modificación de la Ley de Competencia Desleal | 12 |
| 3.2.1. Estructura del texto | 12 |
| 3.2.2. Necesidad de racionalizar y simplificar el ordenamiento jurídico | 13 |
| 3.2.3. El concepto de consumidor medio y la política de los consumidores como política tuitiva | 15 |
| 3.3. Sobre la modificación del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores | 16 |
| 3.4. Sobre la modificación de la Ley de Ordenación del comercio minorista | 17 |
| 3.5. Sobre la modificación de la Ley General de Publicidad | 19 |
| 3.6. Sobre las normas procesales | 21 |
| 3.6.1. Carencia de una regulación coherente de las acciones colectivas | 22 |
| 3.6.2. Falta de incremento de los poderes de oficio del juez para la apreciación de las prácticas comerciales desleales | 23 |
| 3.7. Sobre el régimen sancionador | 25 |
| 4. Observaciones específicas | 30 |
| 4.1. Cláusula general | 30 |
| 4.2. Actos de engaño | 32 |
| 4.3. Prácticas comerciales agresivas | 33 |
| 4.4. Actos de comparación | 34 |
| 4.5. Actos de imitación | 35 |
| 4.6. Actos de confusión engañosos | 36 |
| 4.7. Prácticas de señuelo y las prácticas promocionales engañosas | 37 |
| 4.8. Prácticas engañosas sobre la naturaleza y propiedades de los bienes o servicios | 37 |
| 4.9. Prácticas engañosas por confusión | 38 |
| 4.10. Prácticas agresivas por coacción, por acoso y por influencia indebida | 39 |
| 4.11. Acciones sobre competencia desleal | 41 |



Asociación de Usuarios
de la Comunicación

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 4.12. Ejercicio de acciones judiciales ante los responsables de los códigos de conducta _____ | 42 |
| 4.13. Prescripción de las acciones _____ | 43 |
| 4.14. Carga de la prueba _____ | 44 |
| 4.15. Acciones por publicidad ilícita _____ | 45 |
| 4.16. Falta de legitimación activa de las asociaciones de consumidores ante determinada publicidad ilícita _____ | 47 |
| 4.17. Legitimación pasiva en las acciones por publicidad ilícita _____ | 50 |

1. Antecedentes: el régimen de la competencia desleal

Habría que deslindar sucintamente, desde el punto de vista histórico, varios ámbitos en los que se han abordado los regímenes jurídicos relativos a la competencia desleal, y que son los siguientes:

1.1. A nivel internacional

En el plano internacional, el Derecho de la competencia desleal ha venido encontrando un referente en el Convenio de la Unión de París, de 20 de marzo de 1883, para la Protección de la Propiedad Industrial, Tratado Internacional ratificado por España el 14 de julio de 1970.

El artículo 10 bis de este Convenio establece que los países de la Unión están obligados a asegurar a los nacionales de los países de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal.

En su apartado 2º dicho precepto define como acto de competencia desleal *“todo acto contrario a los usos honestos en materia industrial y comercial”*, estableciendo la prohibición, en su apartado 3º de los actos que generen confusión respecto del competidor, las aseveraciones falsas capaces de desacreditar al competidor y las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo puedan inducir al público a error los productos.

El artículo 10 bis de la Convención de París, previa primero, que los países firmantes deben asegurar una protección contra la competencia desleal y, dar. En segundo lugar, una definición posible de la competencia leal.

Más recientemente, los organismos internacionales han tomado cada vez más iniciativas para tratarse la cuestión de la reglamentación de la competencia leal, como por ejemplo, ha sucedido en la Ronda de Uruguay, que ha concluido con el denominado Acuerdo ADPIC y que ha incitado a la OMPI a actuar al respecto.

Por último, indicar que la OCDE ha aprobado, el 1 de junio de 2003, una Recomendación del Consejo, relativa a las *“Líneas directrices, relativas a la protección de los consumidores contra las prácticas comerciales transfronterizas fraudulentas y engañosas”*, invitando a los países miembros a prever mecanismos eficaces para asegurar una reparación los consumidores víctimas de estas prácticas. Esta Recomendación, se completa con otra de 12 de julio de 2007 sobre la regulación de los litigios de consumo, en la que enuncia los principios comunes para los mecanismos de regulación de litigios que consistan en las demandas colectivas de reparación de los consumidores.

1.2. A nivel comunitario

La Comisión europea había encargado en los años 60 a Eugen Ulmer y el Max-Planck-institut de Munich la realización de un estudio sobre las reglas de competencia leal en los entonces 6 Estados miembros, para abrir una vía de conjunto coherente y completa de reglas europeas en esta materia. El impulso político resultó, sin embargo, insuficiente para realizar este proyecto; aunque contribuyó a la adopción de la Directiva 84/540/CEE relativa a la publicidad engañosa, todas las otras tentativas de armonización en materia de publicidad desleal fracasaron.

Con posterioridad, la Comunidad ha adoptado una aproximación progresiva y parcial en materia de competencia legal, aunque desgraciadamente, se trata de reglas fragmentarias y no sistemáticas.

Las normas europeas relativas a la competencia desleal no hacen más que reflejar el conjunto del proceso de integración europea que siguió al Acta Única Europea, tendente a finalizar el mercado interior. Así, rigen determinados aspectos o tipos de prácticas comerciales a menudo para productos particulares o en relación con un medio específico. Por ello resultaba verdaderamente necesario racionalizar la armonización para reforzar la seguridad jurídica, dentro de un marco coherente.

Sin embargo, esta normativa comunitaria resultaba insuficiente para garantizar, en primer término, la existencia de una regulación armonizada de la competencia desleal en el mercado interior y, en última instancia, la libre circulación de mercancías o servicios en este mercado. Decimos que resultaba insuficiente, de una parte, porque la armonización que establecía era, en ocasiones, una armonización de mínimos. Y, de otra parte, porque el alcance de estas normas era limitado, ya que sólo suponía la armonización del régimen jurídico de ciertas prácticas publicitarias recogidas en concretas figuras (como la publicidad engañosa o la publicidad comparativa); en otros casos, afectaba sólo a las prácticas desarrolladas a través de determinados sectores y medios (televisión, comercio electrónico, etc.); y, en otros supuestos, se refería a concretas categorías de productos (medicamentos, bebidas alcohólicas, tabaco, etc.).

El *Libro Verde sobre la Protección de los Consumidores en la Unión Europea*, de 2 de octubre de 2001, fue el primero en destacar la necesidad de reformar la legislación sobre protección de los consumidores en la UE, para tratar de suprimir las barreras al suministro transfronterizo de bienes y servicios a los consumidores. Asimismo, proponía la elaboración de una Directiva marco que contuviera una obligación general en relación con las prácticas comerciales desleales como posible base para una reforma. Una mayoría de los que contestaron a la consulta iniciada en el Libro Verde aceptó la necesidad de reforma y una mayoría de los que expresaron una preferencia, incluyendo una mayoría de Estados miembros, apoyó la reforma basada en una Directiva marco, cuya propuesta presentó la Comisión el 18 de junio de 2003.

Conforme al “iter legislativo” comunitario, el 18 de abril de 2005 en su reunión nº 2653, el Consejo aprobó, tras la segunda lectura, la Directiva por la que se prohíben las prácticas comerciales desleales de las empresas que perjudican a los intereses de los consumidores, adoptando todas las enmiendas votadas por el Parlamento Europeo.

Por último, el 11 de mayo de 2005 el documento aprobado de la Directiva fue firmado por el Parlamento Europeo y por el Consejo, publicándose en el Diario Oficial de la Unión Europea (nº L 149), de fecha 11 de junio de 2005.

Esta Directiva, redactada con una técnica legislativa manifiestamente mejorable y en ocasiones de redacción confusa, es la Directiva más extensa y de alcance más general de cuantas han elaborado las instituciones comunitarias en materia de protección de los consumidores.

La Directiva 2005/27/CE consta de un preámbulo (compuesto por veinticinco “considerandos”), veintiún artículos y dos anexos. Sus preceptos se agrupan en cuatro capítulos, dedicados, respectivamente, a las disposiciones generales, a las prácticas comerciales desleales, a los códigos de conducta y, en fin, a los remedios y sanciones que deben disponerse en las legislaciones internas contra las prácticas comerciales desleales, así como la modificación de ciertas disposiciones comunitarias afectadas por lo dispuesto en esta Directiva 2005/29/CE, como es la Directiva sobre publicidad engañosa, la de ventas a distancia¹, ventas a distancia de productos financieros² y el Reglamento de cooperación en materia de protección de los consumidores³.

En su artículo 2, tal y como viene siendo habitual en los textos jurídicos comunitarios, contiene toda una serie de definiciones (12) “a efectos de la Directiva”, relativas al concepto de consumidor⁴, comerciante⁵, producto⁶, prácticas comerciales⁷, distorsionar de manera sustancial el comportamiento económico de los consumidores⁸, código de conducta⁹, responsable del

¹ Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (DO L 144 de 4.6.1997, p. 19).

² Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros (DO L 271 de 9.10.2002, p. 16).

³ Reglamento 2006/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores (DO L 364 de 9.12.2004, p.1).

⁴ “Consumidor”: “Cualquier persona física que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio, oficio o profesión”.

⁵ “Comerciante”: “Cualquier persona física o jurídica que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito relacionado con su actividad económica, negocio, oficio o profesión, así como cualquiera que actúe en nombre del comerciante o por cuenta de éste”.

⁶ “Producto”: “Cualquier bien o servicio, incluidos los bienes inmuebles, así como los derechos y obligaciones”.

⁷ “Prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consumidores”: “Todo acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores”.

⁸ “Distorsionar de manera sustancial el comportamiento económico de los consumidores”: “Utilizar una práctica comercial para mermar de manera apreciable la capacidad del consumidor de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa haciendo así que este tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado”.

⁹ “Código de conducta”: “Acuerdo o conjunto de normas no impuestas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de un Estado miembro, en el que se define el comportamiento de aquellos comerciantes que se comprometen a cumplir el código en relación con una o más prácticas comerciales o sectores económicos concretos”.

código¹⁰, diligencia profesional¹¹, invitación a comprar¹², influencia indebida¹³, decisión sobre una transacción¹⁴ y profesión regulada¹⁵.

Se trata, pues de conceptos comunitarios autónomos, cuya determinación, sentido y alcance corresponde en última instancia al TJCE, y no al legislador interno. No obstante, no debemos descartar las dificultades que existirán en los ordenamientos jurídicos de origen continental, como el español, para la inserción en el mismo de conceptos de profunda raigambre en otros derechos, y que les resultan totalmente ajenos, tales como "influencia indebida" o "consumidor medio".

Tampoco podrá el legislador interno, por otra parte, añadir nuevas prácticas a las que figuran en la lista negra del Anexo I, o, lo que es lo mismo, no podrá establecer prohibiciones "*per se*" para prácticas comerciales desleales comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva distintas de las que prevé el Anexo I.

Además, la Directiva no impone ninguna "obligación positiva" o de hacer, que los comerciantes hayan de observar para demostrar que sus prácticas son lícitas.

Esta Directiva tiene por objeto dos fines, que se mantienen al mismo nivel al no ser uno prevalente sobre el otro:

- El establecimiento y funcionamiento del mercado interior.
- La garantía de un alto nivel de protección de los consumidores.

Para ello, recoge una serie de preceptos de carácter sustantivo de armonización plena y otros de carácter procedimental de armonización mínima, que tenían previsto su plazo máximo de adaptación a los ordenamientos jurídicos internos el 12 de junio de 2007. Plazo que no se ha cumplido y que dado origen a que la Comisión Europea haya interpuesto un recurso por incumplimiento contra el Reino de España el pasado 15 de julio de 2008 (asunto C-321/2008) por

¹⁰ "Responsable del Código": "Cualquier entidad, incluido un comerciante o grupo de comerciantes, que sea responsable de la elaboración y revisión de un código de conducta y/o de supervisar su cumplimiento por quienes se hayan comprometido a respetarlo."

¹¹ "Diligencia profesional": "El nivel de competencia y cuidado especiales que cabe razonablemente esperar del comerciante en sus relaciones con los consumidores, acorde con las prácticas honradas del mercado o con el principio general de buena fe en el ámbito de actividad del comerciante."

¹² "Invitación a comprar": "Comunicación comercial que indica las características del producto y su precio de una manera adecuada al medio de la comunicación comercial utilizado, y permite así al consumidor realizar una compra".

¹³ "Influencia indebida": "Utilización de una posición de poder en relación con el consumidor para ejercer presión, incluso sin usar fuerza física ni amenazar con su uso, de una forma que limite de manera significativa la capacidad del consumidor de tomar una decisión con el debido conocimiento de causa".

¹⁴ "Decisión sobre una transacción": "Toda decisión por la que un consumidor opta por comprar o no un producto y resuelve de qué manera y en qué condiciones efectúa la compra, si realiza un pago íntegro o parcial, si conserva un producto o se deshace de él y si ejerce un derecho contractual en relación con dicho producto, tanto si el consumidor opta por actuar como por abstenerse de actuar".

¹⁵ "Profesión regulada": "La actividad o conjunto de actividades profesionales en las que el acceso, ejercicio o una de las modalidades de ejercicio están subordinados de manera directa o indirecta, en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, a la posesión de determinadas cualificaciones profesionales"

no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas para ajustarse a la mencionada Directiva 2005/29/CE (DO, C 223, de 30.08.2008, p. 38).

1.3. A nivel interno

La aprobación de la Constitución de 1978, que se basa en una idea de bienestar colectivo con políticas sociales que exceden de un mera concepción individualista, deja atrás tanto el modelo *paleoliberal* de competencia previsto en la legislación de 1902 sobre propiedad industrial, como el modelo corporativista previsto en el mencionado Convenio de la Unión de París, para pasar a un modelo en el que la intervención de los Estados resulta necesaria, precisamente, como pieza indiscutible de configuración de los elementos económicos que, fluctuantes, van a convertirse en los baremos de conformación de las políticas públicas.

De este modo, la legislación española sobre competencia desleal se basa en los artículos 33 y 38 de la Constitución, que pergeñan el nuevo orden económico relativizando los derechos subjetivos desde su función social a partir de principios informadores del ordenamiento constitucional como la protección de los consumidores.

