



*Documentos de Trabajo del Departamento de  
Derecho Mercantil*

---

2012/46

Marzo 2012

---

**VENTAS CON OBSEQUIO O PRIMA**

Nemesio Vara de Paz

Departamento de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho.  
Universidad Complutense.  
Ciudad Universitaria s/n.  
28040 Madrid  
00 34 -913 94 54 93  
varadepaz@der.ucm.es  
<http://www.ucm.es/centros/webs/d321/>

*Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense*  
<http://eprints.ucm.es/>  
Copyright © 2009 por el autor

## VENTAS CON OBSEQUIO O PRIMA<sup>1</sup>

Por Nemesio Vara de Paz  
Profesor Titular de Derecho Mercantil  
Universidad Complutense de Madrid

### **RESUMEN**

El objeto de este trabajo es estudiar la figura jurídica de las ventas con obsequio o prima en sus diversas manifestaciones. En primer lugar, hemos realizado una aproximación al estudio de sus aspectos obligacionales. En este contexto ofrecemos un estudio comparado del Derecho francés, del Derecho alemán y del Derecho español, en particular de los artículos 32 y 33 de la LOCM de 1996. En segundo lugar, afrontamos las ventas con obsequio o prima en el marco del Derecho de la Competencia Desleal. En este caso se tomarán en consideración el Derecho comunitario y el Derecho español, en particular el artículo 22, núms. 4, 5 y 6 y el artículo 23, núm. 2 LCD.

**Palabras clave:** Ventas con obsequio o prima, comercio minorista, competencia desleal, prácticas comerciales desleales “per se”.

### **ABSTRACT**

The aim of his work is to study the legal figure of gifts or premiums on sales in its various means. In advance we have made an approach to the study of their obligational aspects. In this context we offer a comparative study of the French Law, German Law and Spanish Law, in particular the s. 32 and 33 of the Retail Trade Act. Secondly, we deal the gifts or premiums on sales in the context of the Unfair Competition Law. In this case, the EU Law and the Spanish Law will be taken in consideration, in particular the s. 22, No. 4, 5 and 6 and the s. 23, No. 2 of the Unfair Competition Law.

**Keywords:** Gifts or premium on sales, Retail trade, Unfair competition, Unfair trade practices “per se”.

- I. INTRODUCCIÓN
- II. DERECHO COMPARADO

---

<sup>1</sup> Este trabajo es un Homenaje al Profesor José María Gondra Romero. Está basado en la Comunicación que con este mismo título presenté al XIX Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil, celebrado los días 7, 8, 9 y 10 de noviembre de 2011 en la Harvard Law School (Cambridge, Massachussets). El patrocinio del Seminario lo realizó el Banco Santander, el Ilustre Colegio Notarial de Madrid, el Colegio de Registradores de España y los Despachos de Abogados Allen & Overy y Garrigues. Ha sido publicado en la Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución (Rcd), N° 10, Año 2012, págs. 55 a 108.

- III. CONCEPTO
  - 1. Venta con obsequio
  - 2. Venta con prima
  - 3. Las ofertas conjuntas
- IV. EL OBSEQUIO O LA PRIMA RECIBIDA
  - 1. Concepto
  - 2. Clases de obsequios o primas
    - 2.1. Los obsequios o primas adquiridos de forma automática
    - 2.2. Los obsequios o primas adquiridos mediante la participación en un concurso o sorteo
- V. ENTREGA DEL OBSEQUIO O INCENTIVO PROMOCIONAL
  - 1. Solicitud de la prima
  - 2. Entrega del obsequio o incentivo promocional
  - 3. Derecho de canje cuando el obsequio o incentivo ofrecido forme parte de de un conjunto o colección
  - 4. Conducta desleal por entrega no conforme
- VI. LAS VENTAS CON OBSEQUIO O PRIMA CONSTITUTIVAS DE PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES
  - 1. La Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores.
  - 2. Derecho español
    - 2.1. Ley de Competencia Desleal de 1991
    - 2.2. Ley de Competencia Desleal de 1991, redactada conforme a la Ley de 30 de diciembre de 2009, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.
      - 2.2.1. Introducción
      - 2.2.2. Los supuestos de carácter general
        - 2.2.2.1. La cláusula general (art. 4 LCD)
        - 2.2.2.2. Actos de engaño y omisiones engañosas (arts. 5 y 7 LCD)
        - 2.2.2.3. Prácticas agresivas (art. 8 LCD)
      - 2.2.3. Las conductas desleales “per se”
        - 2.2.3.1. No concesión de los premios descritos u otros de calidad y valor equivalente
        - 2.2.3.2. Descripción de un bien o servicio como gratuito sin serlo
        - 2.2.3.3. Crear la impresión falsa de que se gana un premio
        - 2.2.3.4. Alegar que los bienes o servicios pueden facilitar la obtención de premios en juegos de azar

## I. INTRODUCCIÓN

1. Tradicionalmente se ha venido distinguiendo, tanto por la doctrina como en algunos ordenamientos, entre los regalos y las primas. La entrega de los regalos no se vinculaba a la adquisición posterior de un bien o servicio. Por el contrario, la prima solo se hacía efectiva si se había adquirido el bien o servicio.

Esta distinción tradicional se recogía en el antiguo art. 8 de la Ley de Competencia Desleal de 1991<sup>2</sup>, antes de ser sustituido por un precepto de contenido distinto por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

En efecto, el antiguo art. 8.1 de la LCD de 1991 se refería a la “entrega de obsequios con fines publicitarios” y, por tanto, no vinculados a la adquisición del bien o servicio promocionado. Son los que con anterioridad, frecuentemente, se venían denominando regalos.

Por su parte, el antiguo art. 8.2 LCD de 1991 hacía referencia a “la oferta de cualquier clase de ventaja o prima para el caso de que se contrate la prestación principal”. Esta distinción se incorpora posteriormente al art. 32.1 de la Ley de 15 de enero de 1996 sobre Ordenación del Comercio Minorista<sup>3</sup>, distinguiéndose la venta con obsequio de la venta con prima. Al igual que sucedía en el antiguo art. 8 LCD, en las ventas con obsequio, éste último (el “premio”) no se vincula a la adquisición de un bien o servicio, mientras que en las ventas con prima, esta última, el “incentivo o ventaja”, si se vincula a la adquisición de un bien o servicio.

En el momento actual, la LCD sólo se refiere expresamente a estos supuestos en el art. 22, núm. 4, 5 y 6 y en el art. 23, núm. 2, declarando desleal la oferta de un “premio” o “ventaja equivalente”, sin distinguir si el mismo está o no vinculado a la adquisición de un bien o servicio, lo que parece correcto, pues como venía advirtiendo la doctrina la deslealtad se puede producir tanto en un caso como en otro<sup>4</sup>.

No obstante, el lector debe ser advertido, desde ahora, que tanto la legislación estatal y autonómica, como la doctrina y la jurisprudencia, no han hecho suficientes esfuerzos conceptuales y utilizan indiscriminadamente diferentes términos para referirse a lo que pudieran ser distintas realidades conceptuales.

En nuestro plan de trabajo, como se desprende del índice del mismo, después de un capítulo introductorio, en el que ahora nos situamos, donde en síntesis recordamos los aspectos más relevantes de la normativa general de las actividades promocionales, donde se incluye el objeto de nuestro estudio, nos referiremos brevemente al Derecho Comparado. En tercer lugar estudiaremos lo que podríamos denominar aspectos obligacionales de los obsequios o primas contenidos en la LOCM, donde se incluye el estudio de las figuras conceptuales que se utilizan y la entrega del obsequio o incentivo. Finalmente, en cuarto y último lugar, se estudian las posibles conductas desleales en las que se puede incurrir, de acuerdo con la normativa sobre competencia desleal, en el ámbito del Derecho comunitario y en el Derecho español. Sin embargo, hay que advertir al lector desde ahora que aunque aquí se recogen los supuestos de deslealtad que se contienen en esa normativa, a lo largo de todo el trabajo, desde el mismo capítulo introductorio, se ha ido señalando, al abordar los diferentes puntos del trabajo, las posibles prácticas desleales en las que puede estar incurriendo quien oferta un obsequio o una prima, si se detecta algún tipo de incumplimiento en la normativa del comercio minorista contenida en la LOCM.

---

<sup>2</sup> En adelante, LCD

<sup>3</sup> En adelante LOCM

<sup>4</sup> SÁNCHEZ BARRIOS, J. L., “Artículo 22. Prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas”, en Bercovit Rodríguez-Cano, A. (Dir.): “Comentarios a la Ley de Competencia Desleal”. Aranzadi/Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2011, señala que es indiferente que el contrato llegue a celebrarse finalmente o no, como señala con carácter general el art. 2.3 LCD.

2. Lo primero que debemos señalar es que las ventas con obsequio o prima constituyen la llamada publicidad en especie<sup>5</sup> y por tanto son en toda su extensión publicidad en el sentido del art. 2 de la Ley General de Publicidad de 11 de noviembre de 1988<sup>6</sup>, con la particularidad, con respecto a la publicidad convencional, que también puede ser empleada en este caso, de que se utiliza, como vehículo principal, una “dávida” para promover la contratación de la prestación promocionada<sup>7</sup>.

3. Las “ventas con obsequio o prima” aparecen reguladas en el Capítulo VI del Título II de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista. Como ese Título II de la LOCM se refiere a las “Actividades de promoción de venta”, las ventas con obsequio o prima también forman parte de ese tipo de actividades<sup>8</sup> y, por tanto, se le aplican los arts. 18 a

---

<sup>5</sup> Sin embargo, MARÍN LÓPEZ, J. J., “Prácticas comerciales y protección de los consumidores”, en Derecho Privado y Constitución, núm. 5, enero-abril, 1995, p. 127 considera que la expresión publicidad en especie puede ser admitida con respecto a la publicidad que consiste en ofrecer un “regalo” con independencia de la celebración de cualquier tipo de contrato, pero no resulta apropiada aplicada a los “regalos o primas” que ofrece el comerciante a quién celebra un contrato con él. Finaliza el autor indicando que para este último grupo de casos es preferible hablar de “venta con regalo (o prima o incentivo, etc.)”. Lo anterior es un buen ejemplo de esta utilización indiscriminada de expresiones, denunciada más arriba, para referirse a supuestos conceptuales distintos.

<sup>6</sup> Según el art. 2 de la Ley General de Publicidad (en adelante LGP) por publicidad se entenderá “Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”. Vid. FONT GALÁN, J. I., “Aspectos jurídicos de las operaciones de ventas con primas” (resumen de tesis doctoral), Sevilla s.f. (pero 1974), p. 6. CARRASCO PERERA, A., ALVAREZ MENÉNDEZ, O., “Comentario al art. 18”, en “Comentario a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista”. “Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista”. Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano y Jesús Leguina Villa, Madrid, 1997, p. 354, indica que el concepto de publicidad del art. 2 LGP es tan amplio que no ofrece duda alguna que la promoción de ventas es una forma de publicidad. Lo único que se exige es que esa comunicación persuasiva en que la promoción consiste, se dirija a un círculo de destinatarios indeterminado y no a un único consumidor. MASSAGUER, J., “Comentario a la Ley de Competencia Desleal”, Madrid, 1999, p. 265, señala que, en consecuencia, obsequios y ventas con prima quedan sujetas a la prohibición de la publicidad engañosa y de la publicidad desleal que se establecía en la LGP.

<sup>7</sup> FONT GALÁN, J. I., “Aspectos jurídicos de las operaciones de ventas con primas” (resumen de tesis doctoral), cit. p. 6, entiende que el contenido material de la actividad publicitaria realizada por virtud de tales operaciones se centra tanto en las expresiones publicitarias que divulgan la promesa de primas, como en la misma ejecución de la operación a través de la promesa de un premio. MASSAGUER FUENTES, J., “Publicidad con regalo y venta con prima”, EJB, Civitas, Madrid, 1997, p. 5381, señala que la publicidad en especie además de ser una técnica publicitaria es también una técnica de promoción de ventas. Por otra parte, también indica el autor que en la publicidad en especie hay publicidad convencional (se sirve de palabras e imágenes), pero emplea una “dávida” como vehículo principal de comunicación con la clientela, encaminada no a informar y persuadir sino a estimular directamente la contratación de la prestación promocionada.

<sup>8</sup> Art. 18.1 LOCM: “Tendrán la consideración de actividades de promoción de ventas, las ventas en rebajas, las ventas en oferta o promoción, las ventas de saldos, las ventas en liquidación, las ventas con obsequio y las ofertas de venta directa”. A pesar de que este precepto no se refiere a las ventas con prima, hay que entenderlas también incluidas en las “Actividades de promoción de ventas”, ya que se regulan dentro del Título II referido a las “Actividades de promoción de ventas”.

PALAU RAMÍREZ, F., “Comentario a los arts. 18 a 21 de la LOCM”, en “Régimen Jurídico General del Comercio Minorista”. “Comentario a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la Ordenación del Comercio Minorista”, Coord. Francisco José Alonso Espinosa, José Antonio López Pellicer, José Massaguer Fuentes y Antonio Reverte Navarro”, Madrid, 1999, pp. 292 y 293, señala que las ventas promocionales son aquellas que influyen en el proceso de toma de decisiones de sus destinatarios mediante el ofrecimiento de una ventaja adicional durante un periodo limitado de tiempo. La ventaja adicional puede consistir en una reducción en el precio de la prestación (ventas en liquidación, ventas de saldos, las rebajas, las ofertas con descuentos y las ofertas señuelo) o en el ofrecimiento de una prestación adicional

21 que se contienen en el Capítulo Primero (“Generalidades”) del Título II (“Actividades de promoción de ventas”) de la LOCM<sup>9</sup>.

La LOCM se refiere al concepto de las “ventas con obsequio o prima” (art. 32 LOCM) y a la “entrega de los obsequios” (art. 33 LOCM)<sup>10</sup>.

Utilizando otras expresiones, en definitiva, a la entrega de un obsequio o prima, se refiere también, como en su momento veremos, la LCD. De forma expresa en el art. 22, núms. 4, 5 y 6 y en el art. 23, núm. 2 LCD. En estos preceptos ya no se distingue entre ventas con obsequio o ventas con prima, estableciéndose, en determinados supuestos, la deslealtad de la oferta de un “premio” o “ventaja equivalente” (el bien o servicio), proceda éste de lo que en la terminología de la LOCM es una venta con obsequio o una venta con prima.

4. Como acabamos de indicar, a las “Ventas con obsequio o prima”, se le aplica lo dispuesto con carácter general para las “Actividades de promoción de ventas” en los arts. 18 a 21 LOCM.

Lo anterior significa que, en primer lugar, la denominación de “Ventas con obsequio o prima”<sup>11</sup> solamente podrá utilizarse para anunciar las ventas que se ajusten al

---

a la prestación principal o promocionada, donde se integran los supuestos de publicidad en especie. Continúa señalando este autor que las promociones de venta se dirigen en su mayoría a los consumidores, aunque también pueden dirigirse a los intermediarios. Por consiguiente, la ventaja en que consiste la promoción puede ir dirigida tanto a los intermediarios como a los consumidores.

Por otro lado, las promociones de ventas que dan lugar a las correspondientes ventajas, pueden ser consecuencia de una promoción de ventas realizada por el fabricante o por el propio distribuidor. Normalmente, las promociones de precios lo son del distribuidor o comerciante, mientras que la promoción a través de obsequios o regalos (promoción del producto) suele ser una promoción de ventas del fabricante pero puede igualmente practicarse por el distribuidor (ej: tres por dos) o por los prestatarios de servicios. Vid. en este sentido FONT GALÁN, J. I., “Aspectos jurídicos de las operaciones de ventas con primas” (resumen de tesis doctoral), cit., p. 5. VELA GARCÍA, C., “La regulación jurídica de las primas y los regalos”. “Análisis de la situación española”. Ministerio de Sanidad y Consumo. Madrid, 1987, p. 69. CARRASCO PERERA, A., ALVAREZ MENÉNDEZ, O., “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, en “Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista”. “Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la Ordenación del Comercio Minorista y Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista”. Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano y Jesús Leguina Villa, Madrid, 1997, p. 548. ID., “Comentario al artículo 18”, cit., pp. 352 y 355.

<sup>9</sup> Si bien esta normativa solo tiene carácter supletorio respecto a la regulación que han dictado las CCAA en materia de comercio interior (Disposición Final Única de la LOCM). Vid. CARRASCO PERERA, A., ALVAREZ MENÉNDEZ, O., “Comentario al artículo 18”, cit., p. 348, respecto al art. 18 LOCM. DÍAZ – ALABART, S., “Comentario a los arts. 19 a 21 LOCM”, en “Comentarios a las Leyes de Ordenamiento del Comercio Minorista”. “Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la Ordenación del Comercio Minorista y Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista”. Coords. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano y Jesús Leguina Villa, Madrid, 1997, p. 374, que, sin embargo, entiende que carece de sentido que mientras que las normas que contienen las reglas fundamentales sobre publicidad-información (LCU, LGP y LCD) tienen alcance nacional, no lo tengan estas normas que no son sino consecuencias de esas reglas y más cuando esos preceptos autonómicos son muy similares (a veces idénticos) entre sí y en relación a la LOCM. Vid. también. GORBS I TURBANY, R., “Título II. Actividades de promoción de ventas. Capítulo I. Generalidades”, en Joaquín Tornos Mas y otros: “Comentarios a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha 15 de enero”, Barcelona, 1996, p. 177. LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M., “II. Actividades de promoción de ventas”. “1. Cuestiones Generales (Artículos 18 a 23)”, en “Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria”. Dirs. José Luis Piñar Mañas y Emilio Beltrán Sánchez, Madrid, 1997, p. 161.

<sup>10</sup> Entendemos que el art. 33 LOCM utiliza aquí el término “obsequios” queriéndose referir también a las primas, pues no tendría sentido que mientras que el art. 32 LOCM define tanto la venta con obsequios como la venta con prima, luego el art. 33 LOCM se refiera sólo a la entrega de obsequios.

<sup>11</sup> Capítulo VI del Título II de la LOCM.

correspondiente concepto legal<sup>12</sup>.

Si se incumple lo anterior, además de la correspondiente sanción administrativa<sup>13</sup>, se puede incurrir en conducta desleal cuando se utiliza la denominación de “Ventas con obsequio o prima” para realizar una actividad que caiga fuera del objeto de tales clases de venta, si esa conducta constituye un acto de engaño, de acuerdo con lo dispuesto en el ar. 5 LCD<sup>14</sup>.

5. Por otra parte, como “las ventas con obsequio o prima” son “actividades de promoción de ventas”, están sometidas a las exigencias de información requeridas para tales actividades en el art. 19 LOCM<sup>15</sup>.

a) En este sentido, en los anuncios de estas ventas deberá indicarse su duración y, en su caso, las reglas especiales aplicables a las mismas<sup>16</sup>.

El requisito de la duración puede cumplirse bien revelando directamente la propia duración temporal de la promoción<sup>17</sup>, pero quizás también, indirectamente, revelando de forma clara y precisa el número de existencias disponibles.

En primer lugar, como ya hemos indicado, se puede cumplir con este requisito informativo, señalando directamente la duración de la oferta. Ahora bien, la conducta será desleal aunque se fije la duración temporal, si la misma es engañosa.

Lo anterior sucedería en el supuesto a que se refiere la Cláusula 7 del Anexo I de la Directiva de prácticas comerciales. Señala esa cláusula que es una práctica comercial engañosa “Afirmar falsamente que el producto solo estará disponible durante un período de tiempo muy limitado o que sólo estará disponible en determinadas condiciones

---

<sup>12</sup> Art. 18.2 LOCM: “Las denominaciones antes señaladas únicamente podrán emplearse para anunciar las ventas que se ajusten a la regulación respectivamente establecida en la presente Ley, quedando expresamente prohibida la utilización de las citadas denominaciones u otras similares para anunciar ventas que no respondan al correspondiente concepto legal”.

<sup>13</sup> GORBS I TURBANY, R., “Título II. Actividades de promoción de ventas...”, cit., p. 186, se refiere a que la infracción de la prohibición contenida en el art. 18 LOCM es tipificada como infracción grave en el art. 65.1.i) LOCM, o muy grave si el precio de los artículos afectados es superior a 100 millones de pesetas o en caso de reincidencia (arts. 66 y 67 LOCM), ilícitos sancionados con multas, con arreglo a lo previsto en el art. 68 LOCM.

<sup>14</sup> Art. 18.3 LOCM: “La utilización de las denominaciones antes señaladas que no se ajuste a la regulación respectivamente establecida para cada una de las actividades de promoción de ventas en esta Ley, se reputará desleal cuando concurren las circunstancias previstas en el artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal”. Este apartado fue añadido por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios (BOE de 31 de diciembre). Vid. con anterioridad, en sentido parecido PALAU RAMÍREZ, F., “Comentario a los arts. 18 a 21 de la LOCM”, en “Régimen Jurídico General del Comercio Minorista”, cit., pp. 306, 307 y 308.

<sup>15</sup> Art. 19 LOCM: “Información.- 1. En los anuncios de las ventas a las que se refiere el artículo anterior deberá especificarse la duración y, en su caso, las reglas especiales aplicables a las mismas. 2. Cuando las ofertas especiales no comprendan, al menos, la mitad de los artículos puestos a la venta, la práctica de promoción de que se trate no se podrá anunciar como una medida general, sino referida exclusivamente a los artículos o sectores a los que realmente afecte. 3. Se considerará engañosa la oferta de productos con premio o regalo, cuando el consumidor no reciba real y efectivamente lo que razonablemente cabía esperar de acuerdo con la oferta realizada”.

<sup>16</sup> Art. 19.1 LOCM.

<sup>17</sup> GORBS I TURBANY, R., “Título II. Actividades de promoción de ventas...”, cit., p. 188, parece indicar que el deber de especificar la duración, a que se refiere el art. 19.1 LOCM, solo se da en aquellas ofertas que sean acotadas temporalmente, pero no cuando la actividad de promoción sea ilimitada, como en el caso de la oferta de parking gratuito a clientes. En el mismo sentido VELA GARCÍA, C., “La promoción de ventas en la ley de ordenación del comercio minorista”, en A. Bercovitz: “Libre competencia y Ley de ordenación del comercio minorista en España”. Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid. Madrid, 1997, pp. 211 y 212. Nosotros creemos que, en ambos casos, hay una especificación de la duración de la oferta, tratándose en el último de los supuestos de “una oferta permanente”, esto es, de una oferta ilimitada en el tiempo.

durante un período de tiempo muy limitado a fin de inducir al consumidor a tomar una decisión inmediata, privándole así de la oportunidad o el tiempo suficiente para hacer su elección con el debido conocimiento de causa”<sup>18</sup>.

También habría conducta desleal cuando en el anuncio se hubiera establecido la duración de la oferta sin disponer de un stock suficiente para responder a la demanda que se prevé que pueda generar la oferta<sup>19</sup> o bien cuando pese a disponer de los artículos razonablemente suficientes, se terminaran por cualquier causa sin que el comerciante hubiese anunciado el cese o retirada de la oferta<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Esta cláusula de la Directiva se incorpora a través del art. 23. 4 LCD, como una más de las prácticas comerciales desleales con los consumidores en todo caso y bajo cualquier circunstancia (“per se”) (art. 19.2 LCD). PALAU RAMÍREZ, F., “Sobre la compatibilidad de la normativa de ordenación de comercio y protección de los consumidores con la Directiva sobre prácticas comerciales desleales o la adaptación pendiente”, en Rcd, nº 7, 2010, pp. 175 y ss. y 188. Vid. sobre estas cuestiones. PALAU RAMÍREZ, F., “Comentario a los artículos 18 a 21 LOCM”, en “Régimen Jurídico General del Comercio Minorista”, cit., pp. 318 y 319. TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., HERRERA PETRAUS, C., “La reforma de la ley de competencia desleal”, Ed. La Ley, Madrid, 2010, pp. 166 y 167, quienes entienden que la deslealtad de la conducta radicaría en el engaño acerca del periodo en el que dicha promoción permanece vigente. En relación, con lo anterior, parece que se trataría de una práctica comercial engañosa cuando a pesar de asignarse a la promoción de ventas una duración, se incita a contratar de forma inmediata para poder acceder a la misma. Igualmente entienden que hay una práctica comercial engañosa, cuando se asigna una determinada duración a una actividad promocional y, una vez finalizada, se renueva por iguales periodos de tiempo.

<sup>19</sup> La cláusula 5 del Anexo I de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales con los consumidores considera práctica comercial engañosa “Realizar una invitación a comprar productos a un precio determinado sin revelar la existencia de motivos razonables que el comerciante pueda tener para pensar que no estará en condiciones de ofrecer, él mismo o a través de otro comerciante, dichos productos o productos equivalentes a ese precio durante un periodo y en cantidades razonables, teniendo en cuenta el producto, el alcance de la publicidad que se le haya dado y el precio de que se trate (publicidad señuelo)”. Esta cláusula, constitutiva también de una práctica desleal con los consumidores, en todo caso y bajo cualquier circunstancia (“per se”), se ha incorporado en nuestro país a través del art. 22.1 LCD. Como observa en este punto PALAU RAMÍREZ, F., “Sobre la compatibilidad de la normativa...”, cit., p. 186, la Directiva prohíbe la omisión de la información sobre los motivos razonables existentes durante el periodo de la oferta para atender la demanda razonable. A esta cuestión se había referido ya con anterioridad REYES LÓPEZ, M. J., “Los métodos comerciales. La Ley de Ordenación del Comercio Minorista”, en María José López Reyes (coord.): “Derecho de Consumo”, Valencia, 2002, p. 151, señalando que debe existir una proporción razonable entre el número de artículos afectados y el tiempo de duración de la oferta en relación con el volumen de publicidad que se haya realizado. En relación al art. 22.1 LCD. Vid. TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., HERRERA PETRUS, Chr., “La reforma de la ley de competencia desleal”, cit., pp. 157 y 158. SÁNCHEZ BARRIOS, J. L., “Artículo. 22. Prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas”, cit., pp. 645 y ss. MEMENTO FRANCIS LEFEBVRE Competencia Desleal. Broseta Abogados. Madrid, 2011, p. 220.

Este tipo de conductas está prohibido también en la normativa de comercio interior de las Comunidades Autónomas. Valga como ejemplo el art. 62 de la Ley 3/2011, de 23 de marzo, de la Generalitat, de Comercio de la Comunitat Valenciana: “Disponibilidad de existencias. 1. En la organización de una oferta promocional se deberá contar con existencias suficientes para satisfacer la demanda previsible en cada establecimiento, calculada de modo razonable, atendiendo entre otras circunstancias, a la duración de la promoción anunciada y a la publicidad realizada. En este sentido, quedan prohibidas las ofertas comerciales que evidencien la imposibilidad de cubrir una mínima demanda, a la vista de las existencias puestas a la venta y del mercado potencial al que se dirigen, y cuya única pretensión sea la de atraer al consumidor al establecimiento mediante una expectativa engañosa. 2. La supeditación de la oferta a la existencia de mercancías o de stocks no elimina el eventual carácter engañoso”. PALAU RAMÍREZ, F., “Sobre la compatibilidad de la normativa...”, cit., p. 185, citando también otras disposiciones autonómicas con un contenido semejante. DÍAZ ALABART, S., “Comentario a los artículos 19 a 21”, cit., p. 376, señala que el fin en estos casos es impedir la existencia de ofertas vacías que no tienen otra finalidad que servir de “gancho” o “cebo” para los consumidores.

<sup>20</sup> DÍAZ ALABART, S., “Comentario a los artículos 19 a 21”, cit., p. 377.



En segundo lugar, como ya se ha indicado, el requisito de información sobre la duración de la oferta se puede cumplir indirectamente revelando de forma clara y precisa el número de existencias disponibles. Se incurriría en conducta desleal en caso contrario. Esto último se produciría en el caso de que se induzca a error a los consumidores en relación a la cantidad de productos o servicios ofrecidos<sup>21</sup>.

Lógicamente, la conducta será desleal, aunque se fije de forma clara y precisa el número de existencias disponible si existe una falta de tales existencias o de productos o servicios idénticos o equivalentes<sup>22</sup>.

El art. 19.1 LOCM no solamente exige que en los anuncios de las ventas debe especificarse la duración, cuestión ésta a la que nos hemos venido refiriendo, sino también, como ya habíamos indicado, “las reglas especiales aplicables a las mismas”, a lo que nos vamos a referir a continuación.

En relación a las “ventas con obsequio o prima”, se ha dicho que las reglas especiales que deben contenerse en los anuncios de estas ventas, son los requisitos que se establecen en el art. 33 LOCM, en relación con el plazo de entrega de los bienes o servicios en que consistan los obsequios o incentivos, el plazo para obtener la prima ofrecida o lo relativo al canje del obsequio cuando forme parte de un conjunto o colección<sup>23</sup> y en los casos de ventas con prima, pueden incluirse en el concepto de reglas especiales las condiciones para tener derecho a la prima, como número de cupones a conseguir o si hay que enviar el número de barras<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> VELA GARCÍA, C., “La regulación jurídica de las primas y los regalos”, cit., p. 260, entiende que nunca deberán ser admisibles cláusulas del tipo “esta oferta es válida sólo mientras duren las existencias de regalos”, pues pueden haberse previsto solamente dos. CARRASCO PERERA, A., “Prácticas promocionales en la Ley de Comercio”, en “Nueva Ordenación del Comercio Minorista en España”. Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1996, p. 138, considera condenables las promociones que se presentan al consumidor con una duración determinada “hasta el fin de existencias”. PALAU RAMÍREZ, F., “Comentario a los arts. 18 a 21 de la LOCM”, en “Régimen Jurídico General del Comercio Minorista”, cit., p. 319, señala que la eventual inducción a error del consumidor no desaparece supeditando la realización de la oferta a la existencia de mercancías, con expresiones del tipo “mientras que queden mercancías en stock” o “hasta que se agoten los productos”. Es obvio que en estos casos, añadimos nosotros, no se revela el número exacto de existencias disponibles. En sentido contrario, ya con anterioridad GORBS I TURBANY, R., “Título II. Actividades de promoción de ventas...”, cit., p. 189, entiende que como el art. 19 LOCM nada dice al respecto, aunque pudiera ser conveniente mencionar el número de unidades de productos ofertados, puede ser suficiente el uso de la fórmula “oferta válida hasta la finalización de existencias”. En este mismo sentido la SAP de Sevilla (Sección 5ª) de 18 de diciembre de 2009, siempre que se cuente con suficientes “regalos” disponibles para hacer frente a la demanda que era de esperar como consecuencia de la promoción publicitaria desarrollada.

<sup>22</sup> PALAU RAMÍREZ, F., “Sobre la compatibilidad de la normativa de ordenación de comercio y protección de los consumidores con la Directiva sobre prácticas comerciales o la adaptación pendiente”, cit., pp. 185 y 186, resalta que el art. 19, apart. 4º de la anterior LCI (Cataluña) se refería a productos idénticos, mientras que el art. 43.3º de la anterior LOACAF (La Rioja) hablaba de productos de similares condiciones y características. Esta última solución estaría en línea con la cláusula 5 del Anexo I de la Directiva sobre prácticas comerciales, que se refiere a productos equivalentes. Ahora, esta misma solución se recoge en el art. 22.1 LCD, al referirse a bienes o servicios equivalentes, y en la actual normativa de comercio interior de las Comunidades Autónomas.

<sup>23</sup> GORBS I TURBANY, R., “Título II. Actividades de promoción de ventas...”, cit., pp. 190 y 191, entiende que en ningún caso puede admitirse como una regla especial de una actividad de promoción de ventas, al estar prohibido por el art. 9 LOCM, la limitación de la cantidad de artículos que pueden ser adquiridos por un comprador ni la supresión de incentivos o reducciones para las compras que superen un determinado volumen. CARRASCO PERERA, A., “Prácticas Promocionales en la Ley de Comercio...”, cit., p. 138, duda si es admisible conceder incentivos solo hasta que se produzca la saturación de un cupo (“tendrán premio las mil primeras cartas”).

<sup>24</sup> VELA GARCÍA, C., “La promoción de ventas en la ley de ordenación del comercio minorista”, cit., p. 222.

El incumplimiento de estas obligaciones establecidas en el art. 19.1 LOCM, a las que nos hemos venido refiriendo, tendrá la consideración de infracción leve, al no ser “objeto de sanción específica” (art. 64.h LOCM), siendo sancionadas con multa, pudiendo comportar la incautación y pérdida de la mercancía objeto de la actividad comercial de que se trate (art. 68.3 y 4 LOCM)<sup>25</sup>.

b) Por otro lado, cuando las ofertas con obsequio o prima no afecten, al menos, a la mitad de los artículos puestos a la venta, no se podrán anunciar como una medida general, sino referida exclusivamente a los artículos o sectores a los que realmente afecte<sup>26</sup>.

Del precepto transcrito se deduce que puede haber una oferta o promoción general o una oferta o promoción parcial o limitada. A continuación nos referiremos a cada una de ellas.

En relación a la oferta o promoción general, la cantidad de productos promocionados debe afectar, al menos, a la mitad de los artículos puestos a la venta.

Para anunciar la oferta como general, esa cantidad de productos promocionados debe alcanzarse en el momento de iniciarse la oferta y no durante todo el periodo de la oferta, pues ello supondría una restricción excesiva al principio de libertad de competencia<sup>27</sup>.

Se ha señalado que la cuantía exigida para realizar ese cálculo, se refiere a tipos de productos y no a su número<sup>28</sup>.

La oferta o promoción parcial o limitada afecta a menos de la mitad de los artículos puestos a la venta y, en este caso, en la promoción se deberá anunciar “los artículos o sectores a los que realmente afecte”.

Frente a la anterior promoción general, es esta una promoción parcial o limitada que no exige determinar singularmente a qué productos afecta, basta con especificar el sector o sectores involucrados<sup>29</sup>.

La finalidad de la norma es evitar que un anuncio de venta promocional sea engañoso por inducir a error al consumidor acerca de los productos a los que se extiende la promoción<sup>30</sup>.

---

<sup>25</sup> GORBS I TURBANY, R., “Título II. Actividades de promoción de ventas”, cit., pp. 190 y 191.

<sup>26</sup> Art. 19.2 LOCM: “Cuando las ofertas especiales no comprendan, al menos, la mitad de los artículos puestos a la venta, la práctica de promoción de que se trate no se podrá anunciar como una medida general, sino referida exclusivamente a los artículos o sectores a los que realmente afecte”.

<sup>27</sup> PALAU RAMÍREZ, F., “Comentario a los arts. 18 a 21 LOCM”, en “Régimen Jurídico General del Comercio Minorista”, cit, p. 313. Vid. ya con anterioridad CARRASCO PERERA, A., “Prácticas promocionales en la Ley de comercio...”, cit., p. 139.

<sup>28</sup> PALAU RAMÍREZ, F., “Comentario a los arts. 18 al 21 LOCM”, en “Régimen Jurídico General del Comercio Minorista”, cit., p. 313. Señala el autor que de este modo se evitaría el cumplimiento de la norma mediante la oferta en promoción de un gran número de artículos de bajo valor unitario, mientras se ofrecen en las mismas condiciones los productos de más alto valor. No obstante, continúa el autor, se pueden seguir produciendo abusos de otro tipo que tendrán que ser controlados por el derecho sobre la competencia desleal. Así sucedería cuando se oferta una pequeña cantidad de productos de la mitad de las clases de los productos en promoción.

<sup>29</sup> CARRASCO PERERA, A., “Prácticas promocionales en la Ley de comercio...”, cit., p. 139. DÍAZ ALABART, S., “Comentario a los arts. 19 a 21 LOCM”, cit., p. 380, para quién sería una promoción parcial o limitada, por referirse a un solo sector de los artículos, el siguiente anuncio: “grandes descuentos en ropa para la casa”, cuando el comerciante comercializa artículos de otros sectores. Por el contrario, no sería admisible, de acuerdo con el art. 19.2 LOCM, una promoción con el siguiente anuncio: “Miles de artículos”, cuando el comerciante comercializa productos de muy diferentes tipos y sólo se da en alguno de ellos la promoción. En cambio, considera que la promoción sería correcta si hay artículos de promoción de cada uno de los tipos o sectores que comercializa.

<sup>30</sup> PALAU RAMÍREZ, F., “Comentario a los arts. 18 a 21 LOCM”, en “Régimen Jurídico General del Comercio Minorista”, cit., p. 313. ID., “Sobre la compatibilidad de la normativa...”, cit., p. 193. REYES LÓPEZ, M. J., “Los métodos comerciales. La Ley de Ordenación del Comercio Minorista”; cit., p. 151.

Sin embargo esta solución legal no evita el engaño que puede inducir a error en cuanto que permite anunciar como general una promoción que puede afectar sólo a la mitad de los artículos<sup>31</sup>.

Además de su persecución por la normativa sobre competencia desleal, el incumplimiento de lo dispuesto en este art. 19.2 LOCM puede ser sancionado administrativamente mediante multa<sup>32</sup>.

c) Además, tendrán que estar “suficientemente separados” los productos promocionados de los que no lo están, así como distinguir entre los afectados por promociones distintas<sup>33</sup>.

Tienen que estar “suficientemente separados” los productos promocionados de los que no lo están, sin que pueda marcarse una distancia determinada. No cumple este requisito el poner etiquetas diferentes en cada producto o carteles sobre cada grupo de ellos, si bien su existencia ayuda a la determinación de la distancia<sup>34</sup>.

Al igual que en los supuestos anteriores, se trata de prohibir la publicidad engañosa para evitar “razonablemente” un error por parte del consumidor<sup>35</sup>, por lo que se ha dudado si conviene mantener en la legislación de comercio este tipo de normas, dada la prohibición de engaño recogida en las Disposiciones de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales y en la LCD<sup>36</sup>.

6. Finalmente hay que señalar que el régimen de las “Ventas con obsequio o prima”, recogido en los arts. 32 a 34 LOCM, es de aplicación en defecto de regulación autonómica, si exceptuamos el art. 33 LOCM (entrega de premios)<sup>37</sup>.

De acuerdo con lo indicado, sólo el art. 33 LOCM, donde priman los aspectos jurídico-contractuales, tiene aplicación directa en todo el país, por ampararse en una competencia exclusiva del Estado<sup>38</sup>.

Por el contrario los arts. 32 y 34 sólo tienen aplicación supletoria en las Comunidades Autónomas<sup>39</sup>.

---

<sup>31</sup> DÍAZ ALABART, S., “Comentario a los arts. 18 a 21 LOCM”, cit., pp. 378 y 379, pone como ejemplo de una promoción general el siguiente anuncio: “grandes descuentos en todos nuestros artículos”, señalando que tal cosa puede no ser cierta para la mitad de ellos. Sin embargo, señala esta autora, que los problemas del precepto se suavizan de alguna manera por lo dispuesto en el art. 21 LOCM (al que nos vamos a referir inmediatamente) al exigir una separación material entre los artículos en promoción y los que no lo están.

<sup>32</sup> Arts. 64. h) y 68.3 LOCM. GORBS I TURBANY, R., “Título II. Actividades de promoción de ventas...”, cit., p. 192.

<sup>33</sup> Art. 21 LOCM: “Determinación de los artículos ofertados.- En el caso de que se oferten artículos a precio normal y a precio reducido, unos y otros deberán estar suficientemente separados, de forma que no pueda, razonablemente, existir error entre los que son objeto de una u otra oferta, distinguiendo, en su caso, la existencia de rebajas, saldos, liquidaciones, promociones u obsequios”. Vid. PALAU RAMÍREZ, F., “Comentario a los arts. 18 al 21 LOCM”, en “Régimen Jurídico General del Comercio Minorista”, cit., p. 313. DÍAZ ALABART, S., “Comentario a los artículos 19 a 21 LOCM”, cit., p. 396.

<sup>34</sup> DÍAZ ALABART, S., “Comentario a los artículos 19 a 21 LOCM”, cit., p. 396. Ya anteriormente CARRASCO PERERA, A., p. 142.

<sup>35</sup> LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M., “II. Actividades de promoción de ventas...”, cit., p. 169.

<sup>36</sup> PALAU RAMÍREZ, F., “Sobre la compatibilidad de la normativa...”, cit., p. 192.

<sup>37</sup> Disposición Final Única de la LOCM. TAMAYO CARMONA, J. A., “Ofertas conjuntas, ventas con prima y Directiva 2005/29/CE, sobre prácticas comerciales desleales”. “(Comentario a la STS de 23 de abril de 2009 [As. C-261/07, C-261/07, C-299/07])”, Noticias de la Unión Europea, 309, octubre 2010, pp. 110, nota 51 y 113, nota 84.

<sup>38</sup> MARÍN LÓPEZ, J. J., “Ventas con obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, en Tornos Mas, J. y otros: “Ordenación del Comercio Minorista”. “Comentarios a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha 15 de enero”, Barcelona, 1996, p. 243, indica que el art. 33 LOCM está dictado al amparo del art. 149.1.6ª de la Constitución y por tanto constituye una manifestación de la competencia exclusiva del Estado, teniendo la regulación autonómica una eficacia supletoria (Disp. final única, ap. 3º de la LOCM).

No sería necesario recordar ahora, que tienen aplicación directa en todo el país, todos los preceptos de la LCD que se refieren a esta materia.

## II. DERECHO COMPARADO

En este apartado nos limitamos a hacer, en primer lugar, un análisis muy somero del Derecho francés y del Derecho alemán, por ser dos ordenamientos que, como veremos, están hoy en cuestión en el Derecho comunitario. Posteriormente esbozaré una valoración de los mismos y concluiré poniendo de manifiesto la incompatibilidad de estos ordenamientos con el Derecho comunitario.

### 1. Derecho francés

1. Haremos una exposición muy breve del Derecho francés, utilizando solamente la normativa vigente y, principalmente, algunos trabajos de referencia<sup>40</sup> que recogen una lista bibliográfica seleccionada. Se trata, por tanto, de realizar sólo una primera aproximación al Derecho francés.

Las primas y las loterías o sorteos se regulan actualmente, fundamentalmente, en el

---

<sup>39</sup> PALAU RAMÍREZ, F., “Comentario a los arts. 18 a 21 de la LOCM”, en “Régimen General del Comercio Minorista”, cit., pp. 300 y 301, entiende que estos preceptos se aplicarán en las Comunidades Autónomas con competencias ejecutivas o de desarrollo. Si las Comunidades Autónomas tienen competencias legislativas plenas en materia de comercio interior, el autor parece entender que la aplicación supletoria no ofrece problemas si falta una regulación general en la materia. Si por el contrario, existe una regulación general en la materia pero existe una laguna legal, la aplicación subsidiaria de los arts. 32 y 34 LOCM, difícilmente se producirá porque, según este autor, la falta de regulación de un determinado supuesto puede colmarse acudiendo al mismo ordenamiento autonómico o al de otra Comunidad Autónoma. Por otro lado, ante la falta de regulación autonómica, se puede entender que el legislador autonómico ha optado por el principio de libre competencia y, por consiguiente, no hay laguna legal. En el mismo sentido MASSAGER FUENTES, J., “Comentario al art. 32 LOCM”, en “Régimen Jurídico General del Comercio Minorista”. “Comentarios a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la Ordenación del Comercio Minorista”. Coord. Francisco José Alonso Espinosa, José Antonio López Pellicer. José Massaguer Fuentes y Antonio Reverte Navarro. Madrid, 1999, p. 413. ID., “Comentario a la Ley de Competencia Desleal”, cit., pp. 287 y 288, entiende que las Comunidades Autónomas no pueden derogar el principio general de licitud de las ventas con obsequio o prima establecido en la LOCM, pues ello comportaría una intromisión en el ámbito de la legislación de defensa de la competencia. En el mismo sentido, el mismo autor en el “Comentario al art. 34 LOCM”, en “Régimen Jurídico General del Comercio Minorista”, cit., p. 437, considera que la prohibición de las ofertas conjuntas del art. 34 LOCM, a pesar de ser una norma de aplicación subsidiaria, sólo está vigente en las Comunidades Autónomas que carezcan de legislación en materia de comercio interior y no en aquellas otras que han dictado esta legislación y no han regulado las ofertas conjuntas y, en particular, no las han prohibido, ya que la prohibición estatal no es de aplicación supletoria en estos casos.

Ya anteriormente, MARÍN LÓPEZ, J. J., “Ventas con obsequios”. Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., pp. 242 y 243. CARRASCO PERERA, A., ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O., “Ventas con Obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., pp. 567 y 568, refiriéndose al art. 34 LOCM, entienden que es un norma típica del Derecho de la Competencia y que, por tanto, la solución debería ser distinta a la que se prevé en la Disposición Final LOCM, de tal forma que como legislación reservada a la competencia exclusiva del Estado por el art. 149.1.6ª CE, debería ser una legislación plenamente aplicable en las CCAA.

<sup>40</sup> CALAIS-AULOY, J., STEINMETZ, F., « Droit de la consommation », París, 1996. PICOD, Y., CHEVRIER, É., “Code de la Consommation”, París, 2007. PIEDELIÈVRE, S., « Droit de la consommation », París, 2008.

“Code de la consommation”<sup>41</sup>, tanto en su parte propiamente legislativa<sup>42</sup>, como reglamentaria<sup>43</sup>. Es esta una normativa cuyo objetivo fundamental es deslindar en qué supuestos estas prácticas resultan prohibidas y en qué otros, excepcionalmente, están permitidas. La dilucidación de esta cuestión, después de una modificación legislativa reciente, re conduce en última instancia a la deslealtad o no de la práctica.

Por otra parte, el “Code de la consommation”, introduce la Directiva sobre prácticas comerciales desleales con los consumidores, en relación a los supuestos concretos de deslealtad cuando se ofrece una prima o regalo, de forma parecida a como lo hace el Derecho español, al que luego nos referiremos. Por esta razón omitimos el tratamiento de este temario en este momento<sup>44</sup>.

2. En ocasiones se ha señalado que como regla general están prohibidos los regalos y las ventas con prima<sup>45</sup>. Esta afirmación puede ser válida para las primas pero no lo es actualmente para los regalos.

Centrándonos en este apartado en los regalos (prestaciones accesorias no vinculadas a la adquisición de un bien o servicio), es verdad que en un primer momento estaban prohibidos con carácter general. En efecto, el art. 40 de la Ley de 27 de diciembre de 1973, de Orientación del Comercio y del Artesanado (más conocida con el nombre de Ley Royer) prohibía los regalos con el objetivo de impedir que las grandes superficies de venta pudieran atraer al consumidor con sistemas de entrega de regalos sin obligación de compra, que no podía utilizar el pequeño comerciante. Por el contrario, estaban permitidos los puros obsequios promocionales previos a la compra (cadeaux), como, por ejemplo, el traslado gratis en autobús al hipermercado<sup>46</sup>.

---

<sup>41</sup> Utilizo la versión consolidada de 17 de julio de 2011. Algunas normas especiales hay en el Code de la santé publique para el tabaco y en el Code monétaire et financier para los productos y servicios financieros.

La venta con prima se regula por primera vez en una ley de 20 de marzo de 1951, modificada por la ley de 29 de diciembre de 1972. Su regulación se insertó durante algún tiempo bajo el art. 29 de la “Ordonnance” de 1º de diciembre de 1968 y figura en adelante bajo el art. L 125-35 del Code de la consommation. Vid. CALAIS-AULOY, J., STEINMETZ, F., « Droit de la consommation », cit., p. 139. PIEDELIÈVRE, S., “Droit de la consommation”, cit., p. 121. Vid. también VELA GARCÍA, C., “La regulación de las primas y los regalos”, cit., p. 44.

Las loterías se regulan en una ley de 21 de mayo de 1836 que está en vigor y en el art. L 121-36 del Code de la consommation. Vid. CALAIS-AULOY, J., STEINMETZ, F., “Droit de la consommation”, cit., p. 141.

<sup>42</sup> En este caso los preceptos vienen precedidos por la letra L

<sup>43</sup> Aquí los preceptos vienen precedidos por la letra R

<sup>44</sup> Se incorpora esta normativa específica de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales en los arts. L 121-1-1, núms. 10º, 15º, 18º y 19º (prácticas comerciales engañosas) y L 122-11-1, núm. 8º (prácticas comerciales agresivas) del Code de la consommation.

<sup>45</sup> Seguimos a CARRASCO PERERA, A., ALVAREZ MENÉNDEZ, O., “Ventas con Obsequios”.

“Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., pp. 542 y 543.

<sup>46</sup> BERCOVITZ Y RODRIGUEZ CANO, A., “Modalidades especiales de venta y protección de los consumidores”, en Estudios sobre consumo, núm. 4, abril, 1985, p. 70. VELA GARCÍA, C., “La regulación jurídica de las primas y los regalos”, cit., pp. 44, 55 y 56. De la información que dan estos dos autores se deduce lo siguiente. Solo se prohibían los regalos a título gratuito, no entrando en la prohibición legal los regalos realizados a un precio simbólico. Se indicaba que el art. 40 de la Ley Royer preveía una serie de excepciones a la prohibición: estaban permitidos los regalos realizados a instituciones sin ánimo de lucro, cuando se trataba de objetos o prestación de servicios sin valor comercial con carácter de muestras o soportes publicitarios, regalos con motivo de una oferta específica y personal y siempre que se enviaran a solicitud de la persona que lo recibe y a título gratuito de ejemplares de la misma naturaleza que el producto ofrecido, y también se autorizaban las facilidades de aparcamiento ofrecidas por los comerciantes a sus clientes.

Se hacía notar que las excepciones de los regalos permitidos coincidían sustancialmente con las de las primas también permitidas.

No obstante, la prohibición general de hacer regalos fue derogada por la Ordenanza 86/1243<sup>47</sup>. A partir de este momento, hay que entender que los regalos están permitidos<sup>48</sup>, ya que la prohibición del art. 121-35 Code de la consommation se refiere solamente a las primas (prestaciones accesorias, en principio, vinculadas a la adquisición de un bien o servicio), si bien excepcionalmente pueden prohibirse los regalos en relación a determinados supuestos concretos<sup>49</sup>.

3. Se establece como principio general, la prohibición de las primas (prestaciones accesorias vinculadas a la adquisición de una principal). La regulación de esta materia se contiene, fundamentalmente, en el art. L 121-35 y en los arts. R 121-8, R 121-9 y R 121-10 del Code de la consommation. De acuerdo con esta normativa, se pueden señalar como puntos más importantes los siguientes:

a) Se prohíbe la venta u oferta de venta de productos o de bienes y la prestación u oferta de prestación de servicios hecha a los consumidores que den derecho, a título gratuito, inmediatamente o a término, a una prima consistente en productos, bienes o servicios, salvo si son idénticos a los que son objeto de la venta o de la prestación, siempre que tal práctica revista un carácter desleal en el sentido del art. L 120-1<sup>50</sup>.