Más en concreto, el paso del modelo corporativo al modelo social se produce con la aprobación de nuestra Ley 3/1991, de 3 de enero, de Competencia Desleal, que reconoce lo que se denomina una "*trilogía de intereses*", pues cabe hablar de un interés particular de las empresas que participan en el mercado, frente a otros que no lo son; un segundo grupo, el que se refiere a los intereses de la comunidad o colectivo de los consumidores, de quienes están, se hallan y participan en el mercado no siendo competidores, y en el último eslabón, está el interés político del Estado. Esos tres intereses quedan recogidos en el artículo 1 de la Ley 3/1991 al referirse precisamente a que el objeto de la Ley no es otro que la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado.

Esta Ley 3/1991, se va a modificar con ocasión de la adaptación al derecho interno de la Directiva 2005/29/CE que contiene el Anteproyecto sometido a informe.

2. La incorporación de la Directiva al Derecho español

La tarea de adaptación al ordenamiento jurídico planteaba un importante reto desde el punto de vista de encaje legislativo, ya que la Directiva versa sobre una materia que está ampliamente regulada en nuestro ordenamiento e incluso en ocasiones duplicada. Ese es el caso –por ejemplo- de la doble regulación de la actividad publicitaria, tanto en la Ley General de Publicidad como en la Ley de Competencia Desleal, lo que ha supuesto no pocos problemas en la práctica.

En la medida en que la Directiva no impone a los Estados miembros la obligatoriedad de llevar a cabo una transposición unitaria, el legislador español debía plantearse, con carácter previo, si la transposición de la Directiva debía hacerse por medio de una ley especial o, por el contrario, resultaba más adecuado optar por una reforma de las leyes vigentes en la materia.

Finalmente, el Gobierno ha optado por elaborar un Anteproyecto de Ley por el que se modifica el régimen legal de la competencia desleal para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, como instrumento para incorporar la Directiva a nuestro ordenamiento jurídico interno.

Los motivos que explican que la transposición de la Directiva al ordenamiento jurídico español se haya llevado a cabo incorporándola al régimen de la represión de la competencia desleal se recogen en el preámbulo del propio Anteproyecto, que alude tanto a razones materiales como de técnica legislativa.

Argumenta el Anteproyecto que, a través de esta opción, se evita fraccionar el régimen de represión de la competencia desleal, con lo que –según se indica- se asegura la coherencia del ordenamiento jurídico y se refuerza la seguridad jurídica. Esta opción legislativa se explica en la Exposición de Motivos del Anteproyecto con las siguientes palabras:

“Ante las distintas opciones de política legislativa para la transposición de la Directiva, se opta por incorporarla en el régimen de la represión de la competencia desleal tanto por razones materiales como de técnica legislativa. Desde el punto de vista sustantivo, la materia regulada se inserta en el ámbito del derecho mercantil relativo a la competencia desleal, desarrollado, a partir de la definición del modelo económico en el artículo 38 de la Constitución española, por la Ley de competencia desleal concebida como el instrumento normativo en el que se establecen los mecanismos precisos para impedir que el principio de libertad de competencia pueda verse falseado por prácticas desleales susceptibles de perturbar el comportamiento concurrencial del mercado. En este sentido, no debe obviarse que la Ley de Competencia desleal se define a sí misma como una ley general, capaz de satisfacer la heterogénea demanda social que registra el sector desde la perspectiva unitaria del fenómeno concurrencial, y en la que no solo se procura la protección de los intereses privados de los empresarios, sino también a los intereses económicos de los consumidores. Igualmente, mediante esta opción se evita fraccionar el régimen de represión

de la competencia desleal, asegurando la coherencia del ordenamiento jurídico y reforzando la seguridad jurídica”.

En base a tales exigencias, el Anteproyecto de Ley introduce una serie de disposiciones con las que, lejos de constituir una norma autónoma y específica en esta materia, se erige en una norma que se limita a recoger modificaciones de los principales textos que, en materia de competencia desleal y protección al consumidor, venían siendo aplicables hasta ahora en el ordenamiento jurídico interno español.

Las normas que son objeto de modificación en virtud del Anteproyecto son: la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal; la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista; el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, y la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

El Anteproyecto se estructura en una Exposición de Motivos, dividida en cuatro apartados, en los cuales se justifica y fundamenta la necesidad de modificación de las concretas normas que regulan la competencia desleal y la protección del consumidor en el ordenamiento español, seguida de un articulado compuesto sólo de cuatro artículos. Cada uno de estos artículos se dedica a recoger las modificaciones de las leyes antes citadas.

Así, el artículo Primero se dedica a la Ley 3/1991, de Competencia Desleal, modificando los artículos 2 a 8; 10 y 11 (comprendidos en los Capítulos I y II), y los Capítulos III y IV de dicha Ley. Por su parte, el artículo Segundo modifica los artículos 18, 22, 23 y 32 de la Ley 7/1996, de ordenación del comercio minorista. 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 el Real Decreto Legislativo 1/2007, en sus artículos 8, 18, 19, 20, 47.3, 49, 50, 60 y 63. Por último, el artículo Cuarto del Anteproyecto dispone la modificación de Títulos I y II de la Ley 34/1988, General de Publicidad; en concreto, en sus artículos 1 a 8.

Finalmente, el mencionado Anteproyecto incluye una Disposición derogatoria y tres Disposiciones finales. La Disposición derogatoria afecta al Título IV de la Ley 34/1988, General de Publicidad, que lleva por título “De la acción de cesación y rectificación y de los procedimientos”; al artículo 59.2 del Real Decreto 197/1988 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 17/1985 de fabricación, tráfico y comercialización de objetos preciosos; el artículo 8.1 y 2 del Real Decreto 58/1988 sobre protección de los derechos del consumidor en servicio de reparación de aparatos de uso doméstico; el artículo 12.1 del Real Decreto 1457/1986 regulador de la actividad industrial y de la prestación de servicios en los talleres de reparación de vehículos, de sus equipos y componentes; y, por último, el artículo 4 del Real Decreto 1453/1987 por el que se aprueba el Reglamento regulador de los servicios de limpieza, conservación y teñido de productos textiles, cueros, pieles y



Asociación de Usuarios
de la Comunicación

Informe



sintéticos. En lo que a las Disposiciones finales se refiere, la primera se dedica a establecer el título competencial correspondiente para la redacción de los preceptos que componen dicho texto. La segunda, alude a la incorporación de Derecho de la Unión Europea que tal actividad legislativa supone. Y la tercera y última regula la entrada en vigor de la futura Ley.

3. Observaciones generales

3.1. Sobre la forma de la adaptación propuesta

Como hemos señalado, el Anteproyecto objeto del presente Informe ha optado por incorporar la Directiva sobre prácticas desleales a través de una reforma de varios textos legales, entre los cuales destacan los dos textos básicos en el ámbito de la competencia desleal en España: la Ley de Competencia Desleal y la Ley General de Publicidad.

Esta opción es, desde el punto de vista de la Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC), la más adecuada y correcta. El texto de incorporación a nuestro ordenamiento jurídico era, además de necesario, muy esperado por la asociaciones de consumidores, resultando muy positiva su elaboración y presentación.

En efecto, aun cuando la Directiva sobre prácticas desleales parte de una perspectiva parcial, fraccionada del Derecho contra la competencia desleal, limitando su ámbito de aplicación a aquellas prácticas desleales de las empresas que afecten a los intereses económicos de los consumidores, ello fue debido a razones competenciales a nivel comunitario derivadas de la aplicación del artículo 95 del Tratado CE, y no por razones de fondo respecto a la idoneidad, la oportunidad o la necesidad de fragmentación de la legislación sobre competencia desleal.

3.2. Sobre la modificación de la Ley de Competencia Desleal

3.2.1. Estructura del texto

El Anteproyecto pretende incorporar mediante diversos preceptos la cláusula general y las prohibiciones específicas por engaño y agresivas, incluyendo en dichos preceptos los supuestos que constan en la lista del Anexo I.

Sin embargo, suscita dudas esta forma de actuar, en tanto que todos los supuestos que figuran en la lista del Anexo I constituyen una “lista negra” que no deja margen de apreciación alguno al operador jurídico para discernir si una práctica es desleal o no. Si está incluida en la lista, lo será en todo caso.

En la Directiva 2005/29/CE la relación entre la norma general (cláusula general) y las prohibiciones específicas (engañosas o agresivas) supone un examen en cascada: resulta necesario constatar, en primer lugar, si una práctica está incluida en la “lista negra”. En caso contrario, hay que proceder al examen del carácter engañoso o agresivo en el sentido contemplado en la Directiva, suponiendo

un control *"in concreto"* en relación al criterio de la influencia sobre el comportamiento del consumidor.

Si este examen resulta negativo, aún es posible que la práctica recaiga sobre la cláusula general que se debe apreciar sobre los poscriterios fijados: influencia sobre el comportamiento del consumidor y en relación con la diligencia profesional.

En todo caso, debería incluirse en la Exposición de Motivos que toda esta serie de conductas no están sometidas al cumplimiento de requisito o presupuesto previo alguno, dado que tienen el origen en una lista negra de la Directiva, con lo que se puede facilitar la labor al intérprete de "a pie" de la norma nacional, sin perjuicio de la obligación que tiene de interpretar las normas nacionales de ejecución conforme a la Directiva (interpretación *"secundum directivam"*).

3.2.2. Necesidad de racionalizar y simplificar el ordenamiento jurídico

No obstante lo anterior, debe advertirse que la incorporación de la Directiva a través de la reforma de la legislación sobre competencia desleal plantea en el Derecho español ciertas peculiaridades. En efecto, se ha afirmado en numerosas ocasiones que este sector del ordenamiento está constantemente expuesto a una intensa producción legislativa fruto de la cual es la existencia de múltiples normas que, en ocasiones, concurren en la regulación de idénticos supuestos de hecho.

Dentro de estos textos legales que concurren en el Derecho español en la regulación de la competencia desleal existen dos que destacan de forma significativa: la Ley General de Publicidad (que regula la publicidad ilícita, y, dentro de ella, la publicidad desleal); y la Ley de Competencia Desleal (que tipifica los actos de competencia desleal). Pues bien, se ha afirmado con razón que estos dos textos concurren en la regulación de múltiples supuestos de hecho, tales como la publicidad engañosa, la publicidad denigratoria o la publicidad comparativa. Y esta duplicidad de textos legales para la regulación de idénticos supuestos de hecho generaba y sigue generando una indudable inseguridad jurídica.

En estas circunstancias, entendemos que la incorporación de la Directiva sobre prácticas desleales debería aprovecharse para racionalizar y sistematizar el Derecho español contra la competencia desleal, reconduciendo la regulación de este sector del ordenamiento a un único texto legal.

Aparentemente, esta fue también la intención de los autores del Anteproyecto, al menos si atendemos a lo que se afirma en su Exposición de Motivos, conforme a la cual, *"la incorporación a la Ley de competencia desleal del régimen jurídico de la publicidad engañosa, la publicidad comparativa y la publicidad desleal determina la modificación de la Ley General de Publicidad, para eliminar la dualidad hasta ahora existente, lo que igualmente redundará en beneficio de una mayor seguridad jurídica"*.

Pues bien, un análisis detenido del Anteproyecto nos permite afirmar que este propósito se ha conseguido sólo parcialmente.

Es cierto, en este sentido, que el Anteproyecto regula la publicidad engañosa, la publicidad agresiva y la publicidad desleal vinculando dicha regulación a la Ley de Competencia Desleal, al tiempo que omite una regulación específica de estas figuras en la Ley General de Publicidad. Con ello se evitan diferencias en el régimen jurídico establecido para aquellas figuras en los dos textos legales, superando las contradicciones hasta la fecha existentes, por ejemplo, en materia de publicidad denigratoria o comparativa.

Pero no es menos cierto que el Anteproyecto integra a la publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva dentro del catálogo de modalidades de publicidad ilícita. Basta comprobar, a este respecto, el tenor literal del nuevo artículo 3 de la Ley General de Publicidad:

“Es ilícita: a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus artículos 18 y 20, apartado 4. Se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulnere los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a la que se refiere la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género; b) La publicidad subliminal; c) La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios; d) La publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal”.

Del contenido de este precepto se desprende que la publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, aún tras la aprobación del Anteproyecto, constituirán figuras susceptibles de una doble calificación. Así, podrán ser calificadas como supuestos de publicidad ilícita, en aplicación de la Ley General de Publicidad, y podrán también ser calificadas como actos de competencia desleal, en aplicación de la Ley de Competencia Desleal.

Esta situación, desde nuestro punto de vista, no es en absoluto deseable. En efecto, es bien conocida la disparidad de criterios que hasta la fecha han mantenido nuestra doctrina y los tribunales con respecto a las relaciones existentes entre la Ley General de Publicidad y la Ley de Competencia Desleal. Así, mientras algunos autores y tribunales (como la Audiencia Provincial de Valencia) sostenían que la primera era Ley especial frente a la segunda (y por tanto de aplicación preferente y excluyente), otros autores y tribunales defendían que ambas eran susceptibles de aplicación conjunta, de suerte que corresponde al demandante la opción por perseguir un supuesto de hecho como publicidad ilícita o como acto de competencia desleal.

Pues bien, esta situación, que genera una indudable inseguridad jurídica, pervivirá tras la aprobación del Anteproyecto, pues, como queda expuesto, la publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva constituirán, al mismo tiempo, supuestos de publicidad ilícita y actos de competencia desleal.

3.2.3. El concepto de consumidor medio y la política de los consumidores como política tuitiva

La Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC), observa con cautela la introducción en el derecho español de la referencia al “consumidor medio”, que figuraba en la Directiva y que por ello se inserta en el texto del Anteproyecto.

Resulta adecuado no introducir un concepto de “consumidor medio”, dado que la jurisprudencia del TJCE puede evolucionar al respecto y dejar de ser el *“que está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos”*. Mantenemos nuestra duda razonable que este “consumidor medio” pueda llegar a discernir cuál es la información que tiene carácter “sustancial” o no a efectos del artículo 7 de la Directiva, y que establece unas normas que prevalecerán sobre cualquier otro texto. Esta labor, por ejemplo, estaría dirigida a especialistas en la materia, más que a cualquier consumidor *“normalmente informado y que sea razonablemente atento y perspicaz”*, lo que demuestra la poca operatividad de la figura.

La Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC), nunca ha visto con agrado la introducción de esta figura -que es un concepto jurídico indeterminado, utilizado en el derecho de la propiedad intelectual e industrial especialmente para determinar el riesgo de confusión y como parámetro de los signos distintivos- en la política de protección de los consumidores, pues se trata de una noción compleja que no tiene correspondencia alguna con el mundo real. No existe un “consumidor medio”, sólo consumidores individuales, cada uno de ellos, con su bagaje de información, actitud personal y un conjunto de creencias y preferencias subjetivas.