Hay que destacar que se prohíbe la venta o prestación de servicios con prima, sólo si va dirigida a quién es considerado consumidor, si la prima es a título totalmente gratuito, si la prima consiste en un producto, bien o servicio no idéntico a los que son objeto de la venta o de la prestación<sup>51</sup> y, finalmente, siempre que tal práctica revista un carácter desleal.

b) Por otro lado, la prohibición no se aplica a los objetos menores (“menus objets”) o servicios de escaso valor (“faible valeur”) ni a las muestras (“échantillons”)<sup>52</sup>. Aquí no juega la prohibición porque los objetos o servicios de escaso valor no pueden incitar a compras inútiles o dispendiosas<sup>53</sup>.

c) Obviamente, tampoco se aplica la prohibición a aquellos supuestos en que la prestación accesoria no se considera una prima, de acuerdo con lo dispuesto en el art. R 121-9 del Code de la consommation<sup>54</sup>.

---

<sup>47</sup> VELA, C., “Comentario al art. 9”, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez – Cano y Javier Salas Hernández (Coords.): “Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, Ed. Civitas, Madrid, 1992, , p. 192.

<sup>48</sup> Se permiten los regalos porque no presentan el mismo peligro que las primas, puesto que ellos no incitan directamente a la compra. Vid. CALAIS-AULOY, J., STEINMETZ, F., “Droit de la consommation”, cit., p. 140.

<sup>49</sup> Así en relación a la prohibición de distribuir muestras gratuitas de alimentos para bebés hasta cuatro meses de edad (arts. L 121-52 y L 121-53. 2º Code de la consommation) o productos de tabaco (arts. L 3511-2, L 3511-2-1 y L 3511-3 del Code de la santé publique).

<sup>50</sup> Art. L 121-35 del Code de la consommation

<sup>51</sup> Por tanto, está autorizada la práctica de “trece a la docena”, pues equivale a una reducción del precio. Vid. CALAIS-AULOY, J., STEINMETZ, F., “Droit de la consommation”, cit., p. 140.

<sup>52</sup> Se establecen reglas para la concreción de estos conceptos en los arts. L 121-35, R 121-8 y R 121-10 del Code de la consommation

<sup>53</sup> CALAIS-AULOY, J., STEINMETZ, F., « Droit de la consommation », cit., p. 141.

<sup>54</sup> Señala el art. R 121-9 del Code de la consommation que no son consideradas como primas :

1º El acondicionamiento habitual del producto, los bienes, productos o servicios que son indispensables en la utilización normal del producto, del bien o del servicio que constituyen el objeto de la venta

2º La prestación de servicios postventa y las facilidades de estacionamiento ofrecidas por los comerciantes a sus clientes

3º La prestación de servicios atribuidos gratuitamente si estas prestaciones no forman ordinariamente parte del objeto del contrato a título oneroso y son desprovistas de valor de mercado

Según CALAIS-AULOY, J., STEINMETZ, F., “Droit de la consommation”, cit., p. 141, los anteriores supuestos se refieren a objetos o servicios que presentan para los consumidores ventajas reales que son superiores a los riesgos que supone su atribución gratuita.

d) Se establecen reglas generales relativas a las ventas con primas aplicables a los productos y servicios propuestos para la gestión de una cuenta de depósito (“d’un compte de dépôt”), en el art. L 312-1-2 del Code monétaire et financier<sup>55</sup>

4. Por una Ley, en vigor, de 21 de mayo de 1836, modificada en repetidas ocasiones<sup>56</sup>, se prohíbe toda clase de loterías (sorteos), cuando se ofrecen al público a cambio de una contrapartida económica del participante y se estima que la simple obligación de compra es suficiente para caracterizar la infracción<sup>57</sup>.

En un sentido parecido, hoy en día, el art. 121-36 del Code de la consommation<sup>58</sup> regula las loterías publicitarias realizadas por escrito<sup>59</sup> y solo las permite si no exigen a los participantes ninguna contraprestación financiera ni gasto de ningún tipo<sup>60</sup>. Aún así, de acuerdo con el art. L 121-36 del Code de la consommation, cuando la participación en esta operación está condicionada a una obligación de compra, la práctica solo es ilícita en la medida en que revista un carácter desleal, en el sentido del art. L 120-1 del Code de la consommation.

5. Para algunos están permitidos los concursos que son una prueba basada en la sagacidad, el saber u otras aptitudes de los concursantes. Si bien aún quines los admiten señalan que la práctica pone de manifiesto que muchas veces los concursos son auténticas loterías o ventas con prima y, por tanto, ilegales<sup>61</sup>.

Esto último sucedería en los concursos que comportan una obligación de compra, porque se pueden asimilar a las ventas con prima que, como ya hemos visto, como regla general, están prohibidas, siendo, en este caso, la prima el derecho a participar en el concurso<sup>62</sup>.

## 2. Derecho alemán

1. Brevemente expondré el derecho ya derogado que se contenía sobre primas en la Ordenanza sobre primas (“Zugabeverordnung”) de 9 de marzo de 1932<sup>63</sup>.

---

<sup>55</sup> Art. L 121-35 del Code de la consommation.

<sup>56</sup> PIEDELIÈVRE, S., “Droit de la consommation”, cit., p. 142.

<sup>57</sup> BERCOVITZ Y RODRIGUEZ CANO, A., “Modalidades especiales de venta y protección de los consumidores”, cit., p. 70. VELA, C., “Comentario al art. 9...”, cit., p. 192. PICOD, Y., CHEVRIER, É., “Code de la consommation”, cit., p. 122, considera que este texto, modificado por la ley nº 2004-204 de 9 de marzo de 2004, no ha sido codificado, esto es, incorporado al Code de la consommation.

<sup>58</sup> PICOD, Y., CHEVRIER, É., “Code de la consommation”, cit., p. 122, señala que el art. 5 de la ley de 23 de junio de 1989 ha sido codificado en los arts. 121-36 y siguientes del Code de la consommation.

<sup>59</sup> Las otras ofertas de lotería (por teléfono, televisión...) se someten a la ley de 21 de mayo de 1836. Vid. PIEDELIÈVRE, S., “Droit de la consommation”, cit., p. 143.

<sup>60</sup> MARÍN LÓPEZ, J. J., “Prácticas comerciales y protección de los consumidores”, cit., p. 135.

<sup>61</sup> BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, A., “Modalidades especiales de venta y protección de los consumidores”, cit., p. 70. VELA GARCÍA, C., “La regulación jurídica de las primas y los regalos”, cit., p. 51, señalaba que existe prima encubierta bajo forma de concurso cuando la operación se presenta como un concurso sin serlo, esto es, cuando existe un falso concurso porque las preguntas que deben contestar todos los participantes son tan fáciles que permiten a la mayoría encontrar la solución. El segundo elemento característico de la prima encubierta bajo forma de concurso es que el derecho a la participación en el concurso nazca de un contrato principal a título oneroso.

<sup>62</sup> CALAIS-AULOY, J., STEINMETZ, F., « Droit de la consommation », cit., pp. 143 y 144, considera que esta solución parece la mejor, ya que la participación en un concurso debilita el libre arbitrio de los consumidores, de la misma manera que cuando se obtiene directamente el objeto.

<sup>63</sup> Para ello he tenido en cuenta el art. 1 de la Ordenanza alemana sobre primas (Zugabeverordnung) de 9 de marzo de 1932. Vid. también BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, A., “Modalidades especiales de venta y protección de los consumidores”, cit., pp. 70 y 71. CARRASCO PERERA, A., ALVAREZ

- a) La regla general era la prohibición de cualquier tipo de venta con prima.
- b) Desde luego se prohibían las primas, tanto si estas tenían carácter gratuito como si el adquirente de la prestación principal pagaba por esa prima un precio de escaso valor.
- c) La prohibición regía igualmente cuando la entrega del bien accesorio formaba parte de una venta conjunta con otro bien a un precio unitario que simulaba la práctica de la prima.
- d) Excepcionalmente estaban permitidas, entre otras: las primas que consistían en productos de mínimo valor, en la entrega de mayor cantidad del mismo bien, las entregas que constituían pertenencias o prestaciones accesorias usuales de la prestación principal<sup>64</sup> y las prestaciones de consejos o informaciones suplementarias a la entrega del bien principal.
- e) En relación al juego, el art. 1 de la Ordenanza sobre primas, ya derogada, establecía la prohibición de la prima adquirida como resultado de un sorteo o cualquier otro juego de azar.

2. La normativa anterior recogida en la Ordenanza sobre primas de 9 de marzo de 1932, fue derogada el 25 de julio de 2001, de tal forma que a partir de ese momento las primas y regalos quedan sometidas a la Ley alemana de competencia desleal (UWG) de 3 de julio de 2004, quedando prohibidos cuando constituyen alguna de las prácticas desleales a las que se refiere dicha ley<sup>65</sup>, cuestión ésta que sigue unos parámetros semejantes a los que se contienen en el Derecho español, que en su momento analizaremos.

Una cuestión que se presenta en el Derecho alemán, al igual que sucede en el Derecho francés como veremos en el siguiente apartado, es si toda la normativa que se contiene en la ley de competencia desleal alemana es compatible con el Derecho Comunitario. En este sentido, se ha puesto en cuestión el art. 4. 6 de la UWG alemana que señala que actúa deslealmente quien hace depender la participación de los consumidores en un concurso o juego promocional a la adquisición de un bien o servicio, a menos que el concurso o el juego esté intrínsecamente vinculado a dicho bien o servicio. Pues bien, el TJCE<sup>66</sup> entiende que esta norma que subordina la participación en un concurso o juego

---

MENENDEZ, O., “Ventas con Obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., pp. 541 y 542.

<sup>64</sup> Se citaba como ejemplo la concesión de facilidades de aparcamiento, una pequeña cantidad empaquetada de crema de dientes con la entrega del cepillo limpiador, servilletas de papel con el alquiler del automóvil, montaje de los esquís adquiridos o empaquetado del bien.

Sin embargo no se consideran prestaciones accesorias usuales un paquete de crema al realizar una compra importante en una farmacia, el seguro que se ofrece junto con la tarjeta de crédito o las inspecciones gratuitas junto a la venta del vehículo.

<sup>65</sup> El art. 3 contiene la cláusula general sobre competencia desleal. El art. 4, núms. 4, 5 y 6 se refiere a actos comerciales desleales vinculados a primas o regalos. El art. 5 regula los actos comerciales engañosos y el art. 5.a) el engaño por omisión. Finalmente, en el Anexo al art. 3.3, núms. 16, 17, 20 y 21, se recogen las prácticas desleales “per se” vinculadas a premios, resultado de la incorporación del Anexo I de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales. Vid. GARCÍA PÉREZ R., “Nuevo texto de ley de competencia desleal alemana (UWG): traducción con anotaciones”, en ADI, Vol. 29, 2008-2009, pp. 697 y ss.

<sup>66</sup> STJCE de 14 de junio de 2010, aff. C-304/08, *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs ev/Plus Warenhandels-gesellschaft mbH*. El supuesto de hecho examinado por el Tribunal era el siguiente: una empresa alemana de venta al detalle, denominada “Plus” había lanzado una campaña promocional titulada “Su oportunidad de ganar millones” (“Ihre Millionenchance”), incitando a los consumidores a comprar en sus almacenes productos hasta acumular los 20 puntos que permitían gratuitamente participar en la lotería. Se le exigía al Tribunal regional de Duisburg que ordenase a “Plus” la cesación de tal práctica por ser contraria a lo dispuesto en el art. 4.6 UWG alemana. Este Tribunal condena a “Plus” y esta empresa recurre la decisión al Tribunal Federal de Justicia (“Bundesgerichtshof”) que eleva una cuestión prejudicial ante el TJCE para que decida si esa norma alemana es incompatible con la Directiva



(en el caso en cuestión en una lotería) a la adquisición de un bien, es incompatible con la Directiva de 2005 sobre prácticas comerciales, que es una Directiva de máximos o de armonización total y, por tanto, impide que los Estados miembros puedan adoptar medidas más restrictivas, como lo sería esta norma alemana, incluso cuando lo que pretendan fuera asegurar una mayor protección a los consumidores<sup>67</sup>.

### 3. Valoración global de lo visto en relación al Derecho comparado y su posible incompatibilidad con el Derecho Comunitario.

A diferencia del Derecho español, donde la práctica de las primas y regalos está permitida, salvo que resulte prohibida por constituir una práctica comercial desleal, como ya hemos visto, en algunos ordenamientos europeos<sup>68</sup>, se ha venido recogiendo una prohibición general de las ventas con regalo o prima (incluidas las obtenidas a través de loterías o sorteos y, en su caso, concursos), con el reconocimiento de varias excepciones que no obedecen a una razón común salvo su propia habitualidad.

Estas legislaciones restrictivas se han venido basando en la idea de que las técnicas promocionales son perjudiciales para el consumidor y la competencia.

Son perjudiciales para el consumidor porque a la hora de tomar su decisión de compra le distraen del producto principal y de los factores que deben influir en dicha decisión, como son la calidad y el precio, además de suponer un encarecimiento del precio de la prestación principal para el consumidor<sup>69</sup>.

---

de prácticas comerciales desleales de 2005. Vid. GRALL, J-Ch., CAMILLERI, É., “Une interdiction de principe des loteries est contraire au droit d’omunautaire”, Droit des affaires, núm. 48, abril 2010, pp. 37 y 38.

<sup>67</sup> En el siguiente punto, volvemos a hacer una indicación general sobre esta cuestión. Vid. KÖHLER/BORKAMM, « Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. UWG mit PangV. UKlaG. DL-InfoV ». Verlag C.H. Beck, Munich, 2011, pp. 416 y 417. PIPER/ OHLY/ SOSNITZA, « UWG. Gestez gegen den unlauteren Wettbewerb. Kommentar », Verlag C.H. Beck, Munich, 2010, pp. 354 y 355. GRALL, J., Ch., CAMILLERI, É., “Une interdiction de principipe des loteries est contraire au droit communautaire”, cit., p. 38

<sup>68</sup> Sigo también a VELA, C., “Comentario al art. 9”, cit., pp. 191, 192, 193, 217 y 218. BO MADSEN, P., “Ventas con premios y concursos con premios: provisiones especiales o cláusula general”, Estudios de Consumo, núm. 25, octubre, 1992, pp. 31 y ss., se refiere a la legislación danesa. GRAVER, K., “Prácticas de comercialización desleales hacia el consumidor”, en Estudios sobre Consumo, núm. 24, agosto, 1992, p. 65, se refiere a la legislación noruega. MARÍN LÓPEZ, J. J., “Prácticas comerciales y protección de los consumidores”, cit., p. 135, ofrece información sobre Noruega, Dinamarca, Francia, Holanda y Bélgica. CARRASCO PERERA, A., ALVAREZ MENÉNDEZ, O., “Venta con Obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 541.

<sup>69</sup> VELA GARCÍA, C., “La regulación jurídica de las primas y los regalos”, cit., pp. 42, 53, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 238, 239, 242, 245, 248 y 249, señala que las primas y los regalos impiden o dificultan el ejercicio de alguno de estos dos derechos: el derecho a no ser engañado (cosa que sucede si la llamada prima o el regalo se paga con el precio del producto o servicio) o el derecho a no ser presionado (si es que adopta su decisión por criterios distintos a los de la calidad y el precio). BO MADSEN, P., “Ventas con premios y concursos con premios: provisiones especiales o cláusula general”, cit., pp. 36 y 37, al examinar la legislación danesa señala que la prohibición de “regalos colaterales” no tiene en cuenta los intereses de los consumidores. Ilustra esta afirmación poniendo como ejemplo un caso extraído de los tribunales daneses: el propietario de un garaje publicó un anuncio en el que decía que todo aquel que le permitiese hacer las reparaciones de su coche podía pedirle prestado otro vehículo para utilizarlo gratuitamente mientras efectuaba los trabajos. La jurisprudencia danesa consideró esta práctica como desleal, por considerar el préstamo del vehículo como equivalente a un regalo colateral a pesar de que en este caso era evidente que el propietario del vehículo en ningún caso se pudo ver presionado por la prima (disfrute del coche prestado) a hacer reparaciones innecesarias en su vehículo.

Son perjudiciales para la competencia en general porque se falsea el campo (precio y calidad) en el que deben enfrentarse los competidores leales.

Son perjudiciales para competidores habituales que ofrecen en el mercado productos o servicios iguales o similares, en cuanto se produce una desviación de la clientela<sup>70</sup>.

Son perjudiciales para los competidores no habituales, esto es, para los que ofrecen los mismos productos o servicios que constituyen el objeto del regalo o la prima<sup>71</sup>.

Pues bien, en la actualidad prima la idea de que los empresarios tienen que tener libertad a la hora de utilizar las prácticas comerciales que ayuden a promocionar sus ventas y esto lleva a considerar que las normas de los Estados miembros de la Unión Europea, como las vistas precedentemente tanto en el Derecho francés como en el Derecho alemán, que prohíban con carácter general los regalos o primas, son incompatibles con el Derecho Comunitario.

En efecto, hay que entender que la normativa que prohíbe, bajo cualquier circunstancia, los regalos o las primas (obtenidos automáticamente o previa participación en una lotería –sorteo- o concurso), es incompatible con el Derecho comunitario<sup>72</sup>.

En este sentido, hay dos sentencias del TJUE<sup>73</sup> de las que se deriva que es incompatible con la Directiva de prácticas comerciales desleales de 2005 (que es una Directiva de máximos, a la que en su momento nos referiremos) prohibir una práctica comercial que no está prohibida “per se” (bajo cualquier circunstancia) en la Directiva.

Por lo tanto, es contrario al Derecho Comunitario la normativa de los Estados miembros que prohíbe las primas y regalos bajo cualquier circunstancia, ya que la Directiva no contempla tal posibilidad.

Las primas y regalos sólo pueden prohibirse si caen dentro de alguna de las cláusulas de la Directiva que prohíben determinadas prácticas comerciales “per se”, relacionadas con los regalos o primas (cláusulas 16, 19, 20 y 31 del Anexo I de la Directiva, a las que nos referiremos más adelante) o si forman parte de alguno de los supuestos de hecho contenidos en los arts. 5 a 9 de la Directiva (cláusula general, prácticas comerciales engañosas y prácticas comerciales agresivas)<sup>74</sup>.

---

<sup>70</sup> VELA GARCÍA, C., “La regulación jurídica de las primas y los regalos”, cit., p. 263.

<sup>71</sup> VELA GARCÍA, C., “La regulación jurídica de las primas y los regalos”, cit., pp. 265, 268, 269 y 270, señala que pueden verse afectados los detallistas del sector comercial correspondiente y en algunos casos podían verse perjudicados los mayoristas si el oferente de la prima o regalo acudiera directamente al fabricante. Los fabricantes no saldrían perjudicados porque sus productos se ofrecieran como prima o regalo

<sup>72</sup> La Comisión Europea ha dirigido a Francia el 26 de junio de 2009 “une mise en demeure” para que adecue su ordenamiento a la Directiva de 2005 sobre prácticas comerciales utilizadas por las empresas en su relación con los consumidores, Vid. GRALL, J. Ch., CAMILLERI, É., “Une interdiction de principe des loteries est contraire au droit communautaire”, cit., p. 39.

<sup>73</sup> STJUE, 23 abril 2009, aff. C-261/07 y C-299-07, VTM-VABNV c) Total Belgium y Galatea BVBA (referida a la prohibición de las ofertas conjuntas en el Derecho belga). STJUE, 14 enero 2010, aff. C-304/08, Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V. Plus Warenhandellsgesellschaft mbH (referida a una empresa alemana que concedía el derecho a participar en una lotería al consumidor que adquiriría determinada cantidad de productos, contraviniendo la literalidad del art. 4.6 de la ley de competencia desleal alemana). Vid., entre otros muchos, PETIT, E., « La conformité de l’interdiction des ventes avec prime et des ventes liées remise en cause », Recueil Dalloz, 14 de mayo 2009, nº 19, pp. 1273 a 1274. GRALL, J-Ch., CAMILLERI, E., “Une interdiction de principe des loteries est contraire au droit d’omunautaire”, cit., pp. 37 a 39. LONFILS, F., « Arrêt Plus : la Cour de justice intensifie sa jurisprudence en matière de pratiques commerciales déloyables », Journal de droit européen, 2010, nº 167, pp. 77 a 79. BENOIT, O., COMERT, M., « Requiem pour le droit national des promotions ? », Revue de jurisprudence de droit des affaires, 2010, nº 6, pp. 562 y 563.

<sup>74</sup> Si se pueden prohibir las prácticas comerciales que conlleven regalos o primas, aunque no caigan en ninguno de los supuestos tipificados como desleales en la Directiva, si se hace para proteger otros intereses distintos de los intereses económicos de los consumidores, que son los únicos protegidos por la Directiva sobre prácticas comerciales desleales con los consumidores. Por eso, se pueden prohibir por

### III. CONCEPTO

El art. 32 de la LOCM, recientemente reformado por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, distingue entre las ventas con obsequio y las ventas con prima. Parece que la diferencia entre unas y otras, siguiendo lo que ya se deducía del originario art. 8 LCD<sup>75</sup>, es que en las ventas con obsequio el “premio” no se vincula a la “adquisición” posterior del bien o servicio, mientras que en las ventas con prima, el “incentivo o ventaja” si se vincula a la “adquisición” de un bien o servicio<sup>76</sup>.

#### 1. Venta con obsequio

Según el art. 32.1, prfo. primero LOCM “Son ventas con obsequio aquellas que con finalidad de promover las ventas ofertan, ya sea en forma automática, o bien mediante la participación en un sorteo o concurso, un premio, cualquiera que sea la naturaleza de éste”.

En este caso, el “premio” ofertado se hace con la “finalidad de promover las ventas”, sin vincularse a la hipotética adquisición posterior. En consecuencia, en la llamada venta con obsequio puede suceder que, finalmente, la venta no se produzca.

En efecto, en las ventas con obsequios parece que el premio, incentivo o ventaja se entrega al hipotético comprador de la prestación principal, sin condicionarlo a dicha compra.

Es dudoso que caigan dentro de esta categoría aquellos supuestos en los que el incentivo o ventaja no se entrega al posible adquirente de la prestación principal sino a un tercero, como sucede en las ofertas de incentivos o ventajas a prescriptores y el padrinazgo<sup>77</sup>.

---

razones de seguridad y salud, los regalos o primas relacionados con la adquisición de bebidas alcohólicas, tabaco o medicamentos y podría incluso pensarse que se podrían prohibir los regalos o primas relacionados con el juego, alegando que lo que se está protegiendo aquí no es el interés económico del consumidor, sino su salud a través de la lucha contra la adicción al juego. Vid. BENOIT, O., COMERT, M., “Réquiem pour le droit national des promotions? », cit., pp. 562 y 563, señalan otros sectores que quedan excluidos del campo de aplicación de la Directiva y en relación con los cuales estaría permitida la prohibición de las primas o regalos en un Estado miembro. Pone como ejemplo el caso de los bienes inmuebles y de los servicios financieros (art. 3. 9 de la Directiva), por lo que las disposiciones del Código monetario y financiero (art. L 312-1-2) que prohíben las ventas “jumelés” y las ventas con prima, escapan a las consecuencias de la jurisprudencia comunitaria.

<sup>75</sup> TAMAYO CARMONA, J. A., “Ofertas conjuntas, ventas con prima...”, cit., p. 112, señala que los conceptos de venta con obsequio y venta con prima eran utilizados de una forma indistinta hasta la reforma del art. 32 LOCM por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, si bien eran técnicamente diferenciables, tal y como recogía el art. 8 LCD.

<sup>76</sup> Esta diferenciación técnico-legal no se respeta, sin embargo, en otras ocasiones, ni por el legislador ni por la doctrina y se emplean estos conceptos de forma indistinta o con un significado diferente. Por otro lado, recordemos que estos conceptos se contienen en el art. 32 LOCM que no tiene un ámbito de aplicación nacional y que, por tanto, no tienen por qué coincidir y de hecho no coinciden con los que se contienen en las leyes de comercio interior de las distintas autonomías. Esto puede crear disfuncionalidades ya que el art. 33, relativo a la “entrega de obsequios”, si tiene que ser aplicado por las Comunidades Autónomas, en cuanto tiene un ámbito de aplicación nacional, como ya vimos en su momento. Vid. sobre esta cuestión VELA GARCÍA, C., “La promoción de ventas en la ley de ordenación del comercio minorista”, cit., pp. 213 a 216 y 233 a 235.

<sup>77</sup> MASSAGUER FUENTES, J., “Comentario al art. 32 LOCM”, en “Régimen Jurídico General del Comercio Minorista”, cit., p. 417, entiende que también tienen difícil encaje estos supuestos en la que ahora se denomina venta con prima.

En las ofertas de incentivos o ventajas a prescriptores, la prestación adicional se ofrece a una persona distinta del comprador que está en condiciones de influir o incluso de determinar la decisión de compra.

Por otro lado, el art. 32.1, prfo. primero LOCM señala que el premio se ofrece con la finalidad de promover las ventas. No obstante, creemos que dentro de esta figura cabe incluir también el ofrecimiento de un premio para adquirir la prestación de un servicio, que, evidentemente, no se realiza a través de una venta.

## 2. Venta con prima

Según el art. 32.1, prfo. segundo LOCM “Son ventas con prima aquellas que ofrezcan cualquier incentivo o ventaja vinculado a la adquisición de un bien o servicio”.

En este caso el “incentivo o ventaja” ofertado si se vincula a la adquisición de un bien o servicio, de modo que la entrega del incentivo o ventaja depende de la contratación del bien o servicio promocionado<sup>78</sup>. Venta sólo existirá si se contrata un bien, ya que la prestación de un servicio no se realiza a través de la venta.

Se ha señalado que, en este caso, existen dos prestaciones, una principal (prestación promocionada) y otra adicional (prima), siendo ambas diversas y gozando de autonomía la una respecto de la otra.

En este sentido, se ha indicado que no estaríamos ante una venta con prima si las prestaciones no son diversas, como cuando hay un descuento en especie, que supone ofrecer una unidad o cantidad adicional de la prestación promocionada (docena de trece huevos)<sup>79</sup>.

A nuestro juicio, en el supuesto anterior, no siempre tienen que suceder las cosas de esa forma. Si la prestación promocionada y la prestación adicional no son diversas (2x1), puede haber una oferta conjunta si el objeto del contrato es único y abarca ambas prestaciones, pero podemos estar ante una “venta con prima”, si el objeto del contrato es únicamente la prestación promocionada y la prestación adicional se entrega como prima.

Por otro lado, la prestación principal y adicional tienen que gozar de autonomía una respecto de la otra<sup>80</sup>. Por eso, por ejemplo, no habría venta con prima cuando la prestación adicional son servicios que en la práctica no son objeto de contratación independiente, como son los servicios de venta (asesoramiento en la elección, envío e instalación) y postventa (instrucción en el manejo de uso)<sup>81</sup>.

---

En el padrinazgo la ventaja promocional no se ofrece a quién contrató sino al cliente actual que promueve nuevos clientes y como recompensa por este empeño.

<sup>78</sup> MASSAGUER FUENTES, F., “Comentario al art. 32 LOCM”, en “Régimen Jurídico General del Comercio Minorista”, cit., p. 417.

<sup>79</sup> En este caso estaríamos ante una oferta conjunta de dos o más unidades de un mismo producto (art. 34.1 LOCM). MASSAGUER FUENTES, J., “Comentario al art. 32 LOCM”, en “Régimen General del Comercio Minorista”, cit., p. 416, al referirse a la venta con obsequio, que en la nueva normativa se denomina venta con prima.

<sup>80</sup> ZURIMENDI ISLA, A., “Obsequios, primas y supuestos análogos”. “Comentario al art. 8 LCD”, en Fernando Martínez Sanz: “Comentario práctico a la Ley de competencia desleal”. Tecnos, Madrid, 2009, pp. 122 y 123, citando la SAP de Barcelona de 1 de diciembre de 2004 – AC 2006/264- señala que estamos siempre ante la existencia de dos prestaciones autónomas, la principal y la prima, que se ofrecen por separado, porque si es imposible su ofrecimiento al mercado de forma independiente, estaremos ante una única prestación. Entiende que esto es lo que sucede cuando los envases de determinados productos anuncian que regalan un tanto por ciento más de su cantidad, ya que, teniendo en cuenta la rigidez del envase, resulta imposible su ofrecimiento por separado. En realidad, dice este autor, estamos ante un cambio de estrategia del productor del bien para ofrecer una cantidad superior, soliendo adecuarse el precio a la nueva realidad.

<sup>81</sup> MASSAGUER FUENTES, J., “Comentario al art. 32 LOCM”, en “Régimen General del Comercio Minorista”, cit., p. 416.

### 3. Las ofertas conjuntas

1. Tradicionalmente, se han venido regulando las ofertas conjuntas a continuación de las ventas con prima. Así se hace también en nuestro Derecho, donde las ofertas conjuntas se regulan en el art. 34 LOCM<sup>82</sup>, dentro del Capítulo VI, referido a las “Ventas con obsequio o prima”.

La razón era impedir que mediante las ofertas conjuntas se burlase lo previsto para las ofertas con prima. Sin embargo esta justificación parece que no opera en nuestro Derecho, pues mientras que se parte de la licitud de las ventas con obsequio o prima (art. 32.1 LOCM), se dispone una prohibición general de las ofertas conjuntas (art. 34.1 LOCM), injustificada para asegurar el respeto a lo dispuesto en las ventas con obsequio o prima, además de ser perjudicial para la industria y el comercio minorista<sup>83</sup>.

2. Las ofertas conjuntas deben desvincularse conceptualmente de las ventas con prima. En efecto, en las ofertas conjuntas se ofrece “conjuntamente y como una unidad de contratación dos o más clases o unidades de artículos”. El objeto del contrato, como unidad de contratación, son dos o más artículos<sup>84</sup>, mientras que en las ventas con obsequio o prima, el obsequio o la prima recibida no forma parte del objeto del contrato por el que se adquiere el bien<sup>85</sup>.

---

<sup>82</sup> “Art. 34. Prohibición de ofertas conjuntas.-1. Queda prohibido ofrecer conjuntamente y como una unidad de contratación dos o más clases o unidades de artículos, excepto en los casos siguientes: a) Cuando exista una relación funcional entre los artículos ofertados. b) Cuando sea práctica comercial común vender ciertos artículos en cantidades superiores a un determinado mínimo. c) Cuando se ofrezca, simultáneamente, la posibilidad de adquirir los artículos por separado y a su precio habitual. d) Cuando se trate de lotes o grupos de artículos presentados conjuntamente por razones estéticas o para ser destinados a la realización de obsequios. 2. En todo caso, será de aplicación lo dispuesto al respecto en la legislación sobre defensa de la competencia”.

<sup>83</sup> MASSAGUER FUENTES, J., “Artículo 34. Prohibición de ofertas conjuntas”, en “Régimen Jurídico General del Comercio Minorista”, cit., p. 432. Ya anteriormente CARRASCO PERERA, A., ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O., “Ventas con Obsequio”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 546, destacaban la incongruencia entre la permisión ilimitada de la “venta con regalo” y la prohibición de principio de la venta conjunta del art. 34 LOCM, porque al solaparse la función económica en ambos casos, es muy fácil huir de la prohibición general del art. 34 a la universal tolerancia del art. 32.1 LOCM. En efecto, continúan los autores, si no se puede vender como un lote a precio reducido, se puede en cambio regalar cargando el coste total en el precio único del bien principal. Sobre esta misma cuestión ya había advertido previamente VELA GARCÍA, C., “La regulación jurídica de las primas y regalos”, cit., p. 52, que aún cuando se puede diferenciar jurídicamente entre una venta con prima y una venta por lotes, en muchas ocasiones, al consumidor no le interesa la distinción. Si los productos son iguales, la entrega gratuita de una tercera unidad de producto por la compra de dos (prima), será equivalente a una reducción del precio unitario del producto (lote). Si los productos son diferentes, el lote estará compuesto normalmente por productos complementarios y será difícil que el consumidor pueda encontrar alguna diferencia entre la compra de un producto con prima y la compra de ambos productos en un lote, si en ambos casos el precio a pagar es el mismo.

<sup>84</sup> CARRASCO PERERA, A., ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O., “Ventas con Obsequio”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 566, ponen como ejemplo de venta conjunta la de yogures en un paquete mínimo de ocho unidades, señalando que no se ha ofrecido a la venta una unidad de yogur, obligando al consumidor a llevarse 7 más, sino que el objeto del contrato que se vende al público es el paquete en cuestión.

<sup>85</sup> MARÍN LÓPEZ, J. J., “Ventas con Obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 246, señala que en la venta conjunta el objeto del contrato está constituido por “dos o más clases o unidades de artículos que se venden como una unidad de contratación (art. 34. 1 LOCM). Por el contrario, en la “venta con obsequio” se vende un único bien y el consumidor recibe otro gratuitamente o a un precio más reducido. PORTELLANO DÍEZ, P., “Ventas con obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, en “Comentario a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria”. Dirs. José Luis Piñar Mañas y Emilio Beltrán Sánchez, Madrid, 1997, p. 266, al igual que lo hacía previamente el autor anterior, entiende que mientras que la venta conjunta (art. 34 LOCM) está constituida por la venta como unidad de contratación de dos o más clases o unidades de artículos, en

En las ofertas conjuntas, se requiere, pues, que se ofrezcan dos o más artículos. Quedan incluidas las ofertas conjuntas de productos diversos (dos o más clases de productos) como las de un mismo producto (dos o más unidades de productos)<sup>86</sup>.

Por el contrario de la definición de oferta conjunta y, por tanto, de su prohibición general, quedan excluidas las ofertas conjuntas de productos y servicios (televisión más mantenimiento)<sup>87</sup>.

En el caso de que se ofrezcan conjuntamente dos o más clases de productos, sólo existe oferta conjunta si los productos tienen sustantividad propia o autonomía entre sí, esto es, si son susceptibles de comercialización autónoma y por eso no existe oferta conjunta cuando la oferta tenga por objeto un producto complejo<sup>88</sup>.

Por eso, tampoco existe oferta conjunta cuando los elementos que integran la prestación principal son accesorios precisos para su uso (art.1097 Cc) o deben integrarse en la prestación debida por aplicación de las normas de integración de las obligaciones contractuales (art. 1258 Cc)<sup>89</sup>.

De la misma forma, no existe venta conjunta cuando el comerciante facilite una prestación suplementaria, vinculada a la contratación exclusiva con otro comerciante<sup>90</sup>, ni cuando un comerciante ofrece un producto o servicio cuya contratación se hace depender de la adquisición de otro producto o servicio de otro comerciante<sup>91</sup>.

3. En tercer lugar, como ya hemos visto, hay que tener en cuenta que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha considerado<sup>92</sup> que la antigua prohibición belga de las ofertas conjuntas es incompatible con la Directiva sobre prácticas comerciales desleales con los consumidores, al ser esta una Directiva de “armonización plena” o de máximos que no prohíbe “per se” las ofertas conjuntas. Aún cuando el concepto de ofertas conjuntas del derecho belga sobre el que conoció el Tribunal

---

la que el autor llama venta con obsequio (art. 33 LOCM), se vende un único bien pero el consumidor recibe otro gratuitamente o puede adquirirlo a un precio más reducido.

<sup>86</sup> MASSAGUER FUENTES, J., “Comentarios a los artículos 32 y 34”, en “Régimen Jurídico General del Comercio Minorista”, “Comentarios a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la Ordenación del Comercio Minorista”. Coord. Francisco José Alonso Espinosa, José Antonio López Pellicer. José Massaguer Fuentes. Antonio Reverte Navarro, Madrid, 1999, p. 433, señala que al incluir la oferta conjunta de la LOCM las ofertas de un mismo producto, es más amplia que la subordinación de prestaciones a la que se refiere la LDC y también originariamente la LCD, ya que en éstos casos al tratarse de prestaciones suplementarias que no guardan relación, exigen la alteridad entre las prestaciones ofrecidas.

<sup>87</sup> CARRASCO PERERA, A., ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O., “Ventas con Obsequio”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 571, entienden, en este sentido, que no están en el art. 34 LOCM las ofertas conjuntas de servicios combinados o de bienes y servicios, tales como los viajes combinados, los servicios integrales bancarios, las ofertas de autoescuela o las ofertas conjuntas de teléfonos más la cuota de conexión

<sup>88</sup> MASSAGUER FUENTES, J., “Comentario a los artículos 32 y 34”, cit., p. 433, señala que no parece que el automóvil deba ser considerado una oferta conjunta de neumáticos, carburador, cigüeñal.... Ya anteriormente, CARRASCO PERERA, A., ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O., “Ventas con Obsequio”.

“Comentarios a los arts. 32 a 34 LOCM”, cit., p. 570, señalaban que si el conjunto de unidades es valorado en el tráfico como cosa distinta de la suma de las partes, no existe venta conjunta sino venta de una cosa compuesta de diversas partes integrantes. Así, señalan estos autores que una baraja de cartas o un juego de café no son lotes o simples agregados sino cosas unitarias.

<sup>89</sup> CARRASCO PERERA, A., ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O., “Ventas con Obsequio”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 570.

<sup>90</sup> CARRASCO PERERA, A., ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O., “Ventas con Obsequio”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 571, ponen como ejemplo de este supuesto la financiación de la compra a través de la entidad financiera conectada con el establecimiento de compras.

<sup>91</sup> CARRASCO PERERA, A., ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O., “Ventas con Obsequio”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 571.

<sup>92</sup> STJ de 23 de abril de 2009 (As. C-261/07, C-209/07).

Comunitario, no sea el mismo que el que se recoge en nuestro Derecho<sup>93</sup>, ésta misma solución podría ser aplicable a la prohibición de las ofertas conjuntas realizada por el art. 34 LOCM<sup>94</sup>. Sin embargo, puede suceder que las cosas no siempre sean así si tenemos en cuenta que la Directiva sobre prácticas comerciales desleales se limita a tutelar los intereses de los consumidores y en la prohibición de la oferta conjunta pueden estar presentes no solo los intereses de los consumidores sino también los intereses de los competidores y de los clientes de las empresas<sup>95</sup>.

### III. EL OBSEQUIO O LA PRIMA RECIBIDA

#### 1. Concepto

1. El “obsequio”, el “premio”, el “incentivo” o la “ventaja”<sup>96</sup> que se recibe o se puede recibir, es un bien o servicio<sup>97</sup>.

El incentivo puede ser un bien o servicio, de la misma forma que la prestación promocionada puede ser un también un bien o servicio. Así se deduce del art. 32.1 LOCM, que aunque utiliza la expresión “promover las ventas”, que obviamente solo pueden tener por objeto bienes o productos y no servicios<sup>98</sup>, sin embargo, posteriormente se refiere a la adquisición de un bien o servicio.

---

<sup>93</sup> TAMAYO CARMONA, J. A., “Ofertas conjuntas, ventas con prima...”, cit., pp. 103, 111, 112 y 113.

<sup>94</sup> TAMAYO CARMONA, J. A., “Ofertas conjuntas, ventas con prima...”, cit., pp. 114, 115, 116 y 118, aunque está abierto a otra solución, entiende que con base en el fallo de la STJ comunitario, al que ya hemos hecho referencia, la prohibición de las ofertas conjuntas del art. 34 LOCM podría considerarse contraria a la Directiva sobre prácticas comerciales desleales.

Por otra parte, el autor también entiende que la prohibición de las ofertas conjuntas a que se refiere el art. 34 LOCM, no sería contraria a la Directiva de prácticas desleales, si se interpreta este precepto en el sentido de que en todo caso hay que respetar lo dispuesto en la legislación sobre competencia desleal, como consecuencia de una interpretación extensiva de lo dispuesto en el art. 34.2 LOCM: “En todo caso, será de aplicación lo dispuesto al respecto en la legislación sobre defensa de la competencia”.

Procediendo de esta forma, llega a la conclusión de que la prohibición de las ofertas conjuntas a que se refiere el art. 34 LOCM solo se produciría cuando tal forma de ofertar los productos fuese contraria a la diligencia profesional y distorsiona o puede distorsionar el comportamiento económico del consumidor, tal como se establece en el art. 4 LCD, que incorpora el art. 5 de la Directiva de prácticas comerciales desleales. En la misma sintonía está PALAU RAMÍREZ, F., “Sobre la compatibilidad de la normativa...”, cit., p. 194, parte de que la prohibición general de efectuar ofertas conjuntas implica una restricción a la libertad de empresa para configurar la oferta y sólo sería compatible con la Directiva sobre prácticas comerciales en la medida en que fuera apta para inducir a error al consumidor, afectando a su racionalidad en la adopción de la decisión de compra. Termina señalando este autor que, en modo alguno puede mantenerse una prohibición de este tipo de ofertas con independencia de sus efectos engañosos.

<sup>95</sup> A este respecto, creo que es ilustrativo los Considerandos 6, 7, 8 y 9 del Preámbulo de la Directiva.

Vid. también los arts. 3. 8 y 3. 9 de la Directiva. MASSAGUER, J., “El nuevo derecho contra la competencia desleal”. “La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales”, Ed. Thomson-Civitas. Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 48, 52, 155, 156 y 157. BROSETA PONT, M. / MARTÍNEZ SANZ, F., “Manual de Derecho Mercantil”. Vol. I. “Introducción y Estatuto del Empresario. Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial. Derecho de Sociedades”. Ed. Tecnos, Madrid, 2010, p. 194.

<sup>96</sup> Estas son las expresiones contenidas en los arts. 32 y 33 LOCM.

<sup>97</sup> Art. 33.1 LOCM. MASSAGUER FUENTES, J., “Comentario a los artículos 32 y 34”, cit., p. 416, entiende que la ventaja o incentivo puede ser una cosa, servicio o derecho sin una contraprestación equivalente.

<sup>98</sup> CARRASCO PEREA, A., ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O., “Ventas con obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 548.

Debemos destacar que ese incentivo debe ser un bien o servicio y, por tanto, el descuento en el precio del producto que adquiere el consumidor no es un incentivo en el sentido del art. 32. 1 LOCM<sup>99</sup>.

2. El bien entregado como incentivo (obsequio o prima) puede ser de la misma o diferente clase que el producto principal<sup>100</sup>.

a) Por consiguiente, en primer lugar, el incentivo puede ser de la misma naturaleza que el bien o servicio contratado. Puede ser de la misma naturaleza e idéntico. Esto sucede en el llamado descuento en especie donde se ofrece una unidad o cantidad adicional de la prestación promocionada<sup>101</sup>. Pero puede ser de la misma naturaleza pero no idéntico<sup>102</sup>.

b) En el segundo caso, cuando el incentivo es de diferente clase que la prestación principal, no existe límite alguno a su naturaleza<sup>103</sup> o a su valor.

---

<sup>99</sup> MARÍN LÓPEZ, J. J., en “Ventas con obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 245. Pero si se opera con esta lógica podría no considerarse un obsequio o prima los premios en metálico que se reciben en los concursos y sorteos. Vid. VELA GARCÍA, C., “La regulación de las primas y los regalos”, cit., pp. 188 y 190.

<sup>100</sup> El art. 32. 1 LOCM señala que el “premio” puede ser de cualquier naturaleza. La situación era diferente en el Derecho francés. En efecto, el art. 13.1º de la Ley de 20 de marzo de 1951, modificada por la Ley de 29 de diciembre de 1972, señalaba que la prima era un producto o prestación de servicios diferentes de los que constituirían el objeto de la venta o de la prestación de servicios, si bien en el momento actual una gran mayoría de autores considera que son lícitas en general todas las primas no diferentes. Vid. VELA GARCÍA, C., “La regulación jurídica de las primas y los regalos”, cit., pp. 47 y 48.

<sup>101</sup> PORTELLANO DÍEZ, P., “Ventas con Obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 258. Dentro del descuento en especie incluye la fórmula del 2x1, el ofrecimiento de un 25% más del producto o el “millage” (obtención de un billete de avión adicional por el pasajero que contabilice un determinado número de kilómetros viajados). Ya anteriormente MARÍN LÓPEZ, J. J., “Ventas con obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., pp. 247 y 248, se refería a la oferta del 2x1 (RTDC de 20 abril de 1990- Boletín de Información Comercial Española, 1990, pp. 2396-2398-, RTDC de 12 de enero de 1991- Boletín de Información Comercial Española, 1991, pp. 469-471), al regalo de media docena de huevos por la compra de docena y media, al obsequio de una cuarta pastilla de jabón por la adquisición de tres de ellas, al ofrecimiento de un 10 por ciento más del producto al mismo precio (STJCE 6 de julio 1995; Ar. Civil, 1995, 115) y al “millage”.

<sup>102</sup> por la compra de dos jamones ibéricos, le obsequiamos con otro jamón que no lo es.

<sup>103</sup> MARÍN LÓPEZ, J. J., “Ventas con obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., pp. 250, 251, 253, 254 y 255, se refiere al ofrecimiento de un seguro gratuito por la celebración de un contrato (SAP de Tarragona de 18 de enero de 1994, Actualidad Civil, 1994, 1296; SAP de Asturias, Sección 5ª, de 14 de enero de 1994, Ar. Civil, 1994, 84; STS de 15 de noviembre de 1994), a la venta de gasolina más barata a los clientes del establecimiento, al pago del transporte de alumnos hasta la autoescuela (RTDC de 7 de octubre de 1993, Ar. Civil, 1993, 2185). También considera este autor que cae dentro de la figura del “obsequio” la oferta de un crédito gratuito (sin interés) o con rebaja de los intereses.

Un caso especial, al que se refiere detenidamente el autor, era el de la entrega de “obsequios” para eludir las normas que limitaban la práctica de descuentos en el precio de venta al público de libros de texto (RD 484/1990, 30 de marzo, dictado en desarrollo de la Ley 9/1975, de 12 de marzo, del libro). El Tribunal de Defensa de la Competencia conoció de algunos o incentivos concedidos en este caso: el regalo de un 25% de descuento a aplicar en las próximas compras (RRTDC de 16 de abril de 1993, Ar. Civil, 1993, 505, y de 4 de octubre de 1993, Ar. Civil, 1993, 2371), la entrega de un libro por la compra de otro (RTDC de 17 de febrero de 1993, Ar. Civil, 1993, 1980), la práctica de un descuento del 20% a los compradores de libros poseedores de determinado carné joven (RTDC, de 11 de julio de 1994, Ar. Civil, 1994, 2568). Las Resoluciones del TDC y alguna sentencia de Audiencias y del Tribunal Supremo habían negado que estas prácticas supusiesen un comportamiento prohibido, y que, por tanto, eran válidos esos incentivos ya que no se estaba vulnerando la prohibición de descuentos (RTDC de 17 de febrero de 1993; RTDC de 16 de abril de 1993 – Expte 47/93-; RTDC de 23 de marzo de 1993- Expte. 307/91-; RTDC de 4 de octubre de 1993-Expte. 60/93-; SAP de Valladolid, Sección 1ª de 16 de mayo de 1995 –Ar. Civil, 1995, 915-; SSTS de 31 de marzo de 1999, de 31 de marzo de 2000, de 4 de octubre de 2001, de 30 de mayo de 2002, de 30 de octubre de 2002, de 16 de diciembre de 2002, de 11 de diciembre de 2003, de 6



En relación a esto último, el incentivo u obsequio puede ser de cualquier valor, incluso puede tener un valor superior a la prestación promocionada<sup>104</sup>. El único límite es que carezca de valor, ya que un obsequio o incentivo que no tiene ningún de valor, no es tal y la oferta hecha en tal sentido es engañosa<sup>105</sup>.

Por otro lado, en este caso, en el que el incentivo es diferente de la prestación principal, el premio puede consistir en un producto o servicio complementario<sup>106</sup> o sin relación alguna con el producto principal<sup>107</sup>.

3. No se exige que entre la prestación principal y el “regalo” exista una relación de accesoriedad. No sólo porque, como hemos visto, la cuantía del “regalo” puede ser superior al valor de compra, sino porque no es preciso ninguna relación funcional entre ambas prestaciones<sup>108</sup>.

4. Debe tratarse de bienes o prestaciones económicamente separables. Si no es posible una separación de ambas prestaciones en la valoración subjetiva del consumidor, la prestación adicional será una oferta engañosa, ya que se tratará, bien de una parte integrante o perteneciente del producto principal o bien de una prestación accesoría necesaria para su uso, como el libro de instrucciones<sup>109</sup>.

---

de mayo de 2004, de 16 de diciembre de 2004).

Por el contrario, la jurisprudencia de otros Tribunales entendió que con esos incentivos se estaba vulnerando la prohibición de descuentos y, por tanto, incurrían en un acto de competencia desleal por violación de normas (art. 15 LCD) (SAP de Valencia, Sección 6ª, de 21 de marzo de 1994, Ar. Civil 1994, 498; SAP de Asturias, Sección 4ª, de 24 de enero de 1995, Ar. Civil, 1995, 36; SAP de León, Sección 2ª, de 24 de octubre de 1994, Ar. Civil, 1994, 2024; SAP de Lugo de 6 de junio de 1995, Actualidad Civil, 2017/1995. La Ley, 2, 1996, p. 8; SAP de Murcia de 11 de octubre de 1996, Aranzadi Civil 2070/1996; SAP de la Coruña de 29 de mayo de 1997, Actualidad Civil 1508/1997; SAP de Madrid de 18 de marzo de 1998).

Todo el anterior debate ha sido superado, después de que el art. 38 del RD Ley 6/2000 liberalizara la venta de libros de texto, desapareciendo la norma de referencia infringida. En la actualidad esa libertad en la venta de libros de texto viene recogida por el art. 10.g) de la Ley 10/2007, de 22 de junio, de lectura del libro y de las bibliotecas. Vid. sobre todo lo anterior, CARRASCO PERERA, A., “Prácticas promocionales en la Ley de comercio”, cit., pp. 135 y 136. DESDENTADO DAROCA, E., “Precios de libros y competencia desleal”. “Comentario a las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 18-III-1998 y de Sevilla de 21-XII-1996”, RDM, núm. 229, julio-septiembre, 1998, p. 1251 y, en particular, 1261 y ss. VILLAGÓMEZ RODIL, A., “Competencia Desleal”, Granada, 2006, pp. 80 y ss.. GARCÍA PÉREZ, R., “Ley de competencia desleal”. Thomson. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 219 y 220. ZURIMENDI ISLA, A., “Obsequios, primas y supuestos análogos”. “Comentario al art. 8 LCD”, cit., p. 117. SÁNCHEZ BARRIOS, J. L., “Artículo 22. Prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas”, cit., pp. 671 y 672.