La introducción de este concepto por la jurisprudencia alemana, que influyó en la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, tiene un origen en la teoría económica neoliberal de la Escuela de Chicago y en el análisis Económico del Derecho, que trata de explicar y predecir el comportamiento de las personas que son reguladas por éste, asumiendo que las personas actúan racionalmente en sus interacciones sociales.

Sin embargo, para la Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC), la política de “protección de los consumidores”, debe pretender alcanzar una idea de bienestar colectivo, como política social, que excede de una mera concepción individualista como la del “consumidor medio”,

considerando que la intervención de los poderes públicos es necesaria precisamente como pieza indiscutible de configuración de los elementos económicos que intervienen en el mercado, y de los que el consumidor es el eslabón más débil y necesitado de protección.

No debe olvidarse que la Directiva 2005/29/CE tiene una doble finalidad: el establecimiento del mercado interior, y la garantía de un elevado nivel de protección de los consumidores; por ello debe seguir teniéndose en cuenta que la protección del consumidor forma parte de una política tuitiva. Aún siendo conscientes de la dificultad de introducir un mandato legislativo concreto en ese sentido, sí se puede introducir una reflexión al respecto en la Exposición de Motivos, para guiar a los intérpretes y aplicadores de la norma nacional con el fin de que la introducción del parámetro del “consumidor medio” no lleve a la exclusión de los colectivos sociales menos informados y que necesitan más protección.

Dicha reflexión debería versar sobre el carácter de principio informador del ordenamiento jurídico que tiene la protección del consumidor (artículos 51 y 53 de la Constitución) en relación con los derechos básicos de los consumidores (artículo 8 del TR 1/2007), y el necesario equilibrio entre el mercado interior y la protección de los legítimos derechos económicos y sociales de los consumidores frente a las prácticas comerciales desleales, así como la protección de sus derechos en situaciones de *“inferioridad, subordinación e indefensión”*.

3.3. Sobre la modificación del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores

El Anteproyecto introduce, como hemos señalado, determinadas modificaciones en el Texto Refundido que completan el proceso de incorporación de la Directiva 2005/29/CEE al ordenamiento jurídico español de forma satisfactoria.

Como no podía ser menos, el artículo 19 refleja la preeminencia del derecho comunitario, en parte reflejando el carácter complementario de la regulación de las prácticas comerciales desleales contemplado en el artículo 10 de la Directiva, dejando clara también la “cláusula de mercado interior” por la que no cabe imponer a los empresarios o profesionales otras obligaciones, exigencias o prohibiciones distintas de las previstas en dichas normas cuando el título en que éstas se fundan es la protección de los legítimos intereses de económicos de los consumidores.

Sin embargo, no se hace mención alguna en el Anteproyecto a la previsión de la cláusula *“standstill”* del apartado 5 del artículo 3 de la Directiva, que contiene una excepción transversal y de carácter transitorio consistente en una previsión para que los Estados miembros, durante un periodo de seis años desde la fecha límite para su incorporación al Derecho interno, esto es, desde el 12 de junio de 2007 hasta el 12 de junio de 2013, puedan seguir aplicando normas internas que

establezcan previsiones más restrictivas que las dispuestas en la Directiva. Y esto implica lo siguiente:

- Que a partir del 12 de junio de 2007, no se pueden introducir “*ex novo*” normas más restrictivas a las otras Directivas de consumo de carácter mínimo.
- Que hasta el 12 de junio de 2013, se pueden mantener, las normas nacionales adicionales dictadas con ocasión de la adaptación al Derecho interno de las respectivas Directivas de consumo vigentes.

Esta tarea de “identificación” de las normas que exceden de las Directivas de mínimos deberá realizarse a ser posible antes del proceso de evaluación y, en su caso, de revisión de la Directiva previsto para el año 2011.

Las excepciones previstas en la Directiva por razón de la materia referente a las normas de seguridad y salud de los consumidores, así como la relativa a la certificación y grado de pureza de los metales preciosos se mantienen, y también la posibilidad de aprobar normas más protectoras en materia de servicios financieros y bienes inmuebles.

Por otra parte, resultan especialmente positivas la incorporación de la obligación de información a los consumidores, en especial, sobre el precio y la obligación de facilitar al consumidor un presupuesto previo, y la obligación de entregar un resguardo cuando la ejecución de la prestación contratada exija el depósito del bien.

Respecto a las normas sobre sanciones, y sin perjuicio de la crítica que se realizará en general del régimen de las mismas, las previstas para modificar el Texto Refundido constituyen una mejora del vigente en relación con la tipificación y graduación de las sanciones. Dicha modificación se considera positiva porque contribuye a dotar de mayor seguridad jurídica, lo que resulta especialmente exigible en textos de contenido sancionador.

3.4. Sobre la modificación de la Ley de Ordenación del comercio minorista

Se realiza una regulación de las ventas promocionales para adaptarla a las previsiones de la Directiva, manteniendo la regulación sustantiva dictada en materia de ordenación de la actividad comercial y haciendo una remisión expresa a la Ley de Competencia Desleal para el tratamiento de su incidencia en los legítimos intereses económicos de los consumidores.

En concreto, se modifican los artículos 18, 22, 23 y 32 de esta Ley. A los efectos del presente informe cabe destacar la modificación de los preceptos siguientes:

- El artículo 22 regula la denominada “venta multinivel”, que ha dado origen a numerosas quejas y reclamaciones por parte de las asociaciones de consumidores durante los últimos años. La regulación suprime la referencia a la venta al “consumidor final” en cuanto único destinatario de este tipo de ventas. En principio, y por razones sistemáticas, el control de deslealtad concurrencial de este tipo de ventas debería contemplando ésta como acto de engaño, o incluso como práctica agresiva por la presión psicológica que conlleva, se presentan con elementos -afirmaciones sobre la calidad y precio favorable de las mercancías o sobre las posibilidades de éxito- que pueden llegar, por un lado, a obstaculizar la valoración de la oferta, y por otro, trasladar la captación de clientela a la esfera privada, forjando la cadena a partir de amigos, conocidos o familiares de los intermediarios. Sería deseable concretar la existencia o no de derecho de desistimiento, cuando el consumidor contrata con un intermediario independiente de la red cuya inclusión en el concepto de empresario no es una cuestión del todo diáfana.
- El artículo 23 sanciona con la nulidad las condiciones contractuales que contraríen las prohibiciones sobre las ventas en pirámide previstas en el artículo 23 de la Ley de Competencia Desleal. Se trata de un caso de nulidad parcial que no afecta a todo el contrato, sino a las condiciones que subordinen las ventajas económicas de los consumidores a la consecución de nuevos miembros de la red. Ello puede generar problemas por la dificultad de deslindar las cláusulas que se refieran al propio sistema de distribución de las concretas transacciones, por lo que sería deseable la previsión de nulidad de todo el contrato en vez de la parcial prevista. Tampoco prevé este artículo la posibilidad de ventas en pirámide en las que sólo circule el dinero, que pueden causar muchos perjudicados como en el caso “Titan Business Club Scheme”, en el que se tenía que pagar una cuota de 3.000 libras por ingresar y se tenía derecho a percibir un porcentaje sobre las cuotas de los miembros reclutados por el nuevo socio o por aquéllos introducidos por éste.
- El artículo 32 contiene las definiciones de las ventas con obsequio, con prima y con sorteo, con una remisión directa a la Ley de Competencia Desleal. Se regula y define una modalidad de promoción de ventas perteneciente a la llamada “publicidad en especie”, que fomenta la contratación de ciertos productos o servicios. El primer elemento definitorio de la venta con obsequios es la presencia de dos prestaciones, una principal (prestación promocionada) y otra adicional (incentivo, ventaja, o prima), que son diversas y gozan de autonomía la una respecto de la otra; las definiciones del artículo comentado reúnen ambos elementos, por lo que se considera correcta la definición contemplada en la norma. Respecto a las ventas con “obsequios aleatorios” contempladas en este precepto, su regulación no presenta novedad alguna, contemplando la remisión a la legislación sectorial correspondiente, en este caso a la legislación de comercio interior y en ocasiones a la del

juego, pues la Ley salvaguarda la vigencia y aplicación de lo establecido en dicha legislación sectorial.

3.5. Sobre la modificación de la Ley General de Publicidad

Esta modificación consiste en establecer el régimen general de la publicidad ilícita y de las acciones para hacerla cesar, derogando el Título IV de esta Ley que queda vacío de contenido.

Sin embargo, de su contenido no se desprende como ya hemos señalado la supuesta coherencia con la regulación adoptada en materia de competencia desleal, dando lugar a una duplicidad de acciones que generará confusión en los operadores jurídicos.

La inseguridad jurídica que genera esta duplicidad se constata si se tiene presente que el régimen de acciones previsto en el Anteproyecto es distinto para las acciones por publicidad ilícita y para las acciones por competencia desleal.

Sin perjuicio de lo que diremos más adelante en relación con la legitimación activa para interponer estas acciones, es importante destacar que no todas las personas que ostentan legitimación activa para la interposición de las acciones por competencia desleal (*ad ex.*, las asociaciones de consumidores) ostentan la misma legitimación para interponer acciones por publicidad ilícita. En estas circunstancias, se podrían producir consecuencias indeseables. Así, en el caso de que algún tribunal concluya que la Ley General de Publicidad es Ley especial frente a la Ley de Competencia Desleal, ciertas personas como las asociaciones de consumidores carecerían de legitimación activa para interponer determinadas acciones. Así, no podrían interponer las acciones por competencia desleal porque, en los supuestos de publicidad engañosa, desleal y agresiva, la Ley General de Publicidad sería ley especial. Y tampoco podrían interponer las acciones por publicidad ilícita porque carecerían de legitimación activa.

La situación hasta aquí descrita, por lo demás, podría ser superada a través de dos soluciones distintas. Así, podría suprimirse por completo el régimen jurídico relativo a la publicidad ilícita en la Ley General de Publicidad, ciñendo el ámbito de aplicación de esta Ley a la contratación publicitaria y refundiendo el régimen jurídico de la competencia desleal en un único texto: la Ley de Competencia Desleal. O bien, si se opta por mantener la duplicidad antes descrita, debería al menos unificarse el régimen jurídico de las acciones por publicidad ilícita y por competencia desleal, al menos en lo que respecta a la legitimación activa para su interposición.

De la segunda de estas opciones nos ocuparemos más adelante, en el capítulo dedicado a las observaciones específicas sobre el articulado del Anteproyecto. Por esa razón, nos limitaremos ahora a destacar que la primera de las soluciones antes apuntada sería perfectamente viable por las siguientes razones:

- El régimen jurídico de la publicidad engañosa, desleal y agresiva se encuentra ya íntegramente recogido en la Ley de Competencia Desleal, por lo que no parece necesario duplicarlo en la Ley General de Publicidad.
- No es necesario mantener en la Ley General de Publicidad una prohibición específica de la publicidad del tabaco, toda vez que esta prohibición ya se recoge en la Ley de medidas de prevención y lucha contra el tabaquismo.
- Tampoco es necesario mantener en la Ley General de Publicidad una prohibición específica en relación con aquella publicidad que vulnere lo establecido en la normativa especial que regule la publicidad de determinados productos o servicios, toda vez que esta publicidad ya merecería la calificación de acto de competencia desleal por violación de normas por aplicación del artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal. No obstante, si se quisiera mantener la tipificación como actos de competencia desleal para aquellos mensajes publicitarios que infrinjan lo dispuesto en la normativa especial que regule la publicidad de determinados productos o servicios, también podría plantearse la introducción de un nuevo párrafo tercero en el mencionado artículo 15 con el siguiente texto: "Asimismo, tendrá la consideración de desleal la simple infracción de normas que regulen la publicidad de determinados productos, actividades o servicios".

Respecto a las restantes prohibiciones que subsistirían en la Ley General de Publicidad (la relativa a la publicidad contraria a la dignidad de la persona y los valores y derechos constitucionalmente reconocidos, y a la publicidad subliminal), nada obstaría su tipificación como actos de competencia desleal en la Ley de Competencia Desleal. En efecto, sólo una concepción ya superada del Derecho contra la competencia desleal (que centra este sector del ordenamiento en la ordenación de las relaciones entre empresarios) impediría la calificación de aquellos dos supuestos como actos de competencia desleal. Y, por otra parte, la posibilidad de introducir estos dos supuestos en la Ley de Competencia Desleal no se vería limitada o imposibilitada por la Directiva sobre prácticas desleales. Es cierto, en este sentido, que estamos en presencia de una Directiva de máximos, por lo que los Estados miembros no pueden incorporar prácticas desleales distintas de aquéllas que contempla la propia Directiva. Mas no es menos cierto que esta regla sólo rige dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, que se ciñe a las prácticas desleales que afecten a los intereses económicos de los consumidores. Y tanto la prohibición de la publicidad subliminal como la prohibición de la publicidad contraria a la dignidad de la persona y a los derechos y valores constitucionales se justifican por razones distintas de la protección de los intereses económicos de los consumidores.

En efecto, ambas prohibiciones tienden a la protección y tutela de la dignidad de la persona. Esta finalidad es evidente en el caso de la prohibición recogida en la letra a) del artículo 3 de la Ley General de Publicidad. Y es también la finalidad que justifica la prohibición de la publicidad

subliminal, bajo la cual late la tutela del derecho de toda persona a no ser manipulada con mensajes por debajo de su umbral de conciencia y ante los que no puede oponer ni contrastar un juicio crítico y racional.

Si se aceptan estas premisas, como avanzábamos, se podría reconducir la totalidad del régimen jurídico de la competencia desleal a la Ley de Competencia Desleal, evitando así que ciertos supuestos de hecho puedan ser objeto de una doble calificación (publicidad ilícita y actos de competencia desleal), con la inseguridad jurídica que se deriva, tanto de esa duplicidad, como del diverso régimen de acciones previsto para ambos supuestos.

3.6. Sobre las normas procesales

Posiblemente sea el apartado más decepcionante del Anteproyecto, desde el punto de vista de las asociaciones de consumidores. Para la Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC), no reúne el contenido necesario exigido por la Constitución, que reclama una *protección eficaz de los consumidores y usuarios* dentro un sistema de economía social de mercado.