<sup>104</sup> VELA GARCÍA, C., “La regulación jurídica de las primas y regalos”, cit., p. 180, dice que es raro que para promover la venta de un producto principal se ofrezca un producto de mayor valor. Sin embargo, en el caso de concursos y sorteos, en la mayoría de las ocasiones el valor del premio del concurso o el sorteo es muy superior al del producto principal (coches, viajes, pisos, joyas, etc., cuyo valor en el mercado es muy superior al que pueda tener la pastilla de jabón o el detergente con cuya compra se ha obtenido el derecho a participar).

<sup>105</sup> CARRASCO PEREA, A., ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O., “Ventas con obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., pp. 548 y 549.

<sup>106</sup> Por la compra de un champú, un frasco de suavizante. Vid. VELA GARCÍA, C., “Comentario al art. 9”, cit., pp. 190 y 191.

<sup>107</sup> Por la suscripción anual de una revista, se ofrece un reloj digital. Vid. VELA GARCÍA, C., “Comentario al art. 9”, cit., p. 191.

<sup>108</sup> CARRASCO PEREA, A., ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O., “Ventas con obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 549.

<sup>109</sup> VELA GARCÍA, C., “La regulación jurídica de las primas y los regalos”, cit., p. 207, señala, en este sentido, que no todos los servicios post-venta que se ofrecen gratuitamente, podrían considerarse automáticamente como primas, puesto que muchos de ellos no son un valor adicional, sino una parte de la obligación principal. Así, dentro de las garantías, las garantías legales por defecto de fabricación no son primas y si son prima las garantías especiales que se ofrecen como tales, como puede ser la garantía

El obsequio o prima tiene que tener un mercado propio, al que se puede acceder con independencia del producto principal promocionado, salvo que se trate de “regalos” que por su ínfimo valor carezcan de un mercado propio que permitiera al comprador adquirirlo por separado del producto principal, o que se trate de “regalos” ajenos al giro o tráfico del comerciante<sup>110</sup>.

5. Se ha dicho que el empresario puede limitar la cuantía o el número de incentivos que puede obtener una persona<sup>111</sup>. Sin embargo, en el ámbito del comercio minorista, puede entenderse que lo anterior está en contradicción con lo dispuesto en el art. 9.2 LOCM<sup>112</sup>.

Por otra parte, se ha dudado si es admisible conceder incentivos solo hasta la saturación de un cupo (“tendrán premio las mil primeras cartas”)<sup>113</sup>.

6. El incentivo puede ser hecho al comprador o a un tercero<sup>114</sup> y puede ser ofrecido por quién ofrece la prestación principal o por otra persona distinta<sup>115</sup>.

7. El incentivo no forma parte de la compraventa que se pueda realizar. Por ello, no está sujeto, entre otras, a las reglas propias de la compraventa en materia de saneamiento por vicios ocultos y tampoco está claro que la restitución de la obligación principal, por ejemplo, cuando se resuelve la venta por incumplimiento o se desiste de ella, obligue al comprador a devolver el incentivo o ventaja adquirido<sup>116</sup>.

---

anticorrosión de un automóvil por cinco años o la recompra garantizada. CARRASCO PEREA, A., ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O., “Ventas con obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 549, señalan que cabe regalar, en este sentido, un radiocassette o el aire acondicionado gratis con la compra del coche, pero no cabe regalar las ruedas ni el motor. Por la misma razón, no cabe la venta de un dormitorio con regalo de la mesilla de noche o la venta de caja de herramientas con tenazas de regalo. Tampoco puede ser ofrecida como regalo la garantía debida, por formar parte natural de las obligaciones derivadas de la venta (art. 1258 Cc), ni lo que en la publicidad se prometió como parte de la prestación.

<sup>110</sup> CARRASCO PEREA, A., ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O., “Ventas con obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 550.

<sup>111</sup> CARRASCO PEREA, A., ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O., “Ventas con obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 548.

<sup>112</sup> Art. 9.2 LOCM: “Los comerciantes no podrán limitar la cantidad de artículos que pueden ser adquiridos por cada comprador ni establecer precios más elevados o suprimir reducciones o incentivos para las compras que superen un determinado volumen. En el caso de que, en un establecimiento abierto al público, no se dispusiera de existencias suficientes para cubrir la demanda, se atenderá a la prioridad temporal en la solicitud”. En este sentido GORBS I TURBANY, R., “Título II. Actividades de promoción de ventas...”, cit., pp. 190 y 191 dice que en ningún caso puede admitirse, al estar prohibido por el art. 9 LOCM, la limitación de la cantidad de artículos que pueden ser adquiridos por un comprador ni la supresión de incentivos o reducciones para las compras que superen un determinado volumen.

<sup>113</sup> CARRASCO PERERA, A., “Prácticas Promocionales en la Ley de Comercio...”, cit., p. 138.

<sup>114</sup> Lo admiten CARRASCO PEREA, A., ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O., “Ventas con obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, ct., p. 549, citando como ejemplo el regalo hecho a un tercero por conseguir suscriptores.

<sup>115</sup> VELA GARCÍA, C., “La regulación jurídica de las primas y regalos”, cit., p. 207, recuerda el supuesto en el que los servicios ofrecidos como prima fueran a cargo de una empresa distinta de la que ofrece el producto principal. Cita como ejemplo la venta de un coche con financiación, cuando el coche se vende por el concesionario del fabricante (empresa vendedora) y la financiación en condiciones especiales que se ofrece como prima por la compra del coche, se realiza por otra empresa distinta (empresa financiera).

<sup>116</sup> CARRASCO PEREA, A., ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O., “Vetas con obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 550, señalan que es previsible entender que en estos casos no existe la obligación de restitución de lo que se recibió como obsequio. DÍAZ ALABART, S., “Dos cuestiones en torno a la protección del consumidor en la compraventa de productos de consumo: la garantía del producto sustituto y la del producto que se obsequia con la venta de otro”, Aranzadi Civil, 2009, II, p. 2373, señala que aunque la prima no forma parte del objeto de la compraventa, ha de estar incluida en la compraventa a determinados efectos. Así la resolución del contrato con la restitución de las prestaciones, obligará al consumidor a devolver el bien recibido como obsequio en los casos en los que el regalo esté integrado en el bien principal, como cuando en la adquisición de un coche se ha regalado un radiocassette.

En relación con lo anterior, el incentivo u obsequio ha de ser siempre un bien o servicio al que el comprador puede renunciar cuando adquiera el bien principal. Si el comprador debe adquirirlo forzosamente con el bien principal, no será “regalo” (incentivo u obsequio) sino venta conjunta con un precio global coincidente con el precio individual de uno de los componentes del lote<sup>117</sup>.

8. El “regalo” (incentivo u obsequio) es una donación por la que el donatario no paga precio, si bien cabe que el regalo vaya asociado a la existencia de costes de entrega o que el agraciado deba prestar su imagen a la marca que realizó la promoción<sup>118</sup> o incluso que se pague un precio reducido si no se incluye en un precio unitario de la compra, pues en este último caso estaríamos, como ya hemos visto, ante el supuesto distinto de la venta conjunta del art. 34 LOCM<sup>119</sup>.

## 2. Clases de obsequios o primas

Legalmente se diferencia entre obsequios o primas conseguidos de forma automática y los obsequios o primas adquiridos mediante la participación en un sorteo o concurso (prima aleatoria)<sup>120</sup>.

A continuación analizaremos ambos supuestos

### 2.1. Los obsequios o primas adquiridos de forma automática

---

<sup>117</sup> CARRASCO PEREA, A., ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O., “Ventas con obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 550.

<sup>118</sup> CARRASCO PEREA, A., ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O., “Ventas con obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., pp. 550 y 551, por ejemplo, dejarse aparecer en foto o anuncio televisivo recogiendo el regalo.

<sup>119</sup> CARRASCO PEREA, A., ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O., “Ventas con obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit. pp. 551 y 552.

<sup>120</sup> Esta distinción entre adquisición automática o mediante la participación en un sorteo o concurso, es la que se establece en el art. 32. 1 LOCM y también en el art. 22.4 LCD.

Hay otras clasificaciones que no son incompatibles entre si ni con la anterior, en el sentido de que se pueden dar tanto en el caso de obsequios o primas automáticas como en el supuesto de obsequios o primas adquiridos mediante la participación en un sorteo o concurso.

Así, refiriéndose a las primas en sentido estricto, pero siendo válido, en alguno de los supuestos, para los obsequios o regalos propiamente dichos, se hace referencia, entre otras, a las siguientes clases de primas: a) Se diferencia entre prima simultánea y prima diferida. En la simultánea, tanto el derecho a la misma como su entrega se producen sin más con la compraventa realizada.

En la prima diferida, su entrega se realiza en un momento posterior (art. 33 LOCM), si bien el derecho a la misma puede nacer tanto en el momento de realización del contrato principal (detergente que ofrece un vaso de cristal, que se puede recoger posteriormente mediante la presentación de un vale en un determinado establecimiento) como con posterioridad.

b) Teniendo en cuenta si el objeto se entrega de forma totalmente gratuita o no, las primas pueden ser gratuitas o no (prima onerosa). Estas últimas, a su vez, se han clasificado en primas cuasi gratuitas (con una contraprestación simbólica) y primas en condiciones ventajosas de precio (bien se trate de una simple reducción de precio o se trate de una prima autoliquidante o automortizable, que es aquella en la que se ofrece un bien o servicio a precio de coste). Dentro de estas últimas primas en condiciones ventajosas de precio se ha citado, dentro de la prensa escrita, la posibilidad de adquirir películas, libros de ciertos autores etc., con la compra del diario, especialmente en domingos, a cambio de abonar un precio adicional, que resulta testimonial si se compara con el valor de la prima.

Vid. sobre estas clasificaciones, FONT GALÁN, J. I., “Aspectos jurídicos de las operaciones de ventas con primas”, cit., p. 5. VELA GARCÍA, C., “La regulación jurídica de las primas y regalos”, cit., pp. 32 a 34, 69 y 183. MARÍN LÓPEZ, J. J., “Ventas con obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., pp. 246 y 247. PORTELLANO DÍEZ, P., “Venta con Obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 258. ZURIMENDI ISLA, A., “Obsequios, primas y supuestos análogos”. “Comentario al art. 8 LCD”, cit., pp. 124 y 125.

Este tipo de adquisición de la ventaja o premio se produce, en su caso, con la mera compra, sin condicionar la hipotética ventaja o premio a la participación en un sorteo o concurso<sup>121</sup>.

Esta ventaja automática puede ser fija (se conoce el incentivo) o aleatoria pura, en cuanto no se conoce (miles de “regalos” en nuestros envases) o aleatoria determinada con las reglas de los sorteos (“regalo” seguro seleccionado al azar entre los varios ofrecidos) o determinada en función del criterio discrecional de la empresa (“regalo” sorpresa)<sup>122</sup>.

Por otro lado, esta ventaja automática puede condicionarse no a una compra sino a una sucesión de compras, de tal forma que por cada una de ellas se consigue un vale, cupón o comprobante y sólo se adquiere la ventaja cuando se reúna un número determinado<sup>123</sup>. En otras ocasiones, puede suceder que en el momento de la compra sólo se consiga un elemento de la prima, que es una cosa colectiva<sup>124</sup>.

## 2.2. Los obsequios o primas adquiridos mediante la participación en un sorteo o concurso

En este caso la hipotética, pero no segura, adquisición del obsequio o prima está condicionada a la participación en un sorteo o concurso<sup>125</sup>.

Aquí, el incentivo o ventaja adicional es el bien o servicio en que consiste el premio. El sorteo o concurso es solo el medio para su atribución<sup>126</sup>.

El sorteo es el juego cuyo resultado depende del azar<sup>127</sup>, mientras que el concurso es el juego cuyo resultado depende de los conocimientos, méritos o habilidades del participante<sup>128</sup>.

Hay sorteos o concursos de participación gratuita, que constituyen primas de un acto de compra y los hay en los que se puede exigir, además de un acto de compra o al margen de él, un desembolso por participar<sup>129</sup>.

Por otro lado, las modalidades de sorteos o concursos son muy variadas. Los hay en los que se entra a participar automáticamente por el solo hecho de adquirir el producto

---

<sup>121</sup> MASSAGUER FUENTES, J., “Comentario a los artículos 32 y 34”, cit., p. 417. ID., “Comentario a la Ley de Competencia Desleal”, cit., p. 277.

<sup>122</sup> Vid. CARRASCO PEREA, A., ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O., “Ventas con obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 552.

<sup>123</sup> VELA GARCÍA, C., “La promoción de ventas en la ley de ordenación del comercio minorista”, p. 236, señala que cuando la ley específica que la oferta puede hacerse de forma automática está queriendo contraponerla a la realizada mediante la participación en un sorteo o concurso y no se quiere referir a que la entrega del objeto tenga que ser inmediata. Continúa la autora señalando que, en consecuencia, dentro de la forma automática se estarían incluyendo también la entrega de vales, sellos o cupones cuya acumulación es la que da derecho a la entrega de la prima. MASSAGUER FUENTES, J., “Comentario a los artículos 32 y 34”, cit., p. 417. ID., “Comentario a la Ley de Competencia Desleal”, cit., pp. 277 y 281.

<sup>124</sup> MASSAGUER FUENTES, J., “Comentario a los artículos 32 y 34”, cit., p. 417.

<sup>125</sup> MASSAGUER FUENTES, J., “Comentario a los artículos 32 y 34”, cit., p. 417. ID., “Comentario a la Ley de Competencia Desleal”, cit., p. 277.

<sup>126</sup> MASSAGUER FUENTES, J., “Comentario a los artículos 32 y 34”, cit., p. 418. ID., “Comentario a la Ley de Competencia Desleal”, cit., p. 281.

<sup>127</sup> MASSAGUER FUENTES, J., “Comentario a los artículos 32 y 34”, cit., p. 418.

<sup>128</sup> MASSAGUER FUENTES, J., “Comentario a los artículos 32 y 34”, cit., p. 418.

<sup>129</sup> CARRASCO PERERA, A., ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O., “Venta con Obsequios”. “Comentario a los arts. 32 a 34 LOCM”, cit., p. 552.

mientras que en otras ocasiones se exige una actividad adicional a la compra, como el envío de un cupón o una llamada telefónica<sup>130</sup>.

Existen sorteos o concursos a los que se accede después de haber pasado otro sorteo o concurso<sup>131</sup>.

A diferencia de lo que ya hemos visto sucede en algún país europeo, la ley reconoce de modo expreso la licitud de esta técnica de promoción de ventas, con carácter general y sin excepciones<sup>132</sup>.

Por otro lado, cuando el incentivo se consiga específicamente a través de un sorteo, la ley salvaguarda la aplicación de la legislación sectorial correspondiente, que no es otra que la relativa a la organización de juegos de azar<sup>133</sup>.

#### IV. ENTREGA DEL OBSEQUIO O INCENTIVO PROMOCIONAL

1. Su regulación se contiene en el art. 33 LOCM, que recordemos, es el único precepto del capítulo donde se regulan las “Ventas con obsequio o prima”, cuya aplicación es preferente a lo dispuesto en la regulación autonómica<sup>134</sup>.
2. El legislador se refiere aquí a la entrega de primas diferidas que no son puestas en poder del consumidor en el momento de la compra, bien porque su entrega no es posible

---

<sup>130</sup> CARRASCO PERERA, A., ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O., “Venta con Obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 553.

<sup>131</sup> CARRASCO PERERA, A., ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O., “Venta con Obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 553.

<sup>132</sup> Art. 32.1 LOCM. Vid. MASSAGUER FUENTES, J., “Comentario a los artículos 32 y 34”, cit., p. 418.

<sup>133</sup> Art. 32.2 LOCM: “Cuando el incentivo consista en un sorteo, lo dispuesto en esta Ley será aplicable sin perjuicio de lo establecido en la legislación sectorial correspondiente”. Vid. Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego. Vid. PORTELLANO DÍEZ, P., “Ventas con Obsequios”. “Comentario a los arts. 32 a 34 LOCM”, cit., p. 259, señala que la normativa sectorial procede tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas”, cit., p. 259. MASSAGUER FUENTES, J., “Comentario a los artículos 32 y 34”, cit., p. 418. PALAU RAMÍREZ, F., “Sobre la compatibilidad de la normativa....”, pp. 196 y 197, analiza de forma exhaustiva la normativa de las Comunidades Autónomas y señala que las disposiciones legales analizadas prescriben que los concursos o sorteos deberán regirse conforme a las bases de los mismos, que deben constar en los envases de los artículos, a lo que algunas normas agregan que, en su defecto, deben estar acreditadas ante notario (o ante la Dirección General competente en materia de comercio o ser debidamente divulgadas, añadimos nosotros, siguiendo la normativa de algunas Comunidades Autónomas). Continúa indicando el autor, que esta normativa exige que la relación de ganadores se publique en el ámbito geográfico en que se ha desarrollado el concurso o sorteo. Finalmente señala el autor que esta normativa debe interpretarse, de acuerdo con el art. 7 de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales, en el sentido de que el suministro de la información debe hacerse atendiendo a su sustancialidad, el contexto y las limitaciones de espacio y tiempo conforme al medio de comunicación empleado.

<sup>134</sup> Disp. Final Única LOCM. Vid. MARÍN LÓPEZ, J. J., “Ventas con Obsequios”. “Comentario a los arts. 32 a 34 LOCM”, cit., p. 256, observa que después de fundamentarse la competencia exclusiva del Estado en la materia, lo cierto es que el precepto reclama la colaboración de las Comunidades Autónomas para su ejecución, al encomendarles la fijación del plazo concreto dentro del cual los comerciantes deberán entregar los premios y obsequios a los compradores. PALAU RAMÍREZ, F., “Comentario al artículo 33”, en “Régimen Jurídico General del Comercio Minorista”. “Comentarios a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista”. Coord. Francisco José Alonso Espinosa. José Antonio López Pellicer. José Massaguer Fuentes. Antonio Reverte Navarro. Madrid, 1999, p. 427. TAMAYO CARMONA, J. A., “Ofertas conjuntas, ventas con prima....”, cit., pp. 110, nota 51 y 113, nota 84.

materialmente en el acto de la compra o bien porque la prima se hace depender de un sorteo o bien porque se trata de primas acumulativas (sistema de puntos)<sup>135</sup>.

Si bien, se ha defendido que aunque el legislador quiere referirse a las “primas en sentido estricto” (esto es, a los incentivos vinculados a la compra), nada impide aplicar el supuesto de hecho de la norma a los llamados obsequios promocionales que no están vinculados a la compra de la prestación promocionada<sup>136</sup>.

3. En relación a lo anterior, el legislador señala un plazo máximo y mínimo para la entrega del obsequio o incentivo y solicitud de la prima (art. 33. 1 LOCM).

Por otro lado, se establece una obligación de canje de los objetos que formen parte de una colección (art. 33.2 LOCM)<sup>137</sup>.

4. El incumplimiento del régimen de entrega y canje de obsequios o incentivos constituye una infracción grave [art. 65.1.k) LOCM] o incluso muy grave en caso de reincidencia en la comisión (art. 66 LOCM), que acarrea la correspondiente sanción pecuniaria<sup>138</sup>, un ilícito de deslealtad concurrencial por violación de normas (art. 15.2 LCD)<sup>139</sup> o por constituir una oferta engañosa<sup>140</sup>, y concede al consumidor acción civil para exigir el cumplimiento de la obligación de entrega del obsequio o incentivo en el plazo establecido o pedir la resolución del contrato principal y la indemnización de daños y perjuicios<sup>141</sup>.

---

<sup>135</sup> CARRASCO PERERA, A., ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O., “Venta con Obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 560.

<sup>136</sup> CARRASCO PERERA, A., ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O., “Venta con Obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 560, porque aunque aquí no cabe hablar de “comprador”, de “reunir requisitos” ni de “envases”, cabe prometer un regalo promocional por asistir a la presentación de un producto o servicio y resultar que el regalo es de entrega diferida.

<sup>137</sup> PALAU RAMÍREZ, F., “Comentario al art. 33. Entrega de obsequios”, en “Régimen Jurídico General del Comercio Minorista”, cit., p. 426.

<sup>138</sup> Art. 68.1 y 2 LOCM. Vid. VELA GARCÍA, C., “La promoción de ventas en la ley de ordenación del comercio minorista”, cit., p. 239, considera que de acuerdo con el art. 63.2 LOCM, si hay expediente por infracción a la LCD, se suspendería el iniciado por infracción a la LOCM. SÁNCHEZ BARRIOS, J. L., “Artículo 22. Prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas”, cit., p. 676.

<sup>139</sup> CARRASCO PERERA, A., ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O., “Venta con Obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 559, señalan que el incumplimiento por parte del comerciante de las obligaciones que establece el art. 33 LOCM constituye competencia desleal frente al resto de los competidores. PALAU RAMÍREZ, F., “Comentario al art. 33. Entrega de obsequios”, en “Régimen Jurídico General del Comercio Minorista”, cit., p. 426.

<sup>140</sup> MARÍN LÓPEZ, J.J., “Ventas con obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 259, entiende que la conducta puede ser perseguida por el art. 19.3 LOCM y por publicidad engañosa en base a la LGP. PORTELLANO DÍEZ, P., “Venta con Obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM...”, cit. p. 260, considera que en el caso de que el comprador no reciba el obsequio o no reciba el que debía esperar de acuerdo con la oferta realizada, se considerará oferta engañosa (art. 19. 3 LOCM).

<sup>141</sup> Trata de los efectos civiles de la falta de entrega del “regalo”, la SAP de Asturias (Sección 5ª) de 21 de abril de 2008, la SAP de Madrid (Sección 9ª) de 5 de noviembre de 2010 y la SAP de Madrid (Sección 18ª) de 24 de noviembre de 2010. FONT GALÁN, J. I., “Aspectos jurídicos de las operaciones de ventas con primas”, cit., p. 13. MARÍN LÓPEZ, J. J., “Ventas con obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 259. CARRASCO PERERA, A., ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O., “Venta con Obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 558, señalan que como se trata de una obligación jurídica privada fundada en el contrato de compraventa, el comprador puede hacer uso además, del resto de los remedios contractuales (resolución del contrato, daños moratorios, etc.). PORTELLANO DÍEZ, P., “Venta con Obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 260, indica que el comprador dispone de una acción civil al asimilarse al beneficiario de una oferta pública de recompensa (Ss. AP de Madrid de 8 de febrero de 1993, Actualidad Civil, 1993, marginal 79; de Ciudad Real de 12 de junio de 1993, Actualidad Civil, 1993, marginal 1413 y de la Coruña de 22 de septiembre de 1996, La Ley, 12 de diciembre 1995, pp. 5 y 7). PALAU RAMÍREZ, F., “Comentario al art. 33. Entrega de obsequios”, en “Régimen Jurídico General del Comercio Minorista”, cit., p. 426, señala que se trata de una normativa jurídico-pública que lógicamente no impide la aplicación de la normativa jurídico-privada para solicitar la entrega del obsequio o incentivo. En este sentido, el autor

5. Finalmente, hay que recordar que, como el resto de la LOCM, la regulación de esta modalidad promocional sólo se aplica cuando la venta ha sido realizada a un comprador que es destinatario final<sup>142</sup>.

#### 1. Solicitud de la prima

1. Con carácter general el comerciante podrá fijar libremente en la oferta el plazo durante el cual el consumidor podrá solicitar la entrega de la prima. A falta de fijación de un plazo, el consumidor podrá solicitar la entrega de la prima durante un plazo razonable posterior a la retirada de la oferta<sup>143</sup>.

2. Sin embargo, el comerciante no podrá fijar libremente en la oferta el plazo de solicitud de la prima si el ofrecimiento se ha hecho en los envases de los correspondientes productos. Para este supuesto, el art. 33.1 LOCM señala lo siguiente: “Cuando el ofrecimiento se haya hecho en los envases de los correspondientes productos, el derecho a obtener la prima ofrecida podrá ejercerse, como mínimo, durante los tres meses siguientes a la fecha de caducidad de la promoción”.

En este caso se puede solicitar la entrega de la prima, como mínimo, durante los tres meses siguientes a la fecha de caducidad de la promoción. Se trata de un plazo mínimo que el comerciante puede ampliar<sup>144</sup> y también las CCAA<sup>145</sup>.

3. Se entiende que este plazo mínimo excede del tiempo razonable y que solo se justificaría si las condiciones de la oferta exigen que la solicitud se acompañe del envase o de una parte del mismo, pues así se evita que el consumidor se vea obligado a consumir o usar la mercancía rápidamente para poder solicitar la prima<sup>146</sup>.

4. Por otro lado, este plazo mínimo se empieza a contar desde la fecha de caducidad de la promoción, mientras existan a disposición del público bienes envasados en los que se

---

indica que en el ámbito de la normativa jurídico-privada el consumidor cuenta con acciones basadas en el Derecho civil para reclamar la prima diferida, dada la similitud entre la oferta al público de un premio y la oferta pública de recompensa que siempre ha sido admitida como fuente de obligaciones. Por otra parte, se alude a la posibilidad de reclamar la entrega del premio o, en su caso, la reparación de los daños y perjuicios causados por incumplimiento, en base al art. 8. 2 LGDCU de 19 de julio de 1984 que disponía que el contenido de la oferta, promoción o publicidad se integraba en los contratos. DÍAZ ALABART, S., “Dos cuestiones en torno a la protección del consumidor en la compraventa de productos de consumo: la garantía del producto sustituto y la del producto que se obsequia con la compra de otros”, *Aranzadi Civil*, 2008, II, pp. 2372 a 2376.