La Directiva contiene unos preceptos (artículos 11 y 12) que regulan aspectos de índole procesal (acciones colectivas de cesación o inhibitorias, medidas cautelares, resoluciones motivadas, publicación total o parcial de la resolución, obligación de recurso, o sobre la prueba) que tienen la naturaleza de disposiciones armonizadoras de mínimos y que pueden resultar ser completadas y reforzadas, en cuanto a la protección del consumidor por los Estados miembros, especialmente en lo que se refiere a una protección eficaz para la reparación de los daños causados al consumidor por las prácticas comerciales desleales.

Sigue el anteproyecto la opción que se considera más correcta, que es atribuir la competencia para dilucidar este tipo de controversias a los órganos jurisdiccionales, aunque no lo realiza garantizando de forma eficaz los derechos económicos de los consumidores.

En concreto, y sin perjuicio de las observaciones específicas que se formularán sobre el proceso previsto, existen dos ámbitos en los que se notan especialmente las carencias del anteproyecto y que son: una tutela judicial colectiva a ejercer por las asociaciones de consumidores y la falta del incremento de los poderes de oficio por el juez para la apreciación de las prácticas comerciales desleales.

3.6.1. Carencia de una regulación coherente de las acciones colectivas

Para la Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC), la incorporación de la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales podría haber sido una buena ocasión para establecer un marco jurídico que garantizase de forma eficaz la tutela colectiva de los consumidores. El punto de partida debería ser doble: por una parte, el establecimiento de instrumentos eficaces para poder obtener una reparación efectiva de los daños y perjuicios causados a los consumidores. Por otra, la privación de cualquier beneficio ilícito obtenido con ocasión de la comisión de una infracción legal, así como la posterior creación de un Fondo al que puedan ir destinadas las cantidades sobrantes de las reclamaciones de daños una vez deducidos los efectivamente reclamados por los consumidores que se hayan adherido al ejercicio de la acción colectiva mediante una asociación de consumidores o hayan ejercitado individualmente la acción.

Dicho Fondo, que debería ser gestionado por las autoridades públicas -tal y como existe actualmente, en Grecia, Francia y Polonia-, destinaría estas cantidades a actividades de interés general de protección de los consumidores, incluida la cobertura de los gastos de futuras acciones colectivas tal y como se regula por ejemplo en la legislación de Québec (artículos 999 a 1052 del Código de Procedimiento Civil, según redacción de 2002).

Ha quedado acreditado en la experiencia procesal española en relación a los conflictos en masa que, cuantos más afectados existen, más difícil es poder obtener una tutela judicial efectiva, aunque los órganos jurisdiccionales intentan con mucho voluntarismo y pocos medios e instrumentos procesales resolverlos adecuadamente.

El Anteproyecto, no aprovecha la ocasión para abordar una regulación satisfactoria de las acciones colectivas a ejercer por las asociaciones de consumidores; ni siquiera contempla la posibilidad del ejercicio por parte de las asociaciones de consumidores de la acción de indemnización de los daños y perjuicios, sin tener en cuenta la necesidad de configurar medidas legislativas que favorezcan los intereses de los consumidores, al faltar una regulación adecuada de la legitimación colectiva como manifestación tuitiva de los intereses supraindividuales de los mismos, a través de sus asociaciones.

El ordenamiento jurídico español, lamentablemente, carece de una regulación sistemática y coherente, a ejercer por las asociaciones de consumidores, de las acciones colectivas de cesación y de resarcimiento de los daños y perjuicios causados. Ello supone un déficit de democracia económica en el mercado, pues se permite que, en muchas ocasiones, la comisión de la infracción a los consumidores no sea debidamente reparada, con el consiguiente beneficio para el infractor.

La Recomendación del Consejo de la OCDE sobre las Líneas directrices relativas a la protección de los consumidores contra las prácticas comerciales transfronterizas fraudulentas y engañosas,

adoptada el 1 de junio de 2003¹⁶, invita a los países miembros a prever mecanismos eficaces para asegurar una reparación a los consumidores víctimas de prácticas comerciales fraudulentas y engañosas, y a consagrar una atención particular a la puesta en funcionamiento de sistemas de reparación transfronterizos eficaces. Posteriormente, mediante una Recomendación del Consejo de 12 de julio de 2007¹⁷, sobre la regulación de los litigios de consumo y su reparación, se enuncian los principios comunes para los mecanismos de regulación de litigios a la reparación de las demandas colectivas de los consumidores

Además, se suscita una cuestión de contradicción entre el artículo 34.2. b) del Anteproyecto, que está vetando la posibilidad de ejercitar la pretensión indemnizatoria por los daños y perjuicios causados y el artículo 11.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece precisamente que:

“Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados”.

No existe ninguna motivación que justifique dicha exclusión en el Anteproyecto, ni tampoco existe razón alguna de política legislativa en la que pueda basarse esta restricción al acceso a la tutela judicial efectiva.

Resultaría difícil de justificar que, con ocasión de la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de una Directiva de protección de los consumidores, se restringiera el acceso a la tutela judicial efectiva que antes de la aprobación de dicha Ley existía¹⁸.

3.6.2. Falta de incremento de los poderes de oficio del juez para la apreciación de las prácticas comerciales desleales

Las normas de protección del consumidor tienen conferido un carácter imperativo, dada la posición de subordinación inicial del consumidor.

Como consecuencia de ello, el TJCE ha declarado en diversas ocasiones, tanto respecto a la Directiva 93/13/CE sobre cláusulas abusivas¹⁹ como más recientemente respecto a la Directiva

¹⁶ C(2003) 116.

¹⁷ C(2007) 74.

¹⁸ Al igual que en la reforma alemana de 2004 sobre la competencia desleal, que precisamente viene a fomentar y garantizar la reclamación colectiva, en base al principio de economía procesal.

¹⁹ Véanse, las Sentencias de 27 de junio de 2000, “Océano Grupo Editorial y Salvat Editores”(asuntos acumulados C-240/98 a C-244/98), y de 21 de noviembre de 2002, “Cofidis”(asunto C-473/00).

87/102/CEE sobre crédito al consumo²⁰, que para garantizar la efectividad de la tutela de los consumidores existe la obligación de los órganos jurisdiccionales de aplicar de oficio las disposiciones que protegen al consumidor.

La evolución al respecto de la jurisprudencia del TJCE ha sido la siguiente:

- En la Sentencia Peterbroeck²¹, el Tribunal de Justicia declaró que el Derecho comunitario se opone a la aplicación de una norma procesal que prohíbe al juez nacional que conoce del asunto en el marco de sus competencias, apreciar de oficio la compatibilidad de un acto de Derecho interno con una disposición comunitaria, cuando esta última no haya sido invocada por el justiciable dentro de un plazo determinado. En la misma Sentencia el Tribunal de Justicia indicó que *“cada caso en el que se plantea la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho comunitario, debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento, de su desarrollo y sus peculiaridades, ante las diversas instancias nacionales”*.
- En la Sentencia *“Océano Grupo Editorial y Salvat Editores”*, aun sin invocar expresamente su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia estimó, con referencia a una cláusula atributiva de competencia incluida en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional en el sentido de la Directiva 93/13/CE, que sólo podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el juez nacional está facultado para apreciar de oficio el carácter abusivo, en el sentido de la citada Directiva, de dicha cláusula. A tal conclusión llegó ya el Tribunal de Justicia sobre unas consideraciones del apartado 26 de la citada sentencia, destacando que *“el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva 93/13/CE que obliga a los Estados miembros a prever que las cláusulas abusivas no vinculen a los consumidores, no podría alcanzarse si éstos tuvieran que hacer frene a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de dichas cláusulas”*.
- Estas consideraciones fueron confirmadas por el Tribunal de Justicia en la posterior sentencia *“Cofidis”*, al objeto de declarar que una norma procesal que prohíba al juez nacional, al expirar un plazo de preclusión, declarar, de oficio o a raíz de una excepción propuesta formulada por un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula cuyo cumplimiento solicita el profesional, puede hacer excesivamente difícil la aplicación de la protección que la Directiva 93/13/CE pretende conferir a los consumidores en los litigios en los que éstos sean demandados.

²⁰ Véase, la Sentencia de 4 de octubre de 2007, *“Rampion/Franfinance, SA, K par SAS”*(asunto C-429/05)..

²¹ Véase, la Sentencia de 14 de diciembre de 1995, *“Peterbroeck”*,(asunto 312/93).

- Más recientemente, en la Sentencia "*Rampion/Franfinance*", el Tribunal, siguiendo la doctrina sentada en las anteriores Sentencias que cita expresamente en su apartado 60, viene a declarar que: "*La Directiva 87/102/CE, en su versión modificada por la Directiva 98/7, debe interpretarse en el sentido de que permite al órgano jurisdiccional nacional aplicar de oficio la disposiciones que adaptan el Derecho interno a su artículo 11, apartado*".

Tratándose de una línea jurisprudencial consolidada, que considera preceptiva la aplicación de oficio por el juez nacional - que, al fin y al cabo es el "*primer juez del Derecho comunitario*"²² - de las normas de protección de los consumidores para las cláusulas abusivas y ahora para el crédito al consumo, no existe razón para completar una tutela más efectiva que impida su extensión a las prácticas comerciales desleales, especialmente, teniendo en cuenta los deberes probatorios adicionales que tiene la parte actora - que siempre será un consumidor o una asociación de consumidores- para acreditar la existencia de una práctica comercial desleal (que se trata de un consumidor medio, que le ha afectado a su comportamiento económico, que no ha actuado el empresario con la diligencia debida, que se trata de un engaño sustancial o relevante, etc.).

Por ello, la Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC) considera que se debería incluirse un precepto que atribuya de oficio al juez, en el seno de un proceso, la facultad de apreciar de oficio la existencia de una práctica comercial desleal, aunque no hubiera sido alegada por las partes, recogiendo este principio general del Derecho comunitario plasmado en la doctrina ya consolidada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE).

3.7. Sobre el régimen sancionador

El artículo 13 de la Directiva 2005/29/CE establece que:

"Los Estados miembros establecerán sanciones para los casos de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación e la presente Directiva, y tomarán todas las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las mismas. Las sanciones deberán ser eficaces, proporcionadas y disuasorias".

La incorporación de la Directiva al ordenamiento jurídico interno, era la ocasión para establecer un régimen sancionador "*eficaz, proporcional y disuasorio*"; sin embargo, en el Anteproyecto remitido a consulta se hace una mera reforma del Texto Refundido de la Ley General para la protección de

²² Véase la Resolución del Parlamento Europeo sobre "*el papel del juez nacional en el sistema judicial europeo*"(A6-0224/2008). El Parlamento aboga por una "*mayor participación y responsabilización de los jueces nacionales*" en la aplicación del Derecho comunitario y que "*jueces nacionales no pueden adoptar una actitud pasiva respecto al Derecho comunitario*". Un incremento de su margen de apreciación en una política tuitiva, como la de protección de los consumidores, podría ser una vía para alcanzar este fin.

los consumidores y usuarios, realizando algunas precisiones y mejoras al texto actual que, aunque necesarias, resultan insuficientes para un régimen jurídico que contemple las sanciones de forma “eficaz, proporcional y disuasoria”, en base a la cual los operadores jurídicos queden disuadidos de la comisión de prácticas comerciales desleales.

Para ello habría que partir del principio general - ya conocido y aplicado en otras ramas del ordenamiento jurídico- consistente en que *“en ningún caso la infracción puede suponer un beneficio económico para el infractor”*, lo que comporta que el legislador debe adoptar todas las medidas para que el infractor solamente obtenga el “beneficio cero” con su conducta. Actualmente, y sólo con carácter potestativo para la Administración, el artículo 48 del RDL 1/2007 contempla una medida de corte similar.

Lo anterior ha sido propuesto por el Parlamento Europeo²³, con base legal en el derecho comunitario el artículo 13 de la Directiva 2004/13/CE, que establece el punto de partida para la eliminación de cualesquiera beneficios ilegítimos obtenidos por el infractor.

La Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC) apoya dichas posiciones del Parlamento Europeo y de la Comisión para el establecimiento de un régimen jurídico que contemple sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias, que tengan como punto de partida la imposibilidad de obtención de cualquier tipo de beneficio para quien haya cometido una infracción.

No tiene sentido el establecimiento de un régimen de sanciones administrativas que en su mayor parte puedan finalizar con la imposición de multas, cuyo importe pueda ser incorporado como parte de los costes generados para la obtención del producto o servicio en un proceso de *“internalización del coste de las multas”* por parte de los infractores.

Considera la Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC) que debe establecerse un régimen que contenga medidas sancionadoras no sólo de carácter administrativo, sino también civil y penal.

Respecto a las sanciones civiles, ausentes en el texto del Anteproyecto, se debería incluir, de forma similar a la legislación belga que incorpora la Directiva²⁴, una sanción civil particular para los casos en los que un contrato haya sido concluido a consecuencia de ciertas prácticas comerciales desleales, de modo que, el consumidor pueda en un plazo razonable a partir del momento en el que tenga conocimiento o debiera haber tenido conocimiento de la existencia de una práctica comercial desleal, exigir el reembolso de las sumas pagadas, sin restitución del producto entregado o del servicio suministrado.

Se trataría de un régimen jurídico similar al existente para el suministro de envíos no solicitados contemplados en el artículo 42 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y el actual artículo

²³ En concreto, el establecimiento de procedimientos de confiscación de beneficios indebidos (PE A6-0155/2008), punto 36, informe sobre la estrategia comunitaria en materia de política de los consumidores 2007-2013, Ponente Lasse Latinen.

²⁴ Loi 5, juin 2007, art. 31.

100 del RDL 1/2007. Debería declararse, previamente, la comisión de una práctica comercial desleal para exigir la devolución del precio.

Otra forma de promocionar la existencia de “beneficio cero” por la comisión de la infracción, consistiría en conceder acción colectiva civil de indemnización a las asociaciones de consumidores, para que exijan al infractor la devolución del beneficio obtenido ilícitamente por la comisión de la infracción, y el importe sobrante del pago efectuado a los consumidores afectados debería ir con destino al Fondo que se ha señalado en el apartado anterior.

En cuanto a las sanciones penales, se podría aprovechar la transposición para introducir algunas suplementarias, especialmente, en lo relativo a las denominadas “compras forzadas”. Estas prácticas, juzgadas particularmente graves y peligrosas, deben ser tipificadas como delito; puede mencionarse, a modo de ejemplo, que la legislación francesa de incorporación de la Directiva²⁵ establece que una práctica comercial “agresiva” está castigada con una pena de prisión de dos años y una multa de 150.000 euros.