<sup>142</sup> Art. 1.2 LOCM. Vid. CARRASCO PERERA, A., ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O., “Venta con Obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 560, señalan que la oferta de la prima no necesariamente tiene que haber sido hecha por el minorista y puede haberla hecho el fabricante, incluso de bienes o servicios no fabricados por él ni pertenecientes a su giro empresarial. En relación a esto último, ponen como ejemplo el supuesto en que el minorista vende una caja de cereales en cuyo envase promete el fabricante que entregará un vehículo a quién resulte ganador del sorteo.

<sup>143</sup> PALAU RAMÍREZ, F., “Comentario al art. 33 LOCM”, en “Régimen Jurídico General del Comercio Minorista”, cit., p. 427.

<sup>144</sup> PALAU RAMÍREZ, F., “Comentario al art. 33 LOCM”, en “Régimen Jurídico General del Comercio Minorista”, cit., p. 427.

<sup>145</sup> CARRASCO PERERA, A., ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O., “Venta con Obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 562. Parece que en sentido contrario MARÍN LÓPEZ, J. J., “Ventas con obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, p. 257, considera que al no haber aquí remisión a las Comunidades Autónomas, éstas no pueden fijar un tope máximo, partiendo de ese plazo mínimo.

<sup>146</sup> PORTELLANO DÍEZ, P., “Venta con Obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 262, señala que ese plazo de tres meses solo tiene sentido si el oferente del obsequio establece como requisito que la solicitud se acompañe del envase o una parte del mismo, como por ejemplo un tapón. Si el acompañamiento del envase o de una de sus partes no acelera su consumo (ej.: una etiqueta de papel que se desprende con facilidad), no entraría en juego la norma. PALAU RAMÍREZ, F., “Comentario al art. 33 LOCM”, en “Régimen Jurídico General del Comercio Minorista”, cit., p. 427.

contiene la promoción<sup>147</sup>. La contabilización de este plazo de tres meses será fácil de realizar cuando la vigencia de la promoción viene referido a un término fijo (“campana válida hasta el 15 de diciembre”) y más complicado cuando la caducidad se fija en función de cualquier otro acontecimiento (“esta promoción se mantendrá vigente hasta el agotamiento de las existencias”)<sup>148</sup>.

5. Si el promotor ofrece al consumidor nuevas unidades de producto con el envase referido a una promoción ya caducada (viajes gratis a los JJOO de Atlanta), realiza publicidad engañosa, aunque en el propio envase se indique la fecha de caducidad<sup>149</sup>.

## 2. Entrega del obsequio o incentivo promocional

1. Para este supuesto, el art. 33.1 LOCM señala lo siguiente: “Los bienes o servicios en que consistan los obsequios o incentivos promocionales deberán entregarse a los compradores en el plazo máximo que determinarán las Comunidades Autónomas, sin que pueda exceder de tres meses, a contar desde el momento en que el comprador reúna los requisitos exigidos”.

Lógicamente, este precepto solo es de aplicación en el caso de obsequios o incentivos cuya entrega se difiere en el tiempo a un momento posterior a aquel en el que nace el derecho<sup>150</sup>.

2. El precepto establece el plazo en el que los bienes o servicios en que consisten los obsequios o incentivos, deberán entregarse a los compradores.

Hay aquí algunas incorrecciones terminológicas que ya se han destacado. En este sentido se habla de entrega de los bienes o servicios en que consisten los obsequios o incentivos. Se puede hablar de entrega de bienes pero no de servicios. Para estos últimos, lo correcto es hablar de prestación de servicios<sup>151</sup>.

3. El obligado a la entrega es el autor material de la oferta promocional, esto es, “la empresa responsable de la oferta”, tal como señala el art. 33.2 LOCM. En este sentido, puede ser el propio fabricante o el comerciante. No es el obligado a la entrega el fabricante del bien en que consiste el obsequio o incentivo si no fue él quién realizó la promoción del producto<sup>152</sup>.

4. Por otro lado, la entrega de los obsequios o incentivos deberá a hacerse a los compradores. Por comprador hay que entender el destinatario o consumidor final, ya que la norma no se aplica a los intermediarios de la distribución<sup>153</sup>.

5. En relación a la entrega de bienes, debe entenderse la puesta a disposición del comprador<sup>154</sup>, sin que basten las formas de tradición instrumental o simbólica de los

---

<sup>147</sup> CARRASCO PEREA, A., ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O., “Venta con Obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 562.

<sup>148</sup> PORTELLANO DÍEZ, P., “Venta con Obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., pp. 261 y 262.

<sup>149</sup> CARRASCO PEREA, A., ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O., “Venta con Obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., pp. 562 y 563.

<sup>150</sup> ZURIMENDI ISLA, A., “Obsequios, primas y supuestos análogos”, cit., p. 124.

<sup>151</sup> CARRASCO PEREA, A., ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O., “Venta con Obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 561. PALAU RAMÍREZ, F., “Comentario al art. 33 LOCM”, en “Régimen Jurídico General del Comercio Minorista”, cit., p. 427.

<sup>152</sup> CARRASCO PEREA, A., ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O., “Venta con Obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 560.

<sup>153</sup> PALAU RAMÍREZ, F., “Comentario al art. 33 LOCM”, en “Régimen Jurídico General del Comercio Minorista”, cit., p. 428.

<sup>154</sup> PORTELLANO DÍEZ, P., “Ventas con Obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 263, señala este autor que aunque la ley habla de entrega, lo que quiere decir es que el oferente, dentro



arts. 1462 a 1464 C.c., si con ellas el comprador no consigue la disposición física efectiva de los bienes en que consiste el obsequio o incentivo<sup>155</sup>.

6. Se establece un plazo máximo de tres meses desde que se generó el derecho<sup>156</sup> para que el comerciante ponga a disposición la prima, si bien las Comunidades Autónomas pueden fijar un plazo inferior<sup>157</sup> y, por supuesto, también el oferente puede abreviar ese plazo de tres meses<sup>158</sup>.

Señala el precepto que este plazo se empezará a contar (“dies a quo”) desde que el comprador reúna los requisitos exigidos (esto es, desde que, como decíamos más arriba, se generó el derecho<sup>159</sup>), que variarán en función del tipo de prima de que se trate<sup>160</sup>, si bien en los casos en que medie solicitud, la fecha a tener en cuenta es aquella en la que el oferente de la prima reciba la solicitud<sup>161</sup>.

---

del plazo fijado, ha de realizar los actos necesarios para que el comprador pueda tomar posesión del obsequio y por ello su obligación queda satisfecha con la puesta a disposición del regalo en el lugar estipulado.

<sup>155</sup> CARRASCO PERERA, A., ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O., “Venta con Obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 561, señalan además que el alcance de la obligación de poner a disposición se determina en función de criterios de razonabilidad. En este sentido indican que no es lo mismo un objeto de escaso valor, que además puede suministrar el propio comerciante minorista, que un bien no susceptible de remisión postal o que es suministrado por un tercero distinto del comerciante o fabricante, como la prima consistente en el sorteo de un automóvil. En estos casos es razonable poner a cargo del comprador el coste de recoger el obsequio en el establecimiento mercantil de quien ofreció la prima o de un tercero.

<sup>156</sup> ZURIMENDI ISLA, A., “Obsequios, primas y supuestos análogos”, cit., p. 124.

<sup>157</sup> En la mayor parte de las Comunidades Autónomas rige ese plazo máximo de tres meses, sin embargo en algunas de ellas se ha fijado un plazo inferior de dos meses. Valga como ejemplo de esto último el art. 46. 2 de la Ley 3/2005, de Ordenación de la actividad comercial y las actividades feriales en la Comunidad Autónoma de la Rioja: “Los bienes o servicios en que consistan los objetos o incentivos promocionales deberán entregarse al comprador en el momento de la compra, o bien, en un plazo máximo de dos meses, a contar desde que el comprador reúna los requisitos exigidos”. MARÍN LÓPEZ, J. J., “Ventas con obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 256. PORTELLANO DÍEZ, P., “Ventas con Obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 263, señala que esta posibilidad ha suscitado críticas porque la falta de la homogeneidad en los plazos puede entorpecer las estrategias globales de la publicidad en especie. CARRASCO PERERA, A., ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O., “Venta con Obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 560, consideran que la ley se refiere aquí a la entrega de primas diferidas, que no son puestas en poder del consumidor en el momento de la compra, bien porque su entrega no es posible materialmente en el acto de la compra, bien porque la prima se hace depender de un sorteo o bien porque se trata de primas acumulativas (sistema de puntos). PALAU RAMÍREZ, F., “Comentario al art. 33 LOCM”, en “Régimen Jurídico General del Comercio Minorista”, cit., p. 428.

<sup>158</sup> MARÍN LÓPEZ, J. J., “Ventas con obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 257. PORTELLANO DÍEZ, P., “Ventas con Obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 263.

<sup>159</sup> ZURIMENDI ISLA, A., “Obsequios, primas y supuestos análogos”, cit., p. 124.

<sup>160</sup> MARÍN LÓPEZ, J. J., “Ventas con obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 257.

<sup>161</sup> PALAU RAMÍREZ, F., “Comentario al art. 33 LOCM”, en “Régimen Jurídico General del Comercio Minorista”, cit., p. 428. PORTELLANO DÍEZ, P., “Ventas con Obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 263. CARRASCO PERERA, A., ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O., “Venta con Obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 561, señalan que a pesar de que en el precepto se nos dice que el “dies a quo” del plazo comienza a contar desde que el comprador reúna los requisitos exigidos, con más propiedad debe entenderse que este plazo cuenta desde que el comprador se dirigió al promotor notificándole que reúne los requisitos, siempre que el promotor no esté en disposición de apreciar este hecho por sí mismo. Indican también que nada impide que el autor de la promoción establezca discrecionalmente cuales son los requisitos en cuestión y cómo de largo sea el tiempo máximo que deba emplearse en reunirlos.

Si se incumple este plazo de entrega, estaríamos ante un ilícito de comercio que, además, constituirá un acto de competencia desleal por violación de normas<sup>162</sup>

### 3. Derecho de canje cuando el obsequio o incentivo ofrecido forme parte de un conjunto o colección

1. El art. 33.2 LOCM señala lo siguiente: “En el caso de que los obsequios ofrecidos formen parte de un conjunto o colección, la empresa responsable de la oferta estará obligada a canjear cualquiera de aquéllos por otro distinto, a no ser que en la oferta pública del incentivo se haya establecido otro procedimiento para obtener las diferentes piezas de la colección”.

2. La norma se aplica a conjuntos o colecciones, entendiendo por tal un conjunto de elementos cuyo valor total es distinto de la simple suma de sus componentes. No existe colección a efectos del derecho de canje cuando se dan varias piezas idénticas, salvo que sean de diferentes colores o posean otro rasgo diferencial entre sí<sup>163</sup>.

3. Esta norma pretende proteger los intereses de los consumidores en esta modalidad de prima diferida como es la colección, teniendo en cuenta que en estos casos el valor económico de la prima no equivale siempre a la suma de los distintos objetos que la componen y que frecuentemente los distintos objetos de la colección carecen de valor por sí solos<sup>164</sup>.

Como medio de evitar la práctica de ofrecer colecciones en las que no todos los componentes tienen las mismas posibilidades de salir, con la consecuencia de que se incentiva al comprador a seguir adquiriendo con el solo fin de completar la colección<sup>165</sup>, se protege a los consumidores, imponiendo una obligación de canje de los distintos obsequios o incentivos, para que de esta forma se puedan ir consiguiendo las distintas piezas de la colección<sup>166</sup>.

4. La norma no se aplica si en la oferta pública el comerciante ha previsto otro procedimiento para obtener todas las diferentes piezas de la colección. Ahora bien, recaerá el reproche de deslealtad, si este otro procedimiento establece condiciones

---

<sup>162</sup> PALAU RAMÍREZ, F., “Comentario al art. 33 LOCM”, en “Régimen Jurídico General del Comercio Minorista”, cit. p. 428, señala que el cumplimiento del plazo no descarta que la oferta constituya un acto de competencia desleal por engañosa.

<sup>163</sup> CARRASCO PERERA, A., ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O., “Venta con obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 564.

<sup>164</sup> PORTELLANO DÍEZ, P., “Ventas con Obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 264. PALAU RAMÍREZ, F., “Comentario al art. 33 LOCM”, en “Régimen Jurídico General del Comercio Minorista”, cit., p. 429.

<sup>165</sup> En definitiva, se trata de evitar lo que ya había denunciado VELA GARCÍA, C., “La regulación jurídica de las primas y regalos”, cit., p. 290, que el organizador no distribuyera todos los elementos de la colección proporcionalmente, sin advertírsele a los consumidores. CARRASCO PERERA, A., ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O., “Venta con obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 563, señalan que la norma se aplica incluso al supuesto en que la posibilidad estadística de salir sea igual para los distintos componentes de la colección.

<sup>166</sup> VELA GARCÍA, C., “La promoción de ventas en la ley de ordenación del comercio minorista”, cit., pp. 227 y 228, distingue entre colecciones cerradas y colecciones abiertas. La colección cerrada es aquella a la que se refiere el art. 33.2 LOCM y consiste en obtener un número determinado de piezas concretas al azar que no pueden sustituirse por otras, por lo que para asegurar que se pueden conseguir todas las piezas de la colección es necesario establecer, como hace el precepto, un procedimiento de canje. Por el contrario, en la colección abierta, el consumidor siempre puede escoger la pieza que desee y, por tanto, no es necesario establecer ningún procedimiento de canje. PALAU RAMÍREZ, F., “Comentario al art. 33 LOCM”, en “Régimen Jurídico General del Comercio Minorista”, cit., p. 429.

arbitrarias o no se informa suficientemente sobre esas condiciones, sobre todo si resulta muy difícil conseguir todas las piezas de la colección<sup>167</sup>.

5. En cuanto al ejercicio del derecho de canje, no se establece ningún plazo dentro del cual el consumidor haya de hacer la solicitud, por lo que doctrinalmente hay discrepancias al respecto<sup>168</sup>.

Tampoco se establece ningún plazo para que el oferente envíe el ulterior obsequio o incentivo al consumidor, si bien se entiende que rige el plazo de tres meses (o el inferior fijado por las CCAA), desde la comunicación, del que dispone el oferente, con carácter general, para la entrega de la prima diferida<sup>169</sup>.

6. De la misma forma, no se contempla quién ha de correr con los gastos de transporte que se producen como consecuencia del canje. Se ha señalado que al tratarse de un “regalo” parece que habrá de soportarlos el oferente<sup>170</sup>.

7. En una valoración final de este procedimiento de canje habría que señalar lo siguiente. Se requiere que cada vez que el comprador recibe un obsequio, pueda solicitar al oferente el cambio por otro que forme parte del mismo conjunto o colección. Pues bien, se ha entendido que este procedimiento es engorroso, lento y caro y esto llevará a un decrecimiento de las promociones que ofrezcan obsequios o incentivos que forman parte de un conjunto o colección, señalándose que un procedimiento contractual que podría atenuar este impacto sería que el oferente atribuyera directamente la facultad de elección al comprador, advirtiéndole que, en caso de no hacerlo, se le enviaría el obsequio o incentivo que se estimase oportuno<sup>171</sup>.

#### 4. Conducta desleal por entrega no conforme

---

<sup>167</sup> PALAU RAMÍREZ, F., “Comentario al art. 33 LOCM. Entrega de los obsequios”, en “Régimen Jurídico General del Comercio Minorista”, cit., p. 429. Ya anteriormente CARRASCO PERERA, A., ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O., “Venta con Obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., pp. 563 y 564, señalan que ese otro procedimiento no deberá ser más gravoso para el comprador que el ideado por el legislador. Desde luego, el otro procedimiento no puede ser el procedimiento de seguir comprando hasta que se encuentre la pieza que falta y tampoco puede instrumentarse un procedimiento que exija la entrega de un número irrazonablemente elevado de piezas repetidas con objeto de procurarse la que falta, o un número no justificado de códigos de barras del producto o una cantidad de dinero que exceda ostensiblemente del coste que al empresario le supondrá el canje.

<sup>168</sup> CARRASCO PERERA, A., ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O., “Venta con obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 564, señalan que el derecho de canje tendrá que ejercitarse mientras dura la promoción, si bien debe regir aquí por analogía el plazo suplementario de tres meses a que se refiere el art. 33. 1 LOCM. PORTELLANO DÍEZ, P., “Ventas con Obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 264, entiende que el comprador debe manifestar de inmediato si acepta o rechaza el regalo y se decanta por otro. PALAU RAMÍREZ, F., “Comentario al art. 33 LOCM. Entrega de los obsequios”, en “Régimen Jurídico General del Comercio Minorista”, cit., p. 429, considera que hay que atender a criterios de racionalidad.

<sup>169</sup> PORTELLANO DÍEZ, P., “Ventas con Obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 265. PALAU RAMÍREZ, F., “Comentario al art. 33 LOCM. Entrega de los obsequios”, en “Régimen Jurídico General del Comercio Minorista”, cit., p. 429.

<sup>170</sup> PORTELLANO DÍEZ, P., “Ventas con Obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 265.

<sup>171</sup> PORTELLANO DÍEZ, P., “Ventas con Obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 265, señala el autor que estos inconvenientes harán que se utilicen sistemas diferentes para obtener cada una de las diferentes piezas de la colección.

Una objeción distinta se recoge en PALAU RAMÍREZ, F., “Sobre la compatibilidad de la normativa...”, cit., p. 198, al señalar que el derecho a canjear los productos cuando pertenecen a un conjunto, excede de los máximos de la Directiva sobre prácticas comerciales, puesto que en la cláusula 19 del Anexo I, la conducta reprochada es la falta de entrega del premio o algo razonablemente equivalente.

Señala el art. 19.3 LOCM: “Se considerará engañosa la oferta de productos con premio o regalo, cuando el consumidor no reciba real y efectivamente lo que razonablemente cabía esperar de acuerdo con la oferta realizada”. Se trata de un precepto fuera de lugar, que debe ser suprimido porque su supuesto de hecho ya queda cubierto por los arts. 22.4 y 22. 6 de la LCD, que supusieron la incorporación de las cláusulas 19 y 31 de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales<sup>172</sup>. Al contenido de estos preceptos nos referiremos más adelante.

## V. LAS VENTAS CON OBSEQUIO O PRIMA CONSTITUTIVAS DE PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES

En este capítulo examinaremos, en primer lugar, la normativa comunitaria para pasar a continuación al estudio del Derecho español, tanto del derecho ya previgente como del derecho vigente contenido en la LCD.

1. La Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores.

1. Se trata de una Directiva de máximos o de armonización plena, lo que significa que los ordenamientos nacionales no pueden establecer normas más estrictas que las contenidas en la Directiva<sup>173</sup>, incluso cuando pretendan conseguir una mayor protección de los consumidores<sup>174</sup>.

No obstante lo anterior, los Estados miembros disponen de un plazo de 6 años para aplicar su normativa más restrictiva o exigente, siempre que la protección frente a las prácticas comerciales fuese dictada para incorporar una Directiva de mínimos y fuese indispensable, adecuada y proporcional para la protección de los intereses de los consumidores<sup>175</sup>.

---

<sup>172</sup> MASSAGUER, J., (con la colaboración de F. MARCOS y A. SUÑOL): “La transposición al Derecho Español de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales”. “Informe del Grupo de Trabajo constituido en el seno la Asociación Española de Defensa de la Competencia”, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 2006, nº 2013, Año 60, p. 1959, consideran que este artículo debe ser suprimido porque introduce una norma que se solapa con lo previsto en la Directiva sobre prácticas comerciales desleales, que incluye en las cláusulas 19 y 31 dos previsiones más concretas sobre el particular. Ya anteriormente PALAU RAMÍREZ, F., “Comentario a los artículos 18 a 21 LOCM”, en “Régimen Jurídico General del Comercio Minorista”, cit., p. 295, consideraba que este precepto reprocha como ilícito de comercio la inducción a error al consumidor sobre las ventajas que esperaba recibir en una oferta con prima o regalo. Concluía este autor señalando que se configura un ilícito de comercio estructuralmente muy próximo a un ilícito de deslealtad.

<sup>173</sup> GONZÁLEZ VAQUÉ, L., “La Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales en materia de protección de los consumidores (entre el objetivo de una armonización total y el enfoque de plena armonización)”, Derecho de los Negocios, 181, 2005, p. 44. MASSAGUER, J., “El nuevo derecho contra la competencia desleal”. “La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales”, cit., pp. 48 y 50.

MASSAGUER, J., (con la colaboración de F. MARCO y A. SUÑOL), “La transposición al Derecho español de la Directiva...”, cit., p. 1929.

<sup>174</sup> SÁNCHEZ BARRIOS, J. L., « Artículo 22. Prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas », cit., p. 623. GRALL, J. Ch., CAMILLERI, É., “Une interdiction de principe des loteries est contraire au droit communautaire », cit., p. 38.

<sup>175</sup> Art. 3.5 de la Directiva: “Durante un periodo de seis años a partir del 12 de junio de 2007, los Estados miembros podrán seguir aplicando, dentro del ámbito objeto de la aproximación que realiza la Directiva, disposiciones nacionales más exigentes o más restrictivas que las que ésta contiene y que tengan por objeto la aplicación de las Directivas que contienen cláusulas mínimas de armonización. Las

Por otro lado hay que tener en cuenta que la Directiva sobre prácticas comerciales desleales de 2005, sólo protege los intereses económicos de los consumidores. Lo anterior significa que los Estados miembros pueden establecer medidas más restrictivas que las previstas en la Directiva si lo que se pretende proteger son bienes jurídicos distintos a los intereses económicos de los consumidores o intereses distintos de los consumidores<sup>176</sup>.

2. El Anexo I de la Directiva se refiere a las “Prácticas comerciales que se consideran desleales en cualquier circunstancia”<sup>177</sup>.

Dentro de este Anexo hay cláusulas que se refieren a “prácticas comerciales engañosas” y otras cláusulas que se refieren a “prácticas comerciales agresivas”.

a) Se señala en la cláusula 16 que es una práctica comercial engañosa “Alegar que los productos pueden facilitar la obtención de premios en juegos de azar”. Se ha entendido, que en este caso no resulta sencillo detectar el componente de engaño, si bien pudiera ser reprochada por su aptitud para ejercer una presión de compra<sup>178</sup>.

b) La cláusula 19 considera una práctica comercial engañosa “Afirmar en una práctica comercial que se ofrece un concurso o premios de promoción sin conceder los premios descritos ni algo razonablemente equivalente”

c) La cláusula 20 señala que es una práctica comercial engañosa “Describir un producto como “gratuito”, “regalo”, “sin gastos” o cualquier fórmula equivalente si el consumidor tiene que abonar dinero por cualquier concepto distinto del coste inevitable de la respuesta a la práctica comercial y la recogida del producto o del pago por la entrega de éste”.

d) Finalmente, la cláusula 31 considera que es una práctica comercial agresiva “Crear la impresión falsa de que el consumidor ha ganado ya, ganará, o conseguirá si realiza un acto determinado, un premio o cualquier otra ventaja equivalente, cuando en realidad: - no existe tal premio o ventaja equivalente, o – la realización de una acción relacionada con la obtención del premio o ventaja equivalente está sujeta a la obligación, por parte del consumidor, de efectuar un pago o incurrir en un gasto”. La Directiva cataloga esta

---

mencionadas disposiciones nacionales deberán ser indispensables para que los consumidores estén adecuadamente protegidos de las prácticas comerciales desleales y habrán de ser proporcionadas a este objetivo. La revisión a que se refiere el art. 18 podrá, si se considera apropiado, incluir una propuesta para prolongar esta excepción por un periodo limitado de tiempo.”. Vid. MASSAGUER, J., “El nuevo derecho contra la competencia desleal”, cit., pp. 51 y 52. TAMAYO CARMONA, J. A., “Ofertas conjuntas, ventas con prima....”, cit., p. 106.

<sup>176</sup> TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO- CALERO, P., HERRERA PETRUS, C., “La reforma de la ley de competencia desleal”, cit., p. 51.

<sup>177</sup> Considerando 17 del Preámbulo y art. 5.5 de la Directiva. GONZÁLEZ VAQUÉ, L., “La Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales....”, cit., p. 50, entiende que las prácticas del Anexo I son las únicas que pueden considerarse desleales sin necesidad de un examen pormenorizado de que se dan en cada caso los supuestos contemplados en los arts. 5 a 9 de la Directiva. MASSAGUER, J., “El nuevo derecho contra la competencia desleal”, cit., pp. 119 y 139, señala que el encuadramiento de una determinada práctica comercial entre las de la lista negra requiere en no pocos casos de la realización de juicios valorativos (“crear la impresión”, “esté justificado”, “que no puedan razonablemente considerarse”) que impiden formular mecánicamente el reproche de deslealtad. NEWMAN RODRIGUEZ, S., “Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales: La protección de los consumidores en Europa”, Derecho: Revista jurídica da Universidade de Santiago de Compostela, Vol. 18, nº 2, 2009, pp. 96, 97 y 112. TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., HERRERA PETRUS, Chr., “La reforma de la ley de competencia desleal”, cit., p. 148. TAMAYO CARMONA, J. A., “Ofertas conjuntas, ventas con prima....”, cit., p.105, considera que las conductas que se enumeran en el Anexo I, se considerarán desleales y prohibidas en todo caso.

<sup>178</sup> MASSAGUER, J., “El nuevo derecho contra la competencia desleal”, cit., pp. 121 y 122. NEWMAN RODRIGUEZ, S., “Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales”, cit., p. 97.

práctica comercial como agresiva, cuando en realidad tenía que haberla encuadrado dentro de las prácticas comerciales engañosas<sup>179</sup>.

## 2. Derecho español

La LOCM realiza en este punto la conexión con la normativa sobre competencia desleal en los siguientes dos preceptos.

Con carácter general señala el art. 32.3 LOCM que “Las ventas con obsequio o prima se reputan desleales en los supuestos previstos en la Ley de Competencia Desleal”.

Más en concreto, en el art. 19.3 LOCM, cuyo contenido volvemos a recordar: “Se considerará engañosa la oferta de productos con premio o regalo, cuando el consumidor no reciba real y efectivamente lo que razonablemente cabía esperar de acuerdo con la oferta realizada”<sup>180</sup>.

Estos dos preceptos nos están indicando que el estudio completo de las ventas con obsequio o prima requiere examinar el tratamiento que a dichas ventas da la LCD.

Como ya apuntamos más arriba, vamos a analizar, en primer lugar, el derecho previgente y, a continuación, el derecho vigente contenido en la LCD.

### 2.1. Ley de Competencia Desleal de 1991

Antes de examinar la normativa actual, tenemos que referirnos al antiguo art. 8 de la LCD de 1991, que era el vigente antes de que dicha ley fuera modificada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios<sup>181</sup>.

En este precepto se recogían tres prácticas desleales distintas realizadas por el fabricante, distribuidor mayorista o distribuidor minorista al consumidor o destinatario final, que obstaculizaban la formación de su libre voluntad de contratar, provocando adquisiciones no necesitadas, eliminando la búsqueda de información o entorpeciendo su adecuada evaluación, en particular la comparación con ofertas alternativas<sup>182</sup>.

A continuación examinamos esos tres supuestos.

---

<sup>179</sup> SÁNCHEZ BARRIOS, J. L., “Artículo 22. Prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas », cit. p. 622.

<sup>180</sup> DIAZ ALABART, S., “Comentario a los artículos 19 a 21 LOCM”, cit., pp. 382 a 384, encuadra este precepto en el tema de la publicidad engañosa, con examen de la importante sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora de 29 de julio de 1991. LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M., “Título II. Actividades de promoción de ventas”, cit., p. 166, igualmente señala que la norma sanciona la publicidad engañosa, prohibiendo que el regalo o prima no se corresponda con el ofertado (principio de veracidad).

<sup>181</sup> “Art. 8º. Obsequios, primas y supuestos análogos.- 1. La entrega de obsequios con fines publicitarios y prácticas comerciales análogas se reputarán desleales cuando, por las circunstancias en que se realicen, pongan al consumidor en el compromiso de contratar la prestación principal. 2. La oferta de cualquier clase de ventaja o prima para el caso de que se contrate la prestación principal se reputará desleal cuando induzca o pueda inducir al consumidor a error acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento, o cuando le dificulte gravemente la apreciación del valor efectivo de la oferta o su comparación con ofertas alternativas. Estas últimas circunstancias se presumirán verificadas cuando el coste efectivo de la ventaja exceda del 15 por 100 del precio de la prestación principal. 3. La subordinación de la conclusión de un contrato a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guarden relación con el objeto de tal contrato se reputará desleal cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el apartado anterior”. MASSAGUER, J. (con la colaboración de F. MARCOS y A. SUÑOL), “La transposición al Derecho Español de la Directiva...”, cit. p. 1959, ya advertían que este art. 8 debía ser suprimido.

<sup>182</sup> MASSAGUER, J., “Comentario a la Ley de Competencia Desleal”, cit., pp. 270 y 271, destaca que la LCD solo ha considerado agresión desleal a través de obsequios, primas y supuestos análogos, la

1. En primer lugar, se reputa desleal la entrega de obsequios<sup>183</sup> con fines publicitarios y prácticas comerciales análogas cuando, por las circunstancias en que se realicen, pongan al consumidor en el compromiso de contratar la prestación principal<sup>184</sup>.

a) En este caso, el obsequio se hace con fines publicitarios<sup>185</sup> y se desvincula de la contratación que posteriormente pueda realizarse, si bien, lógicamente, su finalidad última no es otra que el consumidor realice la compra del bien o acepte el servicio promocionado<sup>186</sup>.

b) Esta publicidad con regalo no se consideraba un acto de competencia desleal por sí sino únicamente cuando pone al consumidor en el compromiso de contratar la prestación promocionada

---

realizada a los intereses de los consumidores y no a los intereses de los competidores. MASSAGUER FUENTES, J., “Publicidad con regalo y venta con prima”, cit., p. 5381, señalaba que la publicidad en especie no es un acto de competencia desleal “in re ipsa” y que por eso el antiguo art. 8 LCD reconoce “prima facie” la licitud de esta técnica de promoción de ventas.

<sup>183</sup> En estos momentos, se hacía equiparable el término “obsequio”, al término “regalo”. Así en SÁNCHEZ BARRIOS, J. L., “Artículo 22. Prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas”, cit., p. 672.

<sup>184</sup> Vid. el antiguo art. 8.1 LCD. Antes de proseguir, considero necesario exponer los grupos de casos de la mano de MASSAGUER, J., “Comentario a la Ley de Competencia Desleal”, cit., pp. 273 y 274 a 276. El autor examina los grupos de casos de obsequios o regalos publicitarios más significativos (casos que, por otro lado, también pueden darse en el supuesto de la venta con prima, que examinaremos más adelante): a) en primer lugar se refiere al transporte gratuito al establecimiento, en sus diversas y graduables formas (RTDC 26-X-1987, exp. 229/87 “Unión de Comerciantes de la Comarca el Candal c. Alcampo, S. A.). El autor señala que esta clase de obsequios, como regla general, no parece objetable. Lo será si el consumidor queda expuesto a presiones con las que no podía contar. Como sucede cuando no se garantiza el anonimato al cliente, se controla la entrada al establecimiento o, posteriormente, la compra efectuada. Pero para que todo ello desemboque en un compromiso de compra desleal es necesario que la oferta no informe de forma clara y evidente. b) En segundo lugar, se hace referencia a la prestación gratuita de servicios de revisión y de mantenimiento, como la revisión gratuita de un automóvil. Según el autor esto manipula el contacto entre oferente y cliente pudiendo llevarle a situaciones de obvia presión psicológica que le induzcan a contratar la reparación de la avería por razones de gratitud o falso sentido de la equidad, sin valorar adecuadamente la necesidad que tiene de ella ni las ofertas alternativas. c) En tercer lugar, se refiere el autor a la entrega de muestras o regalos publicitarios concedidos para dar a conocer una prestación. Considera el autor que las muestras no presentan en general conductas de deslealtad en cuanto a modalidad de publicidad en especie. Los problemas surgen cuando pasen de tener una finalidad publicitaria a tener finalidad predatoria, si tienen por objeto impedir que un nuevo competidor pueda entrar o afianzarse en el mercado o lanzar o afianzar un producto o servicio en el mercado (RTDC 7-1-1992, exp. 291/90, “Indas, S.A., c. Arbola Corporación, S. A.) d) En cuarto lugar, se refiere el autor al regalo a prescriptores, que es también una modalidad de publicidad con regalo. Son prescriptores las personas que por su posición en la cadena de distribución, empleo o profesión o por su relación con el consumidor- cliente, están en condiciones de tomar directamente o de condicionar las decisiones de mercado de sus propios clientes, principales o representados, o bien de los clientes de sus principales o representados. El autor considera que será rara la deslealtad de semejante práctica salvo que se genere un compromiso de compra al consumidor (STS, Sala 4ª, 4-IV-1987: “traslado de local de formación”).

<sup>185</sup> Para identificar a este supuesto se le llegó a denominar “publicidad con regalo”. Vid. MIRANDA SERRANO, L. M., “Competencia desleal y protección de los consumidores”, en Gema Botana García, Miguel Ruiz Muñoz (coords.): “Curso sobre protección jurídica de los consumidores”, McGrawHill, Madrid, 1999, p. 69.

<sup>186</sup> MASSAGUER, J., “Comentario a la Ley de Competencia Desleal”, cit., p. 272, entiende que no es regalo publicitario ni publicidad en especie la entrega gratuita de publicaciones periódicas especializadas como específica modalidad comercial, puesto que aquí la distribución gratuita no es una estrategia promocional sino la clave del negocio, ya que de este modo no se pretende mover al potencial cliente a comprarla sino asegurar a la publicación la mayor difusión posible y así dotarla del mayor atractivo para los anunciantes, quienes constituyen la fuente de ingresos para la editorial. A este respecto, cita el autor la RTDC 31-XII-1990, exp. 274/90 “NUINSA c. Edición Nórdica, S.A.”. En el mismo sentido ZURIMENDI ISLA, A., “Obsequios, primas y supuestos análogos”, cit., p. 121.

Precisamente, la conducta es desleal cuando se ponga “al consumidor en el compromiso de contratar la prestación principal”, por la presión psicológica que sobre él se ejerce a tal fin, la cual estará en relación de las circunstancias de hecho y subjetivas en las que se realice el obsequio y el valor que tenga<sup>187</sup>.

En este sentido se señalaba que el regalo que presenta al público un nuevo producto no es, en principio, apto para crear el compromiso de contratar, pero lo es el que esconde una toma de contacto negocial, como los servicios gratuitos de revisión de aparatos o instalaciones, un elevado valor del regalo que exalta el sentimiento de gratitud y una entrega del regalo especialmente apta para crear el compromiso de compra como cuando se hace con ocasión de una venta agresiva, como son las ventas a domicilio (ventas de puerta a puerta), ambulantes o en una reunión<sup>188</sup>.

c) En cualquier caso, para considerar que el regalo es un acto de competencia desleal, esto es que es apto para crear el compromiso de compra, habrá de valorarse la información que proporciona el oferente. Una información suficiente sobre el carácter publicitario del regalo, su objeto y forma de atribución, descarta, en principio, el compromiso de compra y, por tanto su deslealtad. Se señala que el control de deslealtad de la publicidad con regalo es un “control de veracidad” acerca de la información suministrada y, por ello, se traslada al ámbito del engaño<sup>189</sup>.

2. En segundo lugar, se considera desleal la oferta de cualquier clase de ventaja o prima para el caso de que se contrate la prestación principal (venta con prima), cuando induzca o pueda inducir al consumidor a error acerca del nivel de precios de otros productos o

---

<sup>187</sup> VERGEZ, M., “Competencia desleal por actos de engaño, obsequios, primas y otros supuestos análogos”, en Alberto Bercovitz (coord.): “La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991”, Boletín Oficial del Estado. Cámara de Comercio e Industria de Madrid. Madrid, 1992, p. 62. MASSAGUER FUENTES, J., “Publicidad con regalo y venta con prima”, cit., p. 5382. MIRANDA SERRANO, L. M., “Competencia desleal y protección de los consumidores”, cit., p. 69.

<sup>188</sup> CARRASCO PERERA, A., ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O., “Ventas con Obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 556, señalan que la deslealtad del obsequio promocional proviene de la constricción psicológica que ejerce sobre el consumidor con objeto de hacerle adquirir determinado bien en el momento en que solicita la entrega del obsequio. MIRANDA SERRANO, L. M., “Competencia desleal y protección de los consumidores”, cit., p. 69. MASSAGUER FUENTES, J., “Comentario a la Ley de Competencia Desleal”, cit., pp. 272 y 273, entiende que el compromiso de contratar la prestación principal es un compromiso psicológico o una coacción moral. Se siente forzado a ello por motivos de gratitud (vid. SAP Barcelona 1-IX-1995, “ventas en oficinas bancarias”), compasión, creencia de que la compra de la prestación principal incrementa las posibilidades de conseguir el regalo, evitación de molestias o situaciones enojosas. En el mismo sentido, ya con anterioridad MASSAGUER FUENTES, J., “Publicidad con regalo y venta con prima”, cit., p. 5382. ID., “Comentario al art. 32 LOCM”, en “Régimen Jurídico General del Comercio Minorista”, cit., p. 420, se refiere a la modalidad de obsequio publicitario conocida como “sweepstake” que consiste en la celebración de sorteos entre potenciales consumidores, quienes participan en ellos sin que previamente se haya requerido su consentimiento y sin tener ninguna noticia de su celebración y participación. Posteriormente se le comunica a los agraciados el resultado del sorteo y la forma de hacer efectivo el premio para lo cual habitualmente es preciso no sólo entrar en contacto con el oferente, sino hacerlo en su establecimiento. Considera el autor que esta clase de obsequio publicitario es propicia para poner al consumidor en el compromiso de adquirir los productos promocionados (antiguo art. 8.1 LCD) y por ello de sucumbir al reproche de deslealtad. GARCÍA PÉREZ, R., “Ley de competencia desleal”, cit., pp. 220 y 221, analiza la SAP de Barcelona 1995 (AC 1995, 1718) y la SAP de Girona de 16 de abril de 2002 (JUR. 2002, 165978). SÁNCHEZ BARRIOS, J. L., “Artículo. 22. Prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas”, cit., pp. 672 y 673.

<sup>189</sup> MASSAGUER FUENTES, J., “Publicidad con regalo y venta con prima”, cit., p. 5382. Vid. también ZURIMENDI ISLA, A., “Obsequios, primas y supuestos análogos”, cit., p. 127, indica que cuanto mayor sea la información y cuanto más previamente se haya proporcionado, existirán menos probabilidades de deslealtad. La inmediatez del obsequio y la poca información de la promoción favorece la precipitación y la presión al consumidor.



servicios del mismo establecimiento, o cuando le dificulte gravemente la apreciación del valor efectivo de la oferta o comparación con ofertas alternativas. Estas últimas circunstancias se presumirán verificadas cuando el coste efectivo de la ventaja exceda del 15 por 100 del precio de la prestación principal<sup>190</sup>.

a) En este caso, la ventaja o prima se vincula a que se contrate la prestación principal, esto es, solo se concede si se contrata la prestación principal.

b) Ahora bien, se consideraba que sólo existía este supuesto de venta con prima cuando la prestación principal (prestación promocionada) y la prestación adicional (prima) eran diversas y gozaban de autonomía<sup>191</sup>.

Se señalaba que porque tienen que ser diversas, no puede considerarse que sea una venta con prima el descuento en especie que consiste en ofrecer una unidad o cantidad adicional de la prestación promocionada<sup>192</sup>.

Tampoco puede haber venta con prima, como se ha indicado, si no hay autonomía entre la prestación promocionada y la prima. Tal cosa sucedería cuando la venta comporta la ejecución adicional de servicios que en la práctica no son objeto de contratación independiente<sup>193</sup>. Por la misma razón, no existe prima a estos efectos en los descuentos de precio ni en las rebajas en general, ni tampoco los conjuntos de bienes que bajo las apreciaciones usuales del tráfico constituyen una unidad<sup>194</sup>.

c) Al igual que se ha indicado con relación a la publicidad con regalo, la venta con prima no es per se y en todo caso un acto de competencia desleal<sup>195</sup>. La conducta desleal no depende de que se realice la entrega de la ventaja o prima sino de que la oferta realizada en esas condiciones induzca o pueda inducir a error acerca del nivel de

---

<sup>190</sup> Vid. el antiguo art. 8º.2 LCD de 1991.

<sup>191</sup> MASSAGUER, J., “Comentario a la Ley de Competencia Desleal”, cit., p. 277.

<sup>192</sup> CARRASCO PERERA, A., “Prácticas promocionales en la Ley de Comercio”, cit., p. 148, entiende que quedarán excluidas de este precepto la prima-descuento (bien en dinero o bien en vales o bonos), la oferta conjunta (dos por uno o tres por dos) y el aumento de la cantidad del producto por el mismo precio (prima en especie). Esta restricción se derivaría, entre otras cosas, de la consecuencia absurda que resultaría de aplicar este precepto a todo tipo de promoción, lo que, por ejemplo, supondría acabar con las rebajas. CARRASCO PERERA, A., ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O., “Ventas con Obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 557, entienden que no existe una prestación distinta de la principal en los descuentos en especie (más cantidad por el mismo precio), ni en la entrega de vales canjeables por el mismo producto o servicio. MASSAGUER FUENTES, J., “Publicidad con regalo y venta con prima”, cit., p. 5383. MASSAGUER, J., “Comentario a la Ley de Competencia Desleal”, cit., p. 277, pone como ejemplos de descuentos en especie a las docenas de trece unidades o los viajes gratis para menores en compañía de sus padres. Por la misma razón no entran dentro de las ventas con prima los descuentos por fidelidad consistentes en unidades o servicios idénticos gratuitos ofrecidos por algunos sistemas de puntos y tampoco puede tratarse como venta con prima el ofrecimiento de vales o puntos canjeables por el mismo producto. GARCÍA PÉREZ, R., “Ley de Competencia Desleal”, cit., p. 217, cita la SAP de Barcelona de 1 de diciembre de 2004 (AC 2006, 264), que requiere la presencia de dos prestaciones distintas e independientes la una respecto de la otra. En sentido contrario a los anteriores autores ZURIMENDI ISLA, A., “Obsequios, primas y supuestos análogos”, cit., p. 123, señala que si la prima es separable de la prestación principal, si estamos ante un caso del art. 8.2 LCD, aún cuando la prima sea de la misma naturaleza que el bien o servicio contratado (3 x 2 o 2 x 1 o cualquier otra modalidad de descuento en especie).

<sup>193</sup> CARRASCO PERERA, A., ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O., “Ventas con Obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 557, entienden que no puede considerarse que existan prestación principal y prima cuando se trata del servicio postventa o de las garantías suplementarias y tampoco el plazo aplazado sin interés es una prestación distinta del bien vendido, sino el puro contenido de la prestación. MASSAGUER, J., “Comentario a la Ley de Competencia Desleal”, cit., p. 277, entiende que pueden carecer de mercado propio los servicios de venta (asesoramiento en la elección, envío e instalación) o postventa (instrucción en el manejo de uso).

<sup>194</sup> CARRASCO PERERA, A., ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O., “Ventas con Obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 557.

<sup>195</sup> MIRANDA SERRANO, L. M., “Competencia desleal y protección de los consumidores”, cit., p. 69.

precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento o dificulte gravemente la apreciación del valor efectivo de la oferta o su comparación con ofertas alternativas. Pero la obstaculización grave de la valoración y comparación de la oferta se presume, como ya hemos indicado antes, si el valor de la prestación accesoria excede del 15% del precio de la prestación principal<sup>196</sup>.

De lo últimamente señalado se deriva que la fuerza distorsionadora de la prima es mayor cuanto más elevado sea su valor<sup>197</sup>.

d) Se considera<sup>198</sup> que son especialmente aptas para incurrir en estos supuestos de conducta desleal las ventas con prima diferida, estos es, cuando el consumidor no reciba lo prometido en el momento de la contratación de la prestación principal. La razón es que la valoración de la prestación accesoria o prima se aplaza a un momento posterior y sólo puede realizarse cuando efectivamente se reciba<sup>199</sup>.

e) En cualquier caso, en la determinación de la inducción a error al consumidor, hay que tener en cuenta no solamente la prima recibida sino también los elementos que conforman la oferta. Tanto más distorsionador es el ofrecimiento de una prima cuanto menor es la información que el oferente proporciona acerca de su objeto y condiciones de atribución<sup>200</sup>. Así, se entiende desleal cuando se crean infundadas expectativas sobre el valor de la prima mediante la ocultación de datos o la aportación de otros que crean una falsa representación del objeto de la prima o del modo de obtención si, por ejemplo, se oculta la inversión necesaria para la obtención de la prima o es escasa la información al respecto<sup>201</sup>.

f) Por otro lado, se señala que deben examinarse de modo especialmente estricto las ofertas con prima dirigidas a la infancia y adolescencia. En este caso, se impide una

---

<sup>196</sup> MASSAGUER, J., “Comentario a la Ley de Competencia Desleal”, cit., p. 278. En relación a esta presunción, véase la Sent. de la AP de Santander, Sección 2ª, de 12 de mayo de 1993 – Ar. Civil, 1993, 1020, Actualidad Civil, 1993, 1115-. Vid. una referencia a esta sentencia en MARÍN LÓPEZ, J. J., “Ventas con obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., pp. 252 y 253.

MASSAGUER, J., “Comentario a la Ley de Competencia Desleal”, cit., pp. 279 y 280, nos recuerda que se trata de una presunción “iuris tantum” y que la prima que sea inferior a dicho porcentaje no es per se inobjetable si bien en este último caso la prueba de la deslealtad (dificultad grave en la apreciación del valor efectivo de la oferta o su comparación con otras) corresponde al demandante. Por otro lado, señala el autor que la proporción del 15% se calcula confrontando el precio de la prestación principal, que es el de la venta al público y el coste efectivo de la prima, que será su precio de adquisición o coste de producción, si el oferente lo ha obtenido a título oneroso o lo ha realizado el mismo, pero será el precio de adquisición o coste de producción que haya debido satisfacer o acometer el tercero que provea al oferente con la prima (SAP Cantabria 12-V-1993). Finalmente, también se refiere a esta SAP de Cantabria GARCÍA PÉREZ, R., “Ley de competencia Desleal...”, cit., p. 216.

<sup>197</sup> MASSAGUER FUENTES, J., “Publicidad con regalo y venta con prima”, cit., p. 5385, señala que el valor relevante a estos efectos es el que el consumidor atribuye a la prima y no el coste que la misma ha tenido realmente para el oferente, ignorado por el consumidor.

<sup>198</sup> PALAU RAMÍREZ, F., “Artículo 33. Entrega de obsequios”, en “Régimen Jurídico General del Comercio Minorista”, 1999, pp. 425 y 426. MASSAGUER FUENTES, J., “Publicidad con regalo y venta con prima”, cit., p. 5385. ID., “Comentario a la Ley de Competencia Desleal”, cit., p. 281.

<sup>199</sup> En sentido contrario ZURIMENDI ISLA, A., “Obsequios, primas y supuestos análogos”, cit., p. 128, señala que si la prima es aleatoria o diferida, será más difícil que se den los presupuestos de deslealtad. En el primer caso porque el consumidor sabe que es una mera hipótesis y en el segundo porque al no recibirla de forma inmediata tiene más tiempo para meditar su comportamiento.

<sup>200</sup> MASSAGUER FUENTES, J., “Publicidad con regalo y venta con prima”, cit., p. 5385. ID., “Comentario a la Ley de Competencia Desleal”, cit., p. 281, con cita de la SAP Valencia 21-III-1994, “Gremios de Libreros de Valencia c. El Corte Inglés, S. A.”

<sup>201</sup> PALAU RAMÍREZ, F., “Artículo 33. Entrega de obsequios”, en “Régimen Jurídico General del Comercio Minorista”, cit., p. 426.

adecuada valoración de la oferta por niños y adolescentes en todos los casos en que la venta con prima estimule el deseo y la consiguiente decisión de compra<sup>202</sup>.

3. En tercer lugar, se hacía referencia a un supuesto distinto a los dos anteriores, que es el de la subordinación de la conclusión de un contrato a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guarden relación con el objeto de tal contrato<sup>203</sup>.

a) Al contrario de lo que sucede en el caso anterior de la venta con prima en el que objeto del contrato es sólo la prestación promocional o promocionada y no la prima, en este caso, forma parte del objeto del contrato tanto la prestación principal como las prestaciones suplementarias<sup>204</sup>.

b) No está en contradicción con lo anteriormente dicho, el señalar que tanto la que pudiéramos llamar prestación principal como la prestación suplementaria son prestaciones distintas.

No caen, pues, bajo este supuesto aquellos casos donde hay una única prestación, aún cuando compleja, por conformar una unidad funcional<sup>205</sup>.

c) Se trataba de un supuesto especial al de las ofertas conjuntas definidas en el art. 34 LOCM. En efecto, la subordinación de prestaciones de la LCD, comprendía la vinculación de prestaciones que no guarden relación, lo que se corresponde con una de las ofertas conjuntas a que se refiere el art. 34 LOCM, esto es la oferta conjunta de productos de dos o más clases y no la vinculación de dos o más unidades de una misma prestación<sup>206</sup>.

d) La subordinación de prestaciones no es desleal “per se”, sino únicamente cuando concurren determinadas circunstancias que son las mismas que las que determinan la deslealtad de la venta con prima, a las que ya nos hemos referido más arriba<sup>207</sup>.

---

<sup>202</sup> MASSAGUER FUENTES, J., “Comentario a la Ley de Competencia Desleal”, cit., p. 280.

<sup>203</sup> Antigua art. 8.3 LCD.

<sup>204</sup> MASSAGUER FUENTES, J., “Comentario a la Ley de Competencia Desleal”, cit., p. 285, señala que no hay subordinación si el consumidor goza de libertad para contratar sólo una de las prestaciones conjuntamente ofrecidas, aún cuando la subordinación exige que la prestación subordinada posea una sustantividad propia o autónoma respecto a la principal, esto es, que la prestación suplementaria sea susceptible de comercialización autónoma.

<sup>205</sup> MASSAGUER FUENTES, J., “Comentario a la Ley de Competencia Desleal”, cit., p. 285, indica que si concurre una subordinación de prestaciones o la configuración de una sólo prestación es una cuestión de hecho y que, en esencia, habrá que estar a la naturaleza de las prestaciones y a los usos del sector industrial, comercial o de servicios. No hay subordinación de prestaciones sino una sólo prestación cuando el objeto de la oferta constituye una unidad por motivos funcionales (rueda de cambio en un automóvil), históricos (compra del vehículo usado por el concesionario de automóviles) o incluso conceptuales (un traje no es una oferta subordinada de chaqueta y pantalón, la compra de un coche no es una oferta subordinada de todos sus elementos y lo mismo sucede en un viaje organizado). En todos estos casos, se trata de ofertas conjuntas habituales en el tráfico económico que no dañan la transparencia del mercado. Vid. también ZURIMENDI ISLA, A., “Obsequios, primas y supuestos análogos”, cit., pp. 125 y 126.