Deberían contrastarse las conductas más graves dentro de las prácticas comerciales agresivas con las conductas de coacciones y amenazas tipificadas en el Código Penal español de 1995.

Otro supuesto, que causa gran preocupación o desasosiego social es el desplegado por las personas o grupos que realizan actividades de carácter esotérico, por las consecuencias fraudulentas que conlleva. La Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC) considera que deberían tipificarse en el Código Penal como un tipo especial de estafa las conductas derivadas de los fraudes perpetrados aprovechando las creencias de las personas o la inducción al miedo y a la superstición.

En cuanto al régimen sancionador de carácter administrativo, resulta insuficiente y no es disuasorio, por lo que resulta necesario incrementar la sanciones contemplando casos como los de la legislación francesa de incorporación de la Directiva que, por ejemplo, establece como sanción una multa de hasta el 50% de los gastos de publicidad o de la práctica comercial desleal²⁶, o incluso la prohibición de la actividad comercial por la comisión de prácticas comerciales agresivas²⁷.

A juicio de la Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC) se ha desaprovechado la ocasión de la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de una figura existente en el derecho administrativo sancionador como medio de ejecución forzosa que resulte “disuasoria” para los infractores, como son las multas coercitivas, que tienen una regulación básica en el artículo 99 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

²⁵ Loi 2008-3, 3 janvier, art. L. 122-12.

²⁶ Loi 2008-3, 3 janvier, art. L. 121-6.

²⁷ Loi 2008-3, 3 janvier, art. L. 122-13.

Aunque, en puridad, en derecho español, no se fundamenta en criterio sancionador alguno, sino que es correlato de la autotutela ejecutiva de la Administración, sí quedaría incluido en el concepto comunitario de "*medida sancionadora*" la introducción en el texto del Anteproyecto de la figura de las "multas coercitivas".

Por último resulta extraño que el Anteproyecto no haga referencia o mención alguna a la interrelación o conexión funcional entre la Ley de Competencia Desleal y la Ley de Defensa de la Competencia, y también respecto a las sanciones que se contemplan por infracción del RDL 1/2007 que tengan su origen en la comisión de una práctica comercial desleal.

La Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia, establece en su artículo 3 que:

"La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público."

Según el texto del Anteproyecto ahora sometido a consulta, podrían existir los siguientes actos de competencia desleal por falsear la libre competencia afectando al interés público:

Los derivados de la cláusula general; los actos de engaño; las prácticas agresivas; los actos de comparación; los actos de imitación; las prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios; los actos de confusión engañosos para los consumidores; las omisiones engañosas en relación con consumidores; las prácticas engañosas sobre códigos de conducta u otros distintivos de calidad; las prácticas de señuelo y prácticas promocionales engañosas; las prácticas engañosas sobre la naturaleza y propiedades de los bienes o servicios, su disponibilidad y los servicios posventa; las prácticas de venta piramidal; las prácticas engañosas por confusión; las prácticas comerciales encubiertas; otras prácticas engañosas; las prácticas agresivas por coacción; las prácticas agresivas por acoso; las prácticas agresivas por influencia indebida; las prácticas agresivas en relación con los menores.

Conforme han destacado la doctrina y la jurisprudencia -respecto del contenido del anterior artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia, de idéntico contenido al actual artículo 3 de la Ley 15/2007- este precepto crea un nuevo ilícito antitrust "*falseamiento de la competencia por actos desleales*", que debe aplicarse cuando concurren tres presupuestos:

- a) La existencia previa de un acto de competencia desleal.
- b) La producción de una grave distorsión de la competencia.
- c) La afectación del interés público.

En rigor, la expresión de “*actos de competencia desleal*” es comprensiva de todos aquellos comportamientos concurrentes que, independientemente de que encajen o no en las definiciones legales de actos de competencia desleal, en virtud de la cláusula general del artículo 5, escapan de los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia y, además, tienen o pueden llegar a tener un grave impacto antitrust.

Se trata pues, de un ilícito mixto o bifronte, con media estructura de ilícito de conducta que sirve de sostén básico de otra media estructura de ilícito de resultado.

Pero la redacción del Anteproyecto sometido a consulta, supone atribuir competencias administrativas a la Comisión Nacional de Competencia, a los órganos autonómicos de competencia y a los de consumo, en los que radica la potestad sancionadora en materia de consumo.

Además de la redacción del artículo 5 de la Ley 15/2007, que regula las denominadas “Conductas de menor importancia”, complica aún más la atribución competencial. Dicho precepto establece lo siguiente:

“Las prohibiciones recogidas en los artículos 1 a 3 de la presente Ley no se aplicarán a aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. Reglamentariamente se determinarán los criterios para la delimitación de las conductas de menor importancia, atendiendo, entre otros, a la cuota de mercado”.

Habrà pues, que establecer la eventual delimitación y atribución competencial, especialmente, en lo que concierne entre los órganos de defensa de la competencia y los órganos de consumo que ostentan la potestad sancionadora. La Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC) es consciente de la dificultad de dicha delimitación en un Estado complejo como es el autonómico, pero ésta resulta necesaria para una aplicación correcta de la Ley. Posiblemente, esos criterios reglamentarios de cuota de mercado y otros puedan servir de delimitación para las autoridades de competencia acostumbradas al manejo de dichos conceptos económicos, pero no para las autoridades de consumo.

4. Observaciones específicas

4.1. Cláusula general

El artículo 1.4 del Anteproyecto pretende dar una nueva redacción al artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal, que pasaría a tener la siguiente redacción:

“Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe. En particular, se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidado que cabe esperar de un empresario que se comporta honradamente con los consumidores, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o al miembro medio del grupo destinatario de la práctica. A los efectos de esta Ley, se entiende por comportamiento económico del consumidor o usuario toda decisión por la que, entre otros, éste opta por actuar o por abstenerse de hacerlo en relación con la selección de una oferta u oferente, opta por la contratación de un bien o servicio, cómo y en qué condiciones contratarlo, u opta por satisfacer total o parcialmente el precio o cualquier otra forma de pago, o decide si conserva o no el bien o servicio o si ejerce un derecho contractual en relación con los bienes o servicios”.

Bajo este precepto, por lo demás, late el propósito de los autores del Anteproyecto de conservar, en la medida de lo posible, la cláusula general de represión de la competencia desleal ya recogida en el actual artículo 5 de la mencionada Ley.

Sin embargo, es importante destacar que este propósito provoca que la nueva redacción del artículo se aparte de manera significativa de la cláusula general prevista en la Directiva sobre prácticas desleales.

En la Directiva, en efecto, la cláusula general se recoge en el artículo 5 en los siguientes términos:

“Se prohibirán las prácticas comerciales desleales. Una práctica comercial será desleal si: a) 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”.

En la Directiva, a su vez, esta cláusula general se completa con las siguientes definiciones, recogidas en el artículo 2:

- Distorsionar de manera sustancial el comportamiento económico de los consumidores: *“utilizar 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”*
- Diligencia profesional: *“el nivel de competencia y cuidado especiales que cabe razonablemente esperar del comerciante en sus relaciones con los consumidores, acorde con las prácticas honradas del mercado o con el principio general de buena fe en el ámbito de actividad del comerciante”.*
- Decisión sobre una transacción: *“toda decisión por la que un consumidor opta por comprar o no un producto y resuelve de qué manera y en qué condiciones efectúa la compra, si realiza un pago íntegro o parcial, si conserva un producto o se deshace de él y si ejerce un derecho contractual en relación con dicho producto, tanto si el consumidor opta por actuar como por abstenerse de actuar”.*

Pues bien, a la luz de todo lo hasta aquí expuesto, podemos señalar que entre la cláusula general que recoge el nuevo artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal y la prevista en la Directiva sobre Prácticas Desleales existen, al menos, las siguientes diferencias:

- En la nueva redacción del artículo 5, la cláusula general pivota sobre el concepto de buena fe objetiva. Y la referencia a las actuaciones contrarias a la diligencia profesional constituye un mero ejemplo o supuesto específico de actuaciones objetivamente contrarias a las exigencias de la buena fe. Sin embargo, en la Directiva sobre prácticas desleales, la cláusula general reprime –con carácter principal- todo comportamiento contrario a la diligencia profesional, y hace referencia a la buena fe únicamente como una de las dos fuentes (junto con las prácticas honestas del mercado) a las que cabe recurrir para integrar el concepto de buena fe.
- En el segundo inciso del mencionado artículo 5 la compatibilidad de una práctica con la diligencia profesional se hace depender exclusivamente de su correspondencia con un comportamiento honrado por parte del empresario con los consumidores. Sin embargo, en la Directiva, un comportamiento puede ser considerado contrario a la diligencia profesional en dos hipótesis diversas: cuando resulte contrario a las prácticas honradas del mercado (supuesto éste al que parece referirse el artículo 5 LCD), y cuando resulte contrario a las exigencias de la buena fe.
- Asimismo, se define la diligencia profesional como el nivel de competencia y cuidado que cabe esperar de un empresario que se comporta honradamente con los consumidores. Este precepto, así las cosas, remite al concepto de honradez (de tintes eminentemente subjetivos) a la hora de definir la diligencia profesional. En la Directiva, sin embargo, la

compatibilidad de una práctica con las exigencias de la diligencia profesional se hace depender de su correspondencia con las prácticas honradas del mercado, concepto éste de carácter mucho más objetivo que remite a los buenos usos mercantiles.

- Finalmente, si bien en el artículo ofrece un concepto de lo que ha de entenderse por comportamiento económico del consumidor, no se ofrece –como se hace en la Directiva– un concepto de lo que ha de entenderse por distorsión sustancial de aquel comportamiento económico.

Por las razones expuestas, debería procederse a una modificación de la redacción del artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal, que tuviera en cuenta además lo indicado en las siguientes observaciones.

4.2. Actos de engaño

El artículo 1.6 del Anteproyecto pretende dar una nueva redacción al artículo 7 de la Ley de Competencia Desleal, suprimiendo la figura del engaño por omisión. Es cierto que el Anteproyecto introduce un nuevo artículo 19 en la Ley de Competencia Desleal denominado “omisiones engañosas con consumidores”, pero no lo es menos que este precepto, tanto por su rótulo como por su ubicación (dentro del capítulo dedicado a las prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios), resulta únicamente aplicable a la publicidad dirigida a consumidores, y excluye de su ámbito de aplicación otros supuestos igualmente trascendentes como la publicidad dirigida a profesionales (piénsese, por ejemplo, en publicidad de editoriales jurídicas dirigidas a profesionales del Derecho) o a otras personas (peque nas y medianas empresas, asociaciones, etc.) que no puedan ser calificadas legalmente como consumidores finales.

No existe razón alguna que justifique la supresión –con carácter general, y excepción hecha de las prácticas dirigidas a los consumidores– de la figura del engaño por omisión.

Por otra parte, debe tenerse presente que, en la redacción propuesta, la calificación del engaño como práctica desleal se hace depender de un requisito o presupuesto mucho más estricto que el previsto en la normativa comunitaria. Así, el nuevo artículo 7 sólo permite calificar como práctica desleal el engaño cuando éste altere efectivamente el comportamiento económico de los destinatarios de la práctica. Así se desprende de la expresión “alterando el comportamiento económico” que se emplea en aquel precepto.

Sin embargo, el artículo 6 de la Directiva no exige una distorsión efectiva del comportamiento económico de los destinatarios para la calificación del engaño como práctica desleal. Antes al contrario, el engaño puede ser calificado como desleal siempre que altere o pueda alterar aquel

comportamiento económico. Así se desprende de la expresión “le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción”, que se emplea en la Directiva.

La diferencia, resulta sustancial. Mientras la redacción propuesta para el artículo 7 de la Ley de Competencia Desleal exige una prueba de que se ha alterado efectivamente el comportamiento económico del consumidor, la Directiva sólo exige la simple *aptitud o susceptibilidad* de la práctica para distorsionar ese comportamiento económico del consumidor. Así las cosas, la redacción propuesta endurecería las condiciones precisas para poder calificar una práctica como engañosa, y reduciría significativamente las posibilidades de aplicación efectiva de aquel precepto.

Por todas las razones hasta aquí expuestas, la Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC) considera que debería revisarse la redacción prevista para el artículo 7 de la Ley de Competencia Desleal.

4.3. Prácticas comerciales agresivas

El artículo 1.7 del Anteproyecto pretende introducir en el Derecho interno la figura de las prácticas comerciales agresivas, ya contemplada en la Directiva comunitaria sobre prácticas desleales.

A estos efectos, se introduce en la Ley de Competencia Desleal un artículo de nuevo cuño, el artículo 8, que establece:

“Se considera desleal todo comportamiento que, teniendo en cuenta sus características y circunstancias, pueda mermar de manera significativa, mediante el acoso, coacción, fuerza o influencia indebida, la libertad de elección o conducta del destinatario, en relación al bien o servicio, y por consiguiente, afecte a su comportamiento económico”.

Una vez más, se aprecian importantes y significativas diferencias entre la forma en la que son definidas las prácticas agresivas en la Directiva sobre Prácticas Desleales y el concepto que de ellas se pretende recoger en la futura Ley de Competencia Desleal.

En efecto, las prácticas agresivas se definen en el artículo 8 de la Directiva con los siguientes términos:

“se considerará agresiva toda práctica comercial que, 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”.

Pues bien, una comparación entre este precepto y el proyectado artículo 8 de la Ley de Competencia Desleal nos permite apreciar las siguientes diferencias:

- En la propuesta, el uso de la fuerza se erige como una práctica agresiva autónoma distinta de la coacción, el acoso o la influencia indebida. Sin embargo, en la Directiva, el uso de la fuerza constituye una subhipótesis de la coacción, dentro de la cual se engloba.
- Asimismo, en la propuesta la calificación de una práctica como agresiva exige la prueba de una influencia real y efectiva de aquélla sobre el comportamiento económico del consumidor; Así se pone de manifiesto en el inciso final de aquel precepto, en el que se exige (como presupuesto para la calificación de una práctica como agresiva) que ésta afecte al comportamiento económico del consumidor. Sin embargo, en la Directiva basta la mera aptitud o susceptibilidad de una práctica para incidir en el comportamiento económico del consumidor para su calificación como agresiva; así se deduce del inciso final del artículo 8 de la norma europea, que se limita a exigir que la práctica examinada haga o pueda hacer tomar al consumidor una decisión sobre una transacción que de otra forma no hubiera tomado.

Así las cosas, consideramos que el proyectado artículo 8 de la Ley de Competencia Desleal debe ser revisado a fin de adecuarlo a la Directiva sobre Prácticas Desleales. Esta reforma es especialmente trascendente en el caso de la segunda de las diferencias antes examinadas: debe tenerse presente que si se exige la prueba de una incidencia efectiva en el comportamiento económico del consumidor, las posibilidades de calificar una práctica como agresiva se reducen considerablemente, impidiendo así la persecución de prácticas que, aunque encajarían en el concepto de agresivas, no se puede acreditar –en relación con ellas- que hayan afectado efectivamente al comportamiento económico de los consumidores.

4.4. Actos de comparación

El artículo 1.8 del Anteproyecto procede a modificar el artículo 10 de la Ley de Competencia Desleal, que regula los actos de comparación.

Al igual que en otros preceptos del Anteproyecto, late bajo la nueva redacción del artículo 10 el deseo de los autores del Anteproyecto de mantener, en la medida de lo posible, la redacción original de la Ley de Competencia Desleal. De esta forma se mantiene prácticamente inalterado el artículo 10 original de este texto legal, y se le añade un segundo párrafo que reproduce el antiguo artículo 6 bis de la Ley General de Publicidad, que a su vez incorporaba la Directiva sobre publicidad comparativa.

Sin embargo, es importante destacar que, en el caso que nos ocupa, este propósito de los autores del Anteproyecto conduce a un precepto que puede generar importantes problemas en su interpretación y aplicación.

En efecto, desde una perspectiva de técnica legislativa, no parece correcto que un mismo precepto, al tiempo que define las condiciones de licitud de una determinada práctica, tipifique los supuestos en los que esta práctica se considerará desleal.

Pueden existir importantes problemas interpretativos, pues no es difícil imaginar supuestos de publicidad comparativa que deban ser considerados desleales porque incumplen los requisitos previstos en el párrafo 2 y que, sin embargo, deberían ser considerados al mismo tiempo leales al no cumplir ninguno de los requisitos previstos en el párrafo 1 para una pretendida declaración de deslealtad.

Con el fin de no introducir un elevado grado de inseguridad jurídica en el régimen aplicable a la publicidad comparativa (lo que además constituiría un obstáculo para la utilización de esta técnica publicitaria), debería procederse a la modificación de la redacción prevista para el artículo 10 de la futura Ley de Competencia Desleal, suprimiendo del mismo el actual párrafo primero.

4.5. Actos de imitación

El artículo 1.9 del Anteproyecto pretende dar una nueva redacción al artículo 11 de la Ley de Competencia Desleal, suprimiendo las hipótesis de *"imitación confusoria"*, es decir, de imitación que pueda generar entre los consumidores un riesgo de confusión o asociación entre ofertas. Esta supresión puede considerarse lógica y coherente si se tiene presente que los actos de confusión ya cuentan con una tipificación expresa en el artículo 6 de la Ley de Competencia Desleal, y que tanto la doctrina como la jurisprudencia españolas habían encontrado significativas dificultades a la hora de deslindar el ámbito de aplicación de este precepto en relación con el artículo 11 de la Ley de Competencia Desleal.

No obstante lo anterior, el inciso final del párrafo segundo del proyectado artículo 11 sigue manteniendo una cláusula en virtud de la cual *"la inevitabilidad de los indicados riesgos de asociación, de confusión o de aprovechamiento de la reputación ajena excluye la deslealtad de la práctica"*. Como es lógico, esta cláusula –al menos en la parte que alude a los riesgos de asociación y de confusión- constituye un residuo de la redacción original del artículo 11, que probablemente haya pasado desapercibido. Pero carece de sentido su mantenimiento cuando el riesgo de confusión o de asociación ya no constituye un supuesto de imitación desleal, por lo que debería suprimirse.

4.6. Actos de confusión engañosos

El artículo 1.10 del Anteproyecto introduce –en primer término- un precepto de nuevo cuño, el artículo 18, orientado a regular los actos de confusión engañosos para los consumidores.

Cabe llamar la atención sobre un dato de especial relevancia: el nuevo artículo 18 está llamado a convivir en el mismo texto legal con el ya preexistente artículo 6, que tipifica los actos de confusión. Además, el deslinde del ámbito de aplicación entre ambos preceptos parece claro: mientras el artículo 18 pretende regular los actos de confusión derivados de prácticas dirigidas a consumidores, el artículo 6 reduciría su ámbito de aplicación a los actos de confusión derivados de prácticas no dirigidas a los consumidores.

Entre la redacción del actual artículo 6 y la redacción del propuesto artículo 18 existe una notable diferencia: el artículo 6 establece lo siguiente: *“se considera desleal todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajeno. El riesgo de confusión por parte de los consumidores respecto de la procedencia de la prestación es suficiente para fundamentar la deslealtad de una práctica”*.

Como se puede apreciar, para calificar una práctica como acto desleal de confusión bajo la aplicación del artículo 6, basta la simple aptitud o susceptibilidad de aquella para generar confusión. La existencia de un riesgo de confusión, en otras palabras, permite por sí sola la calificación de la práctica como desleal.

No sucede lo mismo, en cambio, bajo la aplicación del proyectado artículo 18. Este precepto exige la existencia de una confusión efectiva para la correspondiente declaración de deslealtad. Así se desprende de la expresión *“creen confusión”*, que se utiliza en el citado precepto.

Pero esta distinción no es la única. El proyectado artículo 18 sólo permite declarar la deslealtad de una práctica *confusoria* si ésta es susceptible de afectar al comportamiento económico de los consumidores, de suerte que su aplicación exige la prueba de un presupuesto (la incidencia en el comportamiento económico de los consumidores) que en ningún modo exige la aplicación del artículo 6.

Es decir, de lo anterior se desprende que los presupuestos que se exigen para la calificación de una práctica como desleal por confusión son mucho más estrictos cuando ésta se dirige a los consumidores que cuando se dirige a otras personas. En el primer caso, debe acreditarse la existencia de una confusión efectiva, así como la incidencia de la práctica en el comportamiento económico del consumidor. En el segundo caso, en cambio, basta con la mera aptitud de la práctica para generar un riesgo de confusión. Esta diferencia, obviamente, genera un notable perjuicio para los intereses de los consumidores, que debe ser subsanado a través de la supresión del proyectado artículo 18. La introducción de este precepto debe considerarse innecesaria puesto

que los actos de confusión ya cuentan con una tipificación expresa en el texto actualmente en vigor de la Ley de Competencia Desleal. Y, como ya se ha expuesto, la introducción del nuevo artículo 18 sólo generaría un endurecimiento de las condiciones exigibles para calificar una práctica como desleal por confusión cuando aquélla se dirige a los consumidores, lo que implica incrementar los requisitos para obtener una tutela judicial efectiva, cuando las asociaciones de consumidores, o éstos de forma individual, acuden a los tribunales de justicia.

4.7. Prácticas de señuelo y las prácticas promocionales engañosas

El artículo 1.10 del Anteproyecto también pretende introducir un nuevo artículo 21 en la Ley de Competencia Desleal, destinado a regular las prácticas señuelo y las prácticas promocionales engañosas.

En relación con el párrafo sexto de este precepto, debe subrayarse que el Anteproyecto atribuye a la conducta que en él se describe una calificación distinta de la que atribuye a la misma conducta la Directiva sobre prácticas desleales. En efecto, tal y como se desprende de su propio tenor literal, el proyectado artículo 21.6 califica la conducta que en él se describe como práctica engañosa. Sin embargo, basta acudir al apartado 31 del Anexo 1 de la Directiva para caer en la cuenta de que, en el Derecho comunitario que se pretende incorporar, aquella conducta se encuadra dentro de las prácticas agresivas.

Por consiguiente, el proyectado artículo 21 de la Ley de Competencia Desleal debería ser modificado para suprimir del mismo el párrafo seis, reconduciendo la conducta que en este párrafo se contempla al catálogo de prácticas agresivas.

4.8. Prácticas engañosas sobre la naturaleza y propiedades de los bienes o servicios

El artículo 1.10 del Anteproyecto también pretende introducir un nuevo artículo 22 en la Ley de Competencia Desleal, en el que se recoja un catálogo de prácticas engañosas sobre la naturaleza y propiedades de los bienes o servicios, su disponibilidad y los servicios posventa. Dentro de este catálogo, se tipifica expresamente –párrafo 3- la conducta consistente en “proclamar, salvo en el caso de que esté previsto legalmente en relación con los medicamentos, que un bien o servicio puede curar enfermedades, disfunciones o malformaciones”.

Como puede comprobarse, este párrafo se muestra extremadamente restrictivo en su redacción, pues extiende su ámbito de aplicación únicamente a las alegaciones curativas, dejando fuera otro tipo de alegaciones igualmente inadmisibles como las alegaciones preventivas o terapéuticas.

Debe subrayarse, sin embargo, que el Derecho español vigente contempla una tajante prohibición de las alegaciones preventivas o terapéuticas en la publicidad de productos distintos de los medicamentos o productos sanitarios, tal y como se desprende del artículo 4 del Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos o servicios con pretendida finalidad sanitaria.

A juicio de la Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC), debería modificarse la redacción del proyectado artículo 22.3, para dar cabida en él, no sólo a las alegaciones curativas, sino también a las alegaciones de carácter preventivo o terapéutico. En caso contrario, podría plantearse la paradójica situación de que la utilización de una alegación publicitaria expresamente prohibida por el Derecho español no sea considerada un acto de competencia desleal.

4.9. Prácticas engañosas por confusión

El artículo 1.10 del Anteproyecto introduce en la Ley de Competencia Desleal un nuevo artículo 24 con el siguiente texto:

“se reputa desleal por engañoso promocionar un bien o servicio similar al producto de un determinado empresario o profesional para inducir de manera deliberada al consumidor o usuario a creer que el bien o servicio procede de este empresario o profesional, no siendo cierto”.

Sobre el contenido de este precepto, pueden realizarse severas críticas. Así, debe señalarse, en primer lugar, que el proyectado artículo 24 se superpone al artículo 6 ya en vigor de la Ley de Competencia Desleal y al proyectado artículo 18. De este modo, si el Anteproyecto es aprobado en su versión actual, existirían tres preceptos distintos destinados a regular los actos de confusión:

- el artículo 6 (que regula los actos de confusión *sensu stricto*),
- el artículo 18 (que regula los actos de confusión engañosos para los consumidores),
- el artículo 24 (que regula las prácticas engañosas por confusión).

Obviamente, la regulación de una misma conducta por tres preceptos distintos dentro del mismo texto legal genera un grave problema de inseguridad jurídica, derivado de las dudas que pueden plantearse a la hora de elegir la norma aplicable. Problema que se incrementa notablemente si se tiene presente que la conducta que contempla el artículo 24 encaja también sin mayores

dificultades en el ya vigente artículo 6 de la Ley de Competencia Desleal, y se encuentra además expresamente tipificada por el proyectado artículo 18.

En segundo lugar, debe destacarse que el propuesto artículo 24 se muestra incluso más restrictivo que el artículo 6 y que el artículo 18 a la hora de tipificar los actos de confusión.

En efecto, este precepto sólo permite calificar como desleales los actos de confusión cuando la práctica se haya desarrollado “para inducir *de manera deliberada* al consumidor o usuario a creer que el bien o servicio procede de este empresario o profesional, no siendo cierto”. De suerte que la aplicación de este precepto exigiría la aportación de una prueba prácticamente imposible: la prueba de que la confusión ha sido generada de manera deliberada, lo que implica una especie de “*probatio diabólica*” en el proceso.

Por último, debe destacarse que el propuesto artículo 24 sólo contempla la confusión derivada de la similitud entre bienes o servicios (“se considera desleal por engañoso promocionar un bien o servicio similar al producto de un determinado empresario o profesional”). Sin embargo, deja completamente al margen aquellas hipótesis en las que el riesgo de confusión se deriva, no de la imitación del concreto producto, sino de su presentación comercial, de su etiquetado, o incluso de la publicidad.

Por todas las razones hasta aquí expuestas, la Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC) considera que el proyectado artículo 24 debería ser suprimido, toda vez que las conductas que en él se contemplan (con una tipificación que puede ser defectuosa) ya pueden ser adecuadamente reprimidas a través de la aplicación del artículo 6 de la Ley de Competencia Desleal (en su redacción actualmente vigente) y del proyectado nuevo artículo 18.

4.10. Prácticas agresivas por coacción, por acoso y por influencia indebida

Finalmente, el artículo 1.10 del Anteproyecto introduce varios preceptos (los artículos 27 y siguientes) destinados a incorporar al Derecho interno el catálogo de prácticas que se tipifican como prácticas agresivas en el Anexo I de la Directiva sobre prácticas desleales.

Ahora bien, debe señalarse que a diferencia del legislador comunitario (que se ha limitado a establecer el catálogo de dichas prácticas, sin prejuzgar su calificación como coacción, acoso o influencia indebida), los autores del Anteproyecto han preferido clasificar las prácticas contempladas en el Anexo I de la Directiva dentro de alguna de aquellas tres categorías, distinguiendo a estos efectos entre prácticas agresivas por coacción (artículo 27), prácticas agresivas por acoso (artículo 28) y prácticas agresivas por influencia indebida (artículo 29).

La innovación que introducen los autores del Anteproyecto a este respecto puede considerarse, cuando menos, arriesgada, sobre todo si se tiene presente que la calificación que se atribuye a algunas de las prácticas incluidas en el catálogo recogido en el Anexo I de la Directiva no es excesivamente correcta.

Así sucede, por ejemplo, con las conductas contempladas en los párrafos 1, 2 y 3 del artículo 29, cuyo tenor literal es el siguiente:

“Se considera desleal por agresivo: “1.- Exigir al consumidor o usuario, ya sea tomador, beneficiario o tercero perjudicado, que desee reclamar una indemnización al amparo de un contrato de seguro, la presentación de documentos que no sean necesarios para determinar la existencia del siniestro y, en su caso, el importe de los daños que resulten del mismo o dejar sistemáticamente sin responder la correspondencia al respecto, con el fin de disuadirlo de ejercer sus derechos; 2.- Exigir el pago inmediato o aplazado, la devolución o la custodia de bienes o servicios suministrados por el comerciante, que no hayan sido solicitados por el consumidor o usuario, salvo cuando el bien o servicio en cuestión sea un producto de sustitución suministrado de conformidad con lo establecido en la legislación vigente sobre contratación a distancia con consumidores y usuarios; 3.- Informar expresamente al consumidor o usuario de que el trabajo o el sustento del empresario o profesional corren peligro si el consumidor o usuario no contrata el bien o servicio”.

Pues bien, en el Anteproyecto estas tres conductas se califican como prácticas agresivas por influencia indebida, tal y como se desprende del propio rótulo del artículo 29. Sin embargo, ninguna de ellas encaja en la definición de influencia indebida que se recoge en la Directiva, y conforme a la cual se entiende por influencia indebida la utilización de una posición de poder en relación con el consumidor para ejercer presión, incluso sin usar fuerza física ni amenazar con su uso, de una forma que limite de manera significativa la capacidad del consumidor de tomar una decisión con el debido conocimiento de causa.

Como puede comprobarse, la calificación de una conducta como influencia indebida exige que el empresario o profesional (o el tercero al que éste recurra) ocupe una posición de poder sobre el consumidor, circunstancia ésta que no concurre en ninguna de las conductas antes descritas. De donde se desprende que estas conductas, más que como influencia indebida, deberían ser calificadas como supuestos de coacción. Cuestión ésta que no debe considerarse baladí, ya que la incorrecta calificación de aquellas conductas en el Anteproyecto puede dificultar su persecución en la práctica. En efecto, en la medida en la que el propio Anteproyecto las califica como influencia indebida, y tanto la Directiva como el Anteproyecto ofrecen una definición precisa de la influencia indebida (que exige una posición de poder por parte del empresario o profesional, o del tercero al que éstos recurran), se asume el riesgo de que se interprete o concluya que las conductas contempladas en los párrafos 1, 2 y 3 del propuesto artículo 29 sólo pueden ser consideradas

como desleales en la medida en que procedan de un empresario que ocupe una posición de poder sobre el consumidor, pues no en vano éste es el presupuesto necesario –conforme a la Directiva y al Anteproyecto- para poder hablar de influencia indebida.

4.11. Acciones sobre competencia desleal

El artículo 1.10 del Anteproyecto introduce un nuevo artículo 32, destinado a regular las acciones derivadas de la competencia desleal, precepto que, en esencia, reproduce el ya vigente artículo 18 de la Ley de Competencia Desleal.

Sin perjuicio, de los reproches que merece para la Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC) la ausencia de una regulación coherente de las acciones colectivas y que no se contemple la posibilidad de interposición de las acciones colectivas por resarcimiento de los daños y perjuicios causados a las asociaciones de consumidores, que es el gran déficit del Anteproyecto, existen toda una serie de observaciones a efectuar al respecto:

En primer lugar, entendemos que la reforma no debería limitarse a la reproducción del ya vigente artículo 18 de la Ley de Competencia Desleal. Por el contrario, debería aprovecharse la oportunidad que ofrece la incorporación de la Directiva comunitaria sobre prácticas desleales para solventar algunos de los problemas que ha planteado la aplicación de este precepto.

Entre ellos, destaca la configuración de la acción tendente a obtener la publicación de la sentencia. Al igual que hace el todavía vigente artículo 18, el proyectado artículo 32 configura la publicación de la sentencia como una parte de la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados. Esta específica configuración (sumamente incorrecta, además, desde una perspectiva técnica) conlleva una indeseable consecuencia que impide, las más de las veces, obtener una condena a la publicación de la sentencia. Esta condena, así, sólo se puede obtener si previamente se ha acreditado la existencia de daños y perjuicios ocasionados por la práctica desleal. De hecho, son muchos los tribunales que ya se han pronunciado en España en el sentido de rechazar la pretensión de publicación de la sentencia si previamente no se ha acreditado la existencia de daños y perjuicios y su cuantía.

Pues bien, debe tenerse presente que, en los procesos por competencia desleal, la prueba de la existencia de daños y perjuicios y de su cuantía es sumamente complicada. Y resulta imposible, además, en aquellos casos en los que la demanda es planteada, bien por una asociación empresarial, bien por una asociación de consumidores, ya que, en cuanto tales asociaciones, carecen de legitimación activa.

De lo anterior se desprende que, en el caso de demandas interpuestas por asociaciones de consumidores o asociaciones empresariales, la configuración de la publicación de la sentencia

como parte de la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios impide, *de facto*, la posibilidad de solicitar la publicación de la sentencia que declare la existencia de una práctica desleal.

Por esta razón, la Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC) considera que debería aprovecharse la reforma de la Ley de Competencia Desleal para configurar la publicación de la sentencia, bien como una acción autónoma, bien como parte de la acción de remoción.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 11 de la Directiva 2005/29/CE establece que:

“los Estados miembros podrán atribuir a los tribunales.....competencias que, con el fin de eliminar los efectos persistentes de prácticas comerciales desleales cuyo cese haya sido ordenado por una decisión definitiva, les faculten para:

a) exigir la publicación total o parcial de dicha decisión en la forma que juzguen adecuada”.

Es decir, la publicación de la decisión que recaiga declarando la existencia de una práctica comercial desleal, entra dentro de los parámetros de la Directiva, y si bien resulta facultativa su inclusión en los respectivos ordenamientos internos, de forma alguna puede considerarse como un elemento extraño o distorsionador a lo aprobado por el legislador comunitario.

Así, la adecuación de la legislación nacional a la Directiva implicaría por ello reubicar la pretensión de la publicación de la sentencia o de la publicación de un comunicado rectificativo, ambas tendentes a reponer los efectos provocados por las prácticas comerciales desleales.

4.12. Ejercicio de acciones judiciales ante los responsables de los códigos de conducta

El artículo 33 del anteproyecto, establece un requisito previo al ejercicio de acciones judiciales dirigidas frente a los responsables de los códigos de conducta, instando del responsable del código la cesación o rectificación de la recomendación desleal, así como el compromiso de realizarla cuando todavía no se haya producido.

Este requisito se establece, en forma de mandato imperativo, como presupuesto previo al ejercicio de acciones, frente al carácter facultativo que adopta en el mismo precepto cuando se trata de dirigirse a los oferentes adheridos a Códigos de Conducta. En este sentido, la Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC), quiere recordar la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, de fecha 27 de mayo de 1993, respecto a la anulación parcial (artículo 1.2) del Real Decreto 287/1991, de 8 de marzo, que contenía el Catálogo de Bienes y Servicios de uso común, ordinario

y generalizado. En dicha sentencia el Tribunal consideró que el intento de arbitraje obligatorio previo era un obstáculo a la tutela judicial efectiva, y en el mismo sentido entendemos que la imposición imperativa de tal requisito previo puede suponer un obstáculo al acceso a la justicia y al ejercicio del derecho fundamental a obtener una tutela judicial efectiva, por lo que deberá suprimirse del texto al colisionar con dicho derecho fundamental.

4.13. Prescripción de las acciones

El artículo 1.10 del Anteproyecto introduce en la Ley de Competencia Desleal un nuevo artículo 36 encaminado a regular la prescripción de las acciones por competencia desleal. Este precepto reproduce el ya vigente artículo 21, sin aprovechar la ocasión para solventar los problemas que dicho artículo ha venido planteando en su aplicación práctica. Hemos de subrayar, en este sentido, que la mayor parte de las prácticas o actos que se contemplan en la Ley de Competencia Desleal no son de ejecución instantánea, sino que se repiten y prolongan en el tiempo.

Por esta razón, siempre se ha planteado la duda del *dies a quo* a partir del cual deben computarse los correspondientes plazos de prescripción, existiendo al respecto posturas divergentes tanto en nuestra jurisprudencia como en nuestra doctrina. Así, mientras un primer sector jurisprudencial y doctrinal entiende que el *dies a quo* es aquél en el que el demandante tuvo conocimiento de la práctica desleal y, en su defecto, aquél en el que ésta tuvo su inicio, otro sector doctrinal y jurisprudencial se inclina por aplicar la denominada "*teoría de los actos jurídicos continuados*", de suerte que los plazos de prescripción no pueden empezar a computarse en tanto en cuanto no finalice la práctica desleal.

Esta última posición, sin duda alguna, es la interpretación que más favorece la tutela de los intereses de los consumidores. En efecto, la aplicación de la tesis contraria supone que, en caso de que se dejen transcurrir los plazos de prescripción previstos desde el momento en que se tuvo conocimiento de la práctica o desde el momento de su inicio, ésta ya no podrá ser eficazmente combatida y podrá seguir difundándose, exponiendo así a los consumidores –con carácter indefinido- a la difusión de prácticas que afectan a sus intereses económicos.

Por esta razón, entendemos que la reforma de la Ley de Competencia Desleal debería ser aprovechada para consagrar la denominada teoría de los actos continuados, modificando la redacción prevista del artículo 36 para aclarar que los plazos de prescripción en él previstos sólo se empiezan a computar a partir del momento en que la práctica haya finalizado.

4.14. Carga de la prueba

El artículo 1.10 del Anteproyecto introduce un nuevo artículo 38 con el siguiente tenor literal:

“en los procesos sobre competencia desleal 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”.

Esto pretende corresponderse con los apartados a) y b) del artículo 12 de la Directiva 2005/29/CE, que trata de una decisión de oficio por parte del juzgador, en cuanto que se le atribuye facultad para exigir que sea el comerciante el que aporte las pruebas de la exactitud de las afirmaciones de hecho realizadas en la práctica comercial, valorando a tales efectos los intereses legítimos del comerciante y de cualquier otra parte en el procedimiento, y para, aplicar la consecuencia sancionadora en caso de incumplimiento pudiendo considerar inexactas las afirmaciones de hecho si no se presentan las pruebas exigidas o si tales pruebas son consideradas a juicio del tribunal como insuficientes.

El precepto de la Directiva introduce un elemento extraño en el sistema procesal español, al menos en lo que al proceso dispositivo se refiere, cual es el otorgar al órgano la facultad de establecer las reglas del juego de la carga de la prueba. Y ateniendo al tenor de la Directiva, debe tenerse en cuenta que no se hace referencia a la petición de parte, sino que se considera como una decisión del juzgador que se aplica *“ex officio”* y de forma potestativa, al estar facultado por las competencias atribuidas con carácter discrecional (*“si...tal exigencia parece apropiada la vista de las circunstancias; o las pruebas son consideradas insuficientes”*). Ello altera el principio de disponibilidad y de aportación de parte que tradicionalmente rigen en el proceso civil.

Por ello, aún considerando que el precepto de la Directiva no tiene una regulación especialmente afortunada, el texto propuesto no refleja claramente ese incremento de las facultades del juez en materia probatoria en los procesos sobre competencia desleal.

Además, debe tenerse en cuenta el artículo 217-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece la inversión de la carga de la prueba en los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad. La incorporación del mandato de la Directiva, respecto a los poderes de oficio del juez, tendría que contar con una redacción que no colisione con dicho precepto de la Ley Procesal, cuya vigencia debería continuar.

4.15. Acciones por publicidad ilícita

El artículo 4 del Anteproyecto introduce un nuevo artículo 6 en la Ley General de Publicidad, destinado a regular las acciones por publicidad ilícita.

Debe recordarse que el artículo 3 de la Ley General de Publicidad –en la redacción prevista en el Anteproyecto- contempla cuatro modalidades de publicidad ilícita: la publicidad contraria a la dignidad de la persona, la publicidad subliminal, la publicidad que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, y, finalmente, la publicidad desleal.

Partiendo de esta premisa, debe destacarse que la regulación de las acciones que se pueden interponer frente a las distintas modalidades de publicidad ilícita resulta sumamente defectuosa, y genera un elevado grado de inseguridad jurídica.

En efecto, las acciones previstas en el artículo 6.1 –conforme a su propia dicción literal- se pueden interponer “frente a la publicidad ilícita”, lo que sin duda engloba cualquiera de las cuatro modalidades previstas en el artículo 3. Sin embargo, el artículo 6.3, regula aparentemente unas acciones específicas que se pueden emprender contra la primera modalidad de publicidad ilícita (la publicidad contraria a la dignidad de la mujer), acciones que también resultan aplicables a la tercera modalidad de publicidad ilícita (la que infrinja lo dispuesto en la normativa especial que regule la publicidad de determinados productos), en virtud de la remisión efectuada en el artículo 6.4.

Así las cosas, y como avanzábamos, se genera una importante inseguridad jurídica, pues no queda claro si frente a las modalidades de publicidad ilícita contempladas en las letras a) y c) del artículo 3 de la Ley General de Publicidad (publicidad contraria a la dignidad de la mujer y publicidad que infrinja lo dispuesto en la normativa especial) se pueden emprender, tanto las acciones previstas en el artículo 6.1, como las previstas en el artículo 6.3 o si, por el contrario, sólo se pueden interponer estas últimas.

La inseguridad jurídica que se crea con esta doble regulación de las acciones frente a la publicidad ilícita es, por otra parte, completamente innecesaria. En efecto, una lectura atenta del artículo 6.3 nos permite concluir que las supuestas acciones específicas que se prevén frente a la publicidad que atente contra la dignidad de la mujer (y también aplicables a la publicidad que infrinja la normativa especial) son exactamente las mismas que las previstas con carácter general para cualquier modalidad de publicidad ilícita en el artículo 6.1. Dicho de otro modo, no existe ninguna pretensión prevista en el artículo 6.3 que no pueda ser planteada al amparo de las acciones de cesación y rectificación ya previstas en el artículo 6.1.

Por esta razón, la Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC) considera que los proyectados párrafos 3 y 4 del artículo 6 deberían ser suprimidos.

Por otra parte, y ciñéndonos al catálogo de acciones previstas en el nuevo precepto, no existe razón alguna que obligue a ceñir las acciones por publicidad ilícita a las acciones de cesación y rectificación.

Más en particular, una comparación entre este precepto y el correlativo de la Ley de Competencia Desleal pone de manifiesto que existen acciones que se pueden ejercer al amparo de la Ley de Competencia Desleal que no podrían ser planteadas frente a la publicidad ilícita. El supuesto más importante es, sin duda alguna, el de la acción declarativa de publicidad ilícita, pues, como fácilmente se comprenderá, puede existir un interés legítimo por parte del demandante en obtener una declaración de ilicitud de la publicidad. En varias ocasiones, demandas que ejercitaban la acción de cesación prevista en la actual Ley General de Publicidad (por no disponer de la acción de declarativa de publicidad ilícita) se han visto rechazadas al considerar los Jueces que el juicio carecía de objeto toda vez que la campaña publicitaria había concluido al momento de dictar sentencia y, en consecuencia, no era relevante considerar si la publicidad había sido o no ilegal cuando se emitió.

Por esta razón, entendemos que al catálogo de acciones previsto en el nuevo precepto se le debería añadir, al menos, la acción declarativa. Y, al propio tiempo, debería preverse la compatibilidad de las acciones previstas en el artículo 6 con cualesquiera otras que puedan derivarse de los mismos hechos, haciendo especial mención a las acciones por competencia desleal.

En este sentido, ya hemos tenido ocasión de señalar que, bajo nuestro punto de vista, no es correcto el planteamiento del Anteproyecto de permitir una doble calificación (publicidad ilícita y acto de competencia desleal) para idénticos supuestos de hecho, sobre todo cuando existen posibilidades de reconducir la regulación íntegra de esta materia a la Ley de Competencia Desleal. Pero, si finalmente se decide mantener esta doble regulación, debería al menos aclararse expresamente que las acciones por publicidad ilícita son compatibles con las acciones por competencia desleal, impidiendo así que se sigan produciendo pronunciamientos jurisprudenciales que rechazan el recurso a estas últimas al entender que la Ley General de Publicidad es ley especial.

Por último, llama la atención la ausencia en el precepto comentado de regulación de ningún tipo sobre la prescripción de las acciones sobre publicidad ilícita. Ausencia que es aún más llamativa, si cabe, si se tiene presente que se están produciendo sentencias que rechazan la posibilidad de emprender esta acción cuando la campaña publicitaria ya ha cesado en su difusión, impidiendo así una adecuada reacción frente a campañas publicitarias de corta duración, muy frecuentes en la práctica. En tal sentido, no son infrecuentes campañas de fin de semana que, comenzando a emitirse un viernes con una oferta publicitaria eventualmente ilícita de alcance limitado al fin de semana ("vuelos" contratados en una Web durante el fin de semana, precios magníficos para unos

determinados productos de gran atractivo si se acude a un centro comercial ese fin de semana) concluyen en la noche del domingo. Cuando la reacción es posible, ya terminó la campaña publicitaria. Más de una sentencia ha rechazado la demanda que ejercitaba la acción de cesación por considerar que al haber concluido la publicidad y su oferta (temporal) el procedimiento carecía de objeto.

En estas circunstancias, la regulación de las acciones por publicidad ilícita debería completarse con un precepto que tuviera en cuenta que las acciones contra la publicidad ilícita deben prescribir en el plazo de un año a contar desde la fecha de finalización de la campaña publicitaria frente a la que se dirijan, correspondiendo al demandado la carga de probar fehacientemente dicha fecha de finalización.

4.16. Falta de legitimación activa de las asociaciones de consumidores ante determinada publicidad ilícita

Por lo demás, la artificiosa clasificación de acciones que pretende establecer el Anteproyecto en función de las distintas modalidades de publicidad ilícita que se pretenden perseguir tiene también su reflejo en el régimen aplicable a la legitimación activa para el ejercicio de aquellas acciones.

En este sentido, la legitimación activa es distinta en función de si se trata de las acciones previstas en el artículo 6.1 (para ser ejercidas frente a la publicidad desleal y la publicidad subliminal), las acciones previstas en el artículo 6.3 (para ser ejercidas frente a la publicidad contraria a la dignidad de la persona) o de las acciones previstas en el artículo 6.4 (para ser ejercidas frente a la publicidad contraria a la normativa especial que regule la publicidad de determinados productos o servicios).

Dejando ya al margen que no existe razón de fondo alguna que justifique que la legitimación sea distinta en función del tipo de publicidad ilícita que se pretende perseguir, lo cierto es que la regulación de la legitimación activa que establece el Anteproyecto para cada una de las acciones adolece de graves carencias que deberían ser inmediatamente corregidas.

Así, en relación con la acción prevista en el artículo 6.1 (susceptible de ser entablada frente a las hipótesis de publicidad desleal y publicidad subliminal), el proyectado artículo 7, en su párrafo primero, sólo reconoce la legitimación activa a aquellas personas físicas o jurídicas que resulten afectadas o que ostenten un derecho o interés legítimo, y no a las asociaciones de consumidores.

Es ésta una regulación sumamente restrictiva de la legitimación activa para entablar acciones por publicidad ilícita, regulación restrictiva que contrasta con la actualmente vigente. En efecto, no cabe olvidar que en el marco de la vigente Ley General de Publicidad, las acciones por publicidad

ilícita pueden ser entabladas, además de por las personas físicas o jurídicas que resulten afectadas o que ostenten un derecho o interés legítimo por el Instituto Nacional de Consumo –o los órganos autonómicos con competencias en materia de defensa de los consumidores- y por las asociaciones de consumidores y usuarios.

La supresión de la legitimación activa de las asociaciones de consumidores y del Instituto Nacional de Consumo para entablar acciones por publicidad ilícita carece de sentido. Sobre todo, si se tiene presente que las acciones previstas en el artículo 6.1 se dirigen frente a las hipótesis de publicidad desleal (dentro de la cual se incluye la publicidad engañosa, la desleal y la agresiva) y frente a la publicidad subliminal, modalidades publicitarias que como es obvio afectan por regla general a los intereses colectivos de los consumidores.

La supresión de la legitimación activa de las asociaciones de consumidores y del Instituto Nacional de Consumo para entablar acciones por publicidad ilícita cuando ésta afecte a los intereses colectivos o difusos de los consumidores sorprende aún más, si cabe, si se tiene presente que el propio Anteproyecto reconoce esta legitimación para entablar las acciones por competencia desleal, tanto en el proyectado artículo 34.2 de la Ley de Competencia Desleal, como en el párrafo 3 del mismo precepto, que remite a lo dispuesto en el artículo 54.1 del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios.

Pues bien, si se tiene en cuenta que la Ley General de Publicidad no define la publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, sino que se remite en bloque a lo dispuesto en la Ley de Competencia Desleal, la situación no deja de ser sorprendente. Un mismo supuesto de hecho –pongamos, por ejemplo, la publicidad engañosa- puede ser calificado al mismo tiempo como práctica desleal y como publicidad ilícita. Sin embargo, las asociaciones de consumidores y usuarios sólo ostentarían legitimación activa para perseguirlo como práctica desleal, y no para entablar las acciones por publicidad ilícita.

La situación que se plantea puede ser aún más grave –si cabe- si, ante el mantenimiento de los dos textos legales (Ley General de Publicidad y Ley de Competencia Desleal), algunos tribunales mantienen la doctrina según la cual la Ley General de Publicidad es ley especial frente a la Ley de Competencia Desleal, y por lo tanto de aplicación preferente y excluyente. En una hipótesis como la descrita las asociaciones de consumidores y usuarios no podrían entablar las acciones por competencia desleal (al deberse aplicar preferentemente la Ley General de Publicidad), y, por otra parte, tampoco podrían entablar las acciones por publicidad ilícita, al carecer de legitimación activa.

En relación con las acciones previstas en el artículo 6.3 (para ser entabladas frente a las hipótesis de publicidad contraria a la dignidad de la mujer), sólo se reconoce legitimación activa a la Delegación del Gobierno para la violencia de género, al Instituto de la Mujer, a las asociaciones

legalmente constituidas que tengan como objetivo único la defensa de los intereses de la mujer, y al Ministerio Fiscal. Una vez más se omite la legitimación activa de las asociaciones de consumidores y usuarios, y además ni siquiera se reconoce legitimación activa a las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho subjetivo o un interés legítimo. Omisión ésta última que puede llevar a que el Anteproyecto (en caso de ser aprobado en su redacción actual) vulnere lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, que sí contempla la legitimación activa de las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho subjetivo o un interés legítimo.

Finalmente, para las acciones contempladas por el artículo 6.4 (susceptibles de ser entabladas frente a aquellos mensajes publicitarios que infrinjan lo dispuesto en la normativa especial que regule la publicidad de determinados productos o servicios), sólo se le reconoce legitimación activa a los órganos o entidades correspondientes de la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas y de las corporaciones locales que resulten competentes para el control y la aplicación de la normativa infringida, a las asociaciones de consumidores y usuarios, y al Ministerio Fiscal. Al igual que en el supuesto anterior, llama la atención que no se le reconozca legitimación activa a cualquier persona cuyos derechos o intereses legítimos resulten afectados por la publicidad, lo que provoca severas dudas sobre la compatibilidad del precepto propuesto con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución. En efecto, no resulta descabellado concluir que una empresa que comercializa un producto cuya publicidad se encuentre prohibida (por ejemplo, el tabaco) ostente un interés legítimo a entablar acciones frente a una empresa competidora que, vulnerando dicha prohibición, difunde aquella publicidad y adquiere así una ventaja competitiva frente a sus competidores.

A la luz de todas estas consideraciones, consideramos que el proyectado artículo 7 de la Ley General de Publicidad debe ser objeto de una severa reforma. Para ello se plantean dos alternativas diversas, aunque la más razonable sería mantener la distinción de acciones en función de las modalidades publicitarias perseguidas, pero reformando el artículo 7 de la forma siguiente:

1. En el artículo 7.1, debería preverse expresamente la legitimación activa de las asociaciones de consumidores y del Instituto Nacional de Consumo –o de los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas- cuando la publicidad afecte a los intereses colectivos de los consumidores.
2. En el artículo 7.2, debería preverse expresamente la legitimación activa de las asociaciones de consumidores y de cualquier otra persona física o jurídica que ostente un derecho o interés legítimo.
3. En el artículo 7.3, debería preverse expresamente la legitimación activa de cualquier persona que ostente un derecho o interés legítimo y de las asociaciones de consumidores.

4.17. Legitimación pasiva en las acciones por publicidad ilícita

El artículo 4 del Anteproyecto, por último, introduce un nuevo artículo 8 en la Ley General de Publicidad, destinado a regular la legitimación pasiva en las acciones por publicidad ilícita.

El tenor literal de este precepto es el siguiente:

“Las acciones previstas en el artículo 6 podrán dirigirse contra el anunciante y, en su caso, conjuntamente con éste, contra el medio que emita o divulgue la publicidad ilícita”.

Este precepto contempla la legitimación pasiva de los medios de comunicación. Ahora bien, condiciona esta legitimación pasiva al hecho de que las acciones se formulen conjuntamente contra éste y el anunciante, o sea que existe un litisconsorcio pasivo necesario.

Esta exigencia resulta contradictoria respecto de lo dispuesto en la Ley de Competencia Desleal. En efecto, el proyectado artículo 35.1 de la Ley de Competencia Desleal dispone lo siguiente: “Las acciones previstas en el artículo 32 podrán ejercitarse contra cualquier persona que haya realizado u ordenado el acto de competencia desleal, o haya cooperado a su realización”. Pues bien, dando por descontado que, en el caso de prácticas desleales difundidas a través de publicidad, el medio de comunicación o difusión es un cooperador en la práctica, lo cierto es que el artículo 32 de la Ley de Competencia Desleal permite formular acciones contra el medio de comunicación de forma independiente, sin necesidad de ejercerlas conjuntamente contra él y el anunciante.

Así las cosas, debe recordarse que la Ley de Competencia Desleal y la Ley General de Publicidad tipifican en ocasiones los mismos supuestos de hecho (como sucede en los casos de publicidad engañosa, desleal y agresiva). En estas circunstancias, carece de sentido que si se decide perseguir una práctica como acto de competencia desleal se pueda formular la demanda de forma autónoma e independiente frente al medio, pero no suceda lo mismo si se decide perseguir aquella práctica como publicidad ilícita, en cuyo caso será necesario demandar conjuntamente al medio y al anunciante. Piénsese, por otra parte, en aquellos anuncios emitidos en medios españoles por empresas radicadas fuera de España (incluso fuera de Europa) y contra las que, de facto, el ejercicio de las acciones por publicidad ilícita deviene inútil. En tal caso, la eficacia del procedimiento (y la protección de la competencia leal y los intereses de los consumidores) depende de que la acción pueda dirigirse sólo o conjuntamente contra el medio que, en la mayoría de los casos, es plenamente consciente que está recibiendo ordenes de contratación de empresas que, amparadas en la dificultad de su persecución judicial por encontrarse fuera del territorio nacional, evitan cualquier tipo de responsabilidad por sus comunicaciones comerciales eventualmente ilícitas.

En segundo lugar, la exigencia de que la acción se plantee conjuntamente contra el anunciante y contra el medio resulta también contradictoria –en el caso de los operadores de televisión– con lo

previsto en la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre actividades de radiodifusión televisiva. Este texto legal, en el caso de difusión por televisión de publicidad ilícita, contempla el ejercicio de las acciones de cesación sólo contra el operador de televisión responsable.

Finalmente, debe señalarse que, existiendo en el ordenamiento jurídico español una regulación expresa de las acciones de cesación frente a los operadores de televisión por difusión de publicidad ilícita, parece oportuno que la Ley General de Publicidad se remita a lo dispuesto en la Ley 25/1994 para el caso de que la publicidad haya sido difundida a través de televisión, evitando así un concurso de acciones (las derivadas de la Ley General de Publicidad y las previstas en la Ley 25/1994) que sólo generaría inseguridad jurídica.

Puede indicarse, a modo de ejemplo, que en la incorporación de la Directiva al ordenamiento jurídico belga²⁸, sí que tiene previsto que cuando el anunciante no está domiciliado en Bélgica y no ha designado una persona responsable que tenga su domicilio en Bélgica, la acción de cesación, podrá ser intentada contra varios responsables, sucesivamente, y así contra :

- el editor de la publicidad escrita o el productor de la publicidad audiovisual.
- el impresor o el realizador, si el editor o el productor no tiene su domicilio en Bélgica y no han designado una persona responsable que tenga su domicilio en Bélgica.
- el distribuidor, así como toda persona que contribuya conscientemente a que la publicidad produzca su efecto, si el impresor o el realizador no tiene su domicilio en Bélgica y no han designado una persona responsable que tenga su domicilio en Bélgica.

Por las razones expuestas, la Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC) considera que las acciones previstas en el artículo 6 deben poder dirigirse contra el anunciante o contra el medio que emita o divulgue la publicidad ilícita. Si la publicidad hubiese sido difundida por un operador de televisión, las acciones frente a éste deberán regirse por lo dispuesto en la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre aproximación de las disposiciones legales, administrativas y reglamentarias de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva.

²⁸ Vid, L 5 juin 2007, antes citada.

Por todo lo expuesto:

Se SOLICITA se tengan por formuladas estas alegaciones, y por evacuado el informe emitido por la Asociación de usuarios de la Comunicación (AUC) ante el Anteproyecto de Ley sometido a trámite de audiencia.

Madrid, a 16 de octubre de dos mil ocho.