<sup>206</sup> MASSAGUER FUENTES, J., “Comentario a los artículos 32 y 34”, cit., p. 431. ID., “Comentario a la Ley de Competencia Desleal”, cit., pp. 285 y 286, que, sin embargo, señala que desde la perspectiva de la naturaleza de su objeto, las ofertas conjuntas configuran un supuesto más estrecho que el de la subordinación de prestaciones. En efecto, las ofertas conjuntas a que se refiere el art. 34 LOCM, como consecuencia de su inserción en una ley dedicada a la regulación del comercio minorista, basada en la venta de artículos, no pueden tener por objeto servicios, combinados con artículos o con otros servicios. Por el contrario, en la subordinación de prestaciones esto último sí es posible.

<sup>207</sup> Vid. el antiguo art. 8º.3 LCD de 1991. MASSAGUER FUENTES, J., “Artículos 32 y 34”, cit., pp. 431. ID., “Comentario a la Ley de Competencia Desleal”, cit., p. 287, entiende que la información compensa los efectos negativos que por sí tiene la subordinación y hace a la oferta inocua para la transparencia del mercado. No enturbia el mercado la oferta subordinada que indica los precios de las prestaciones vinculadas, individual y expresamente, o permite deducirlos porque se indica el de una de las prestaciones. Por otro lado, el silencio sobre la diferencia entre el precio global y el que se debería

e) Finalmente indicar que, como veremos a continuación, en la modificada LCD desaparece la tipificación de este supuesto<sup>208</sup>.

Este antiguo art. 8 LCD, tal como se había anteriormente propuesto<sup>209</sup>, fue derogado por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, como consecuencia de que en él se contenía un supuesto de práctica comercial agresiva (art. 8.1 LCD) y dos supuestos de prácticas comerciales engañosas (art. 8. 2 y 3 LCD) para los que la Directiva de prácticas comerciales desleales estableció una armonización completa, tanto en relación a las prácticas comerciales engañosas (arts. 6 y 7 DPCD) como en relación a las prácticas comerciales agresivas (arts. 8 y 9 DPCD), además de recoger en su Anexo I una “lista negra” de prácticas comerciales desleales<sup>210</sup>.

La incorporación de la Directiva de prácticas comerciales en nuestro país, se produce, tal como veremos a continuación, a través de la modificación de la LCD por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre. A partir de este momento, las “ventas con obsequio o prima” prohibidas son aquellas que así se establecen expresamente en dicha Ley (arts. 22, núms. 4, 5 y 6 y 23, núm. 2 LCD) o aquellas que pueden estar incluidas en los actos de engaño (art. 5 LCD), las omisiones engañosas (art. 7 LCD), las prácticas agresivas (art. 8 LCD) o en la cláusula general (art. 4 LCD).

2.2. Ley de Competencia Desleal de 1991, redactada conforme a la Ley de 30 de diciembre de 2009, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

### 2.2.1. Introducción

1. Una vez que ya hemos estudiado los temas sustantivos de carácter obligatorio que sobre los “obsequios o primas” se contienen en la LOCM, examinamos ahora más de cerca los “obsequios o primas” como actos de competencia desleal, a los que se refiere la LCD, con la que conecta la LOCM.

En efecto, en la LOCM aparecen, como ya hemos indicado más arriba, dos apuntes sobre los obsequios o primas como actos de competencia desleal.

En primer lugar, hay que reproducir nuevamente lo que establece el art. 19.3 LOCM: “Se considerará engañosa la oferta de productos con premio o regalo, cuando el consumidor no reciba real y efectivamente lo que razonablemente cabía esperar de acuerdo con la oferta realizada”. Como ya hemos indicado, se trata de una norma que no debería existir, pues es una conducta engañosa cuya sede natural de prohibición está en la LCD.

En segundo lugar, en el art. 32.3 LOCM se hace una simple remisión a la LCD: “Las ventas con obsequio o prima se reputan desleales en los supuestos previstos en la Ley de Competencia Desleal”.

2. Procedemos ahora a examinar el tratamiento que hace del tema objeto de estudio la LCD de 1991, tal como ha quedado redactada después de la aprobación de la Ley

---

satisfacer en caso de adquisición separada, no hace a la oferta desleal, si el consumidor puede realizar por sí mismo ese cálculo.

<sup>208</sup> BROSETA PONT, M., / MARTÍNEZ SANZ, F., “Manual de Derecho Mercantil”. Vol. 1, 2010, cit., p. 200.

<sup>209</sup> MASSAGUER, J., (con la colaboración de F. MARCOS y A. SUÑOL), “La transposición al Derecho español de la Directiva...”, cit., p. 1955

<sup>210</sup> MASSAGUER, J., (con la colaboración de F. MARCOS y A. SUÑOL), “La transposición al Derecho español de la Directiva...”, cit., pp. 1955 y 1956.

29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, a través de la cual se ha incorporado la Directiva sobre prácticas comerciales desleales en nuestro país.

A partir de este momento, las “ventas con obsequio o prima” prohibidas son aquellas que se establecen expresamente en la LCD. Son los actos desleales “per se” contenidos en los arts. 22.4, 5 y 6 y 23.2 LCD, que se aplican bajo cualquier circunstancia.

Pero también pueden estar prohibidas las ventas con obsequio o prima, que no pudiendo ser subsumidas en esas normas donde se recogen los actos desleales “per se”, si puedan incluirse en otros preceptos de carácter más general: los actos de engaño (art. 5 LCD), las omisiones engañosas (art. 7 LCD) y las prácticas agresivas (art. 8 LCD). Finalmente se recurrirá al supuesto general, esto es a la cláusula general del art. 4 LCD<sup>211</sup>.

Hay que tener en cuenta que las prácticas comerciales desleales realizadas a través de obsequios o primas contempladas en los arts. 22 y 23 LCD, son prácticas desleales únicamente con los consumidores (art. 19.2 LCD)<sup>212</sup>. Si la práctica desleal con obsequios o primas no se realiza con los consumidores, sólo puede ser perseguible a través de alguno de los otros preceptos de carácter general arriba mencionados, que son preceptos que tienen un ámbito de aplicación general<sup>213</sup>. En este caso, ante la imposibilidad de aplicar los arts. 22 y 23 LCD, esos preceptos de carácter más general entrarían en aplicación de forma directa.

En la exposición que a continuación realizamos, con un orden inverso al de su aplicación, primero examinamos los preceptos de carácter más general de la LCD, a través de los cuales se pueden perseguir las conductas desleales realizadas mediante los obsequios o primas. Posteriormente analizamos las conductas desleales “per se”, estos es, los preceptos que específicamente se refieren a los premios o ventajas equivalentes.

## 2.2.2. Los supuestos de carácter general

### 2.2.2.1. La cláusula general

1. Se contiene en el art. 4 LCD. En el art. 4.1, párrafo 1º LCD, se establece la regla general, válida cualquiera que sea el destinatario, señalando que se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe. Para el caso que el destinatario del comportamiento sea un consumidor o usuario también rige la regla anterior, pero se establecen los criterios a través de los cuales se

---

<sup>211</sup> Vid. TATO PLAZA, A., “Líneas generales de la reforma del derecho español contra la competencia desleal (Parte I)”. Autocontrol, nº. 149, 2010, pp. 8 y 21. TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., HERRERA PETRUS, C., “La reforma de la ley de competencia desleal”, cit., pp. 57 y 58. MARTÍNEZ SANZ, F., PUETZ, A., “Ámbito de aplicación y cláusula general de competencia desleal”, Rcd, nº 7, 2010, pp. 40 y 41. EMPARANZA SOBEJANO, A., “El régimen jurídico de las prácticas comerciales con los consumidores y usuarios”, en Rcd, nº 7, 2010, p. 79. MARÍN DE LA BARCENA, F., “Las prácticas comerciales desleales (Concepto y sistema tras la reforma de la LCD)”, en Mª de la Sierra Flores Doña (Dir.): “Derecho renovado del consumidor. Entre la economía y el derecho”, Madrid, 2011, p. 186.

<sup>212</sup> SÁNCHEZ BARRIOS, J. L., “Artículo 22. Prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas”, cit., pp. 628 y 642. MARÍN DE LA BARCENA, F., “Las prácticas comerciales desleales (Concepto y sistema tras la reforma de la LCD)”, cit., p. 185.

<sup>213</sup> Vid. TATO PLAZA, A., “Líneas generales de la reforma del derecho español contra la competencia desleal (Parte I)”, cit., p. 21. TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., HERRERA PETRUS, C., “La reforma de la ley de competencia desleal”, cit., pp. 54, 55 y 58. SÁNCHEZ BARRIOS, J. L., “Artículo 22. Prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas”, cit., pp. 629 y 642.

puede determinar que el comportamiento resulta objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe. En este sentido en el art. 4.1, párrafo 2º señala que en las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional y que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores<sup>214</sup>.

2. Esta cláusula general cumple una función de “cierre del sistema” que se utiliza para enjuiciar aquellos comportamientos no reconducibles de forma directa o por analogía a ninguno de los supuestos expresamente regulados y ha de servir de criterio para una interpretación teleológica de las normas que integran los supuestos específicos<sup>215</sup>.

3. La cláusula general reputa desleal todo comportamiento cuando concurren determinadas circunstancias, que permiten constatar la existencia de una lesión en la libertad de decisión de los consumidores (“distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor”).

Se trata de tutelar “el principio de objetividad” para que el consumidor pueda decidir libremente en base a criterios objetivos (calidad y precio del producto o servicio), sin estar condicionado por una publicidad meramente subjetiva llevada a cabo a través de premios, concursos o sorteos<sup>216</sup>.

4. Esto puede suceder cuando tratándose de obsequios o regalos se pone al consumidor en el compromiso de contratar la prestación principal, como señalaba el antiguo art. 8.1 LCD.

Se trata de supuestos en los que el regalo ejerce una presión psicológica para que se contrate, tanto cuando el regalo encubre una toma de contacto comercial en la que el consumidor puede verse avocado a contratar, como cuando se recibe el regalo en el mismo establecimiento, en almuerzos organizados o el regalo consiste en servicios gratuitos de revisión. Ahora bien este supuesto sólo se reconduciría a la cláusula general del art. 4 LCD, si cae fuera de las prácticas agresivas del art. 8 LCD.

5. La prohibición de la conducta desleal a través de esta cláusula general puede también tener lugar cuando tratándose de ventas con prima, como señalaba el antiguo art. 8.2 LCD, se induzca o pueda inducir a error al consumidor acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento o cuando se dificulte gravemente la apreciación del valor efectivo de la oferta o su comparación con ofertas alternativas. La posibilidad de que se den los supuestos anteriores aumentará, como ya vimos,

---

<sup>214</sup> TATO PLAZA, A., “Líneas generales de la reforma del Derecho español contra la competencia desleal (Parte II)”, *Autocontrol*, núm. 150, 2010, pp. 11 y 12. TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., HERRERA PETRUS, Ch., “La reforma de la ley de competencia desleal”, cit., pp. 61 y ss. MARTÍNEZ SANZ, F., PUETZ, A., “Ámbito de aplicación y cláusula general de competencia desleal”, cit., pp. 29 y ss. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A., “Cláusula general”, en “Comentarios a la ley de competencia desleal”. Dir. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano. Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 93 y ss. MEMENTO FRANCIS LEFEBVRE. Competencia Desleal. Broseta Abogados. Actualizado a marzo de 2011, pp. 41, 42 y 204. BROSETA PONT, M., MARTÍNEZ SANZ, F., “Manual de Derecho Mercantil”. Vol. I. “Introducción y Estatuto del Empresario. Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial. Derecho de Sociedades”. Ed. Tecnos, Madrid, 2011, p. 191.

<sup>215</sup> MARTÍN DE LA BARCENA, F., “Las prácticas concurrentiales desleales...”, cit., p. 177. TATO PLAZA, A., “Líneas generales de la reforma del Derecho español de la competencia desleal (Parte II)”, cit., p. 11. Vid. sobre lo anterior con una posición aparentemente distinta y citación de la jurisprudencia, el MEMENTO FRANCIS LEFEBVRE. Competencia Desleal. Broseta Abogados, cit., pp. 35 y 36.

<sup>216</sup> EGEA FERNÁNDEZ, J., MIRALLES GONZÁLEZ, I., “La protecció del consumidor i de l’usuari en la contractació civil catalana”, *RJC*, 1992, p. 51.

progresivamente a medida que sea más elevado el valor de la prima<sup>217</sup>.

Hay que tener en cuenta, si embargo, que este supuesto de hecho sólo se puede sancionar a través del art. 4 LCD, si no cayera dentro de los actos de engaño (art. 5 LCD) o de las omisiones engañosas del art. 7 LCD<sup>218</sup>.

#### 2.2.2.2. Actos de engaño y omisiones engañosas

1. Los actos de engaño se regulan en el art. 5 LCD, mientras que la regulación de las omisiones engañosas se hace en el art. 7 LCD.

En relación con los actos de engaño el art. 5.1 LCD dice que se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que aún siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico<sup>219</sup>.

Esto es, en los actos de engaño hay información, falsa o veraz, que puede inducir a error, mientras que en las omisiones engañosas del art. 7 LCD, precisamente lo que falta es esa información o existiendo tal información, esta es inadecuada. En efecto, el art. 7 LCD considera desleal la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa. Es también desleal si la información que se ofrece es poco clara, ininteligible, ambigua, no se ofrece en el momento

---

<sup>217</sup> MIRANDA SERRANO, L. M., “Competencia desleal y protección de los consumidores”, cit., p. 70, recuerda que por eso el antiguo art. 8.2 LCD presumía la deslealtad de la venta con prima cuando el coste efectivo de la ventaja o prima excedía del 15 por ciento del precio de la prestación principal. Cita el autor en este sentido la SAP de Santander de 12 de mayo de 1993 que declara la deslealtad de la práctica comercial de un hipermercado consistente en ofrecer como regalo una botella de aceite de cinco litros por la compra de un jamón. SÁNCHEZ BARRIOS, J. L., “Artículo 22. Prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas”, cit., p. 673.

<sup>218</sup> Se ha señalado que entre las prácticas que pueden combatirse a través de la cláusula general estarían las prácticas que afecten directamente a los competidores, como las prácticas comerciales con infracción de una norma (ya que el art. 15 LCD no está entre las normas específicamente aplicables a los consumidores – art. 19 LCD-) o aquellas que abusan de la buena fe, credulidad o inexperiencia de los destinatarios. Vid. en relación con la Directiva sobre prácticas comerciales desleales con los consumidores MASSAGUER, J., “El nuevo derecho contra la competencia desleal”, cit., p.97. Vid. también MARTÍNEZ SANZ, F., PUETZ, A., “Ámbito de aplicación y cláusula general de competencia desleal”, cit., p. 41.

Como señalan los autores anteriormente citados, la cláusula general se puede utilizar para prohibir las prácticas comerciales con infracción de una norma. En efecto, la entrega de un obsequio o una prima puede formar parte de un comportamiento desleal por violación de normas. Esto sucede, por ejemplo, cuando se infringen las normas, ya examinadas, de la LOCM que se aplican a las ventas con obsequio o prima, esto es, los arts. 18 a 21 LOCM, aplicables a las “Actividades de promoción de ventas”, los arts. 32 y 33, que regulan específicamente las “ventas con obsequio o prima” o los arts. 19 y 20 de la Ley de 11 de julio de 2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Otro supuesto de deslealtad se produciría cuando se infringen las disposiciones legales sobre prohibición de regalos publicitarios, en determinados casos, y en ciertos sectores como en el de los medicamentos y especialidades farmacéuticas (Art. 102 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; art. 86 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre del Medicamento y art. 76 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso nacional de los medicamentos y productos sanitarios. Vid. MASSAGUER FUENTES, J., “Publicidad con regalo y venta con prima”, cit., p. 5383.

<sup>219</sup> TATO PLAZA, A., “Líneas generales de la reforma del Derecho español contra la competencia desleal (Parte I), cit, pp. 9, 10 y 11. Para un tratamiento exhaustivo de los actos de engaño y omisiones engañosas, Vid. TATO PLAZA, A. FERNÁNDEZ CARBALLO – CALERO, P., HERRERA PETRUS, Ch., “La reforma de la ley de competencia desleal”, cit., pp. 103 y ss. GARCÍA – CRUCES GONZÁLEZ, J. A., “Actos de engaño”, en Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.): “Comentarios a la ley de competencia desleal”. Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 115 y ss.

adecuado, o no se da a conocer el propósito comercial de esa práctica, cuando no resulte evidente del contexto.

Citaremos a título de ejemplo algunos supuestos que pueden integrarse en este apartado, que deben ser completados con aquellos otros a los que ya nos hemos referido a lo largo de este trabajo.

2. Como hemos indicado, hay un acto de engaño ante cualquier conducta que conteniendo información falsa o veraz, pueda conducir a error a los destinatarios siendo susceptible de alterar su comportamiento económico. Hay omisión engañosa cuando falta información o ésta es inadecuada. Por tanto, hay engaño u omisión engañosa cuando se transmite una información (falsa o veraz) o hay omisión u ocultación de la información o ésta es inadecuada y ello puede conducir a error sobre las características objetivas de la prestación adicional (obsequio o prima) o de la principal.

a) En efecto, como consecuencia de la información o de la falta de información se puede inducir a error (por ser un acto de engaño o una omisión engañosa, en su caso) sobre las características objetivas de la prestación adicional<sup>220</sup>, cuando, por ejemplo se anuncia como prima lo que es un accesorio del bien o la garantía del producto<sup>221</sup>, cuando se promete algo como obsequio o prima y luego se condiciona a la adquisición de otro bien o servicio<sup>222</sup>, cuando se ofrece como regalo lo que en realidad sería una prima<sup>223</sup> o

---

<sup>220</sup> VELA GARCÍA, C., “La regulación jurídica de las primas y los regalos, cit., p. 249, alude al acto consistente en engañar al público sobre las características, cualidades o atributos del objeto que se ofrece como prima o como regalo.

<sup>221</sup> Art. 5. h) LCD. CARRASCO PERERA, A., ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O., “Venta con Obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 556. Si bien en este caso podemos estar ante una cláusula desleal “per se” y considerada, por tanto, en todo caso engañosa, por lo que no sería necesario un análisis específico de su aptitud para inducir a error e incidir en el comportamiento económico del consumidor. Vid. estas reflexiones en TATO PLAZA, A., “Líneas generales de la reforma del Derecho español contra la competencia desleal (Parte I), cit., p. 11. En efecto, hay que tener en cuenta que el art. 27.1 LCD, entiende que se consideran desleales “per se” por engañosas las prácticas que “Presenten los derechos que otorga la legislación a las consumidoras o usuarios como si fueran una característica distinta de la oferta del empresario o profesional”. En relación a este precepto, vid. TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO – CALERO, P., HERRERA PETRUS, Chr., “La reforma de la ley de competencia desleal”, cit. pp. 171 a 173. MARTÍN ARESTI, P., “Artículo 27. Otras prácticas engañosas”, en Alberto Bercovitz Rodríguez – Cano. Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), pp. 757 y ss. MEMENTO FRANCIS LEFEBVRE. Competencia Desleal. cit. p. 240.

<sup>222</sup> Supuesto prohibido por la normativa en materia de comercio interior de algunas Comunidades Autónomas. Sirva de ejemplo el art. 49.6 de la Ley Foral 17/2001, de 12 de julio, reguladora del comercio de Navarra: “Queda prohibida la entrega del obsequio condicionada a la adquisición de cualquier otro producto o servicio.....”. CARRASCO PERERA, A., ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O., “Venta con Obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 556.

Si bien este supuesto podría considerarse, en su caso, una cláusulas desleal “per se” si le es de aplicación el art. 22.5 LCD, en cuyo caso no se tendría que demostrar su aptitud para inducir a error y alterar el comportamiento económico del consumidor.

<sup>223</sup> VELA GARCÍA, C., “La regulación jurídica de las primas y los regalos”, cit., p. 250, cita como ejemplo de este último supuesto el caso bastante usual de la promotora de una urbanización que anuncia que será gratuito el viaje de un fin de semana para ver los pisos o chalets, omitiendo mencionar que los gastos del viaje sólo se reembolsarán al cliente que efectivamente adquiera uno de los inmuebles. Otro supuesto que encajaría aquí es aquel al que se refiere CUENCA GARCÍA, A., “Prácticas comerciales engañosas específicas para consumidores”, en J. J. Ruiz Peris: “La reforma de la ley de competencia desleal (Estudios sobre la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por el que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para mejora de la protección de los consumidores y usuarios)”, Tirant lo blanch. Valencia, 2010, p. 134, se refiere al anuncio de un catálogo de venta por correo que indica que al cliente se le hará la entrega de un regalo gratuito, por ejemplo, unas gafas de sol, cuando en realidad dicho regalo sólo lo recibirán quienes compren algún producto del citado catálogo.



si para su entrega se exigen ciertas condiciones distintas a las anunciadas o simplemente silenciadas<sup>224</sup>.

b) También como consecuencia de la información o de la falta de información se puede inducir a error (por ser un acto de engaño o una omisión engañosa, en su caso) sobre las características objetivas de la prestación principal, cuando la ventaja que representa la prima queda compensada por el aumento del precio o disminución de la calidad o cantidad de la prestación principal<sup>225</sup>.

c) También como consecuencia de la información o de la falta de información se puede inducir a error (por ser un acto de engaño o una omisión engañosa, en su caso) cuando la oferta relativa a una venta con prima provoca una demanda que no puede ser satisfecha, sea por la corta duración de la oferta o por la falta de disponibilidad de suficientes existencias, porque en este caso, las expectativas generadas por la oferta pueden verse en realidad frustradas<sup>226</sup>.

### 2.2.2.3. Prácticas agresivas

Las prácticas agresivas se regulan en el art. 8 LCD. De acuerdo con este precepto se considera desleal todo comportamiento que sea susceptible de mermar de manera significativa, mediante acoso, coacción, incluido el uso de la fuerza, o influencia indebida, la libertad de elección o conducta de los destinatarios en relación al bien o servicio y, por consiguiente, afecte o pueda afectar a su comportamiento económico<sup>227</sup>.

---

<sup>224</sup> VELA GARCÍA, C., “La regulación jurídica de las primas y los regalos”, cit., p. 252.

<sup>225</sup> MASSAGUER FUENTES, J., “Publicidad con regalo y venta con prima”, cit., p. 5386. CARRASCO PERERA, A., ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O., “Venta con Obsequios”. “Comentario a los artículos 32 a 34 LOCM”, cit., p. 556.

Por eso, en la normativa de comercio interior de muchas de las Comunidades Autónomas queda prohibido modificar al alza el precio, así como la disminución de la calidad de la prestación principal, durante el período de la oferta de venta con prima. Sirva de ejemplo el art. 40.2 de la Ley 9/1989, de 5 de octubre, de ordenación de la actividad comercial de Aragón: “Durante el período de duración de la oferta con prima queda prohibido modificar el precio o la calidad del producto principal al que aquella acompaña”.

<sup>226</sup> MASSAGUER FUENTES, J., “Publicidad con regalo y venta con prima”, cit., p. 5386. CARRASCO PERERA, A., ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O., “Venta con Obsequios”. “Comentario a los arts. 32 a 34 LOCM”, cit., p. 556. Si bien este supuesto puede caer dentro de las conductas desleales “per se”, sin necesidad de demostrar que induce o puede inducir a error a los destinatarios y sea susceptible de alterar su comportamiento económico. En efecto, el art. 22.1 LCD entiende que se considera desleal “per se” por engañoso: “Realizar una oferta comercial de bienes o servicios a un precio determinado sin revelar la existencia de motivos razonables que hagan pensar al empresario o profesional que dichos bienes o servicios u otros equivalentes no estarán disponibles al precio ofertado durante un periodo suficiente y en cantidades razonables, teniendo en cuenta el tipo de bien o servicio, el alcance de la publicidad que se le haya dado y el precio de que se trate”.

<sup>227</sup> TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO- CALERO, P., HERRERA PETRUS, Chr., “La reforma de la ley de competencia desleal”, cit., pp. 181 y ss. VIERA GONZÁLEZ, A. J., “La tipificación de los ilícitos concurrenciales en la reforma del derecho español de competencia desleal”, Rcd, nº 7, 2010, pp. 65 y 66, señala que las prácticas agresivas con consumidores abarcan dos tipos de actos desleales: la indebida presión de compra y las prácticas comerciales molestas. La indebida presión de compra se produce cuando el consumidor está sometido a una situación de acoso, coacción e influencia indebida. Las prácticas comerciales molestas se producirían cuando el consumidor se ve obligado a tomar decisiones de mercado en un entorno y en unas circunstancias que no son las habituales y previsibles, como en su propio domicilio, ignorando las peticiones del consumidor para que el empresario o profesional lo abandone. Vid. también CUENCA GARCÍA, A., “Prácticas comerciales engañosas específicas para consumidores”, cit., p. 134, cita como supuestos de prácticas agresivas las proposiciones no solicitadas y persistentes por teléfono, fax, correo electrónico u otros medios a distancia o la realización de visitas al domicilio del consumidor, ignorando la petición de que se abandone el domicilio.

Pues bien, el ofrecimiento de un obsequio o prima puede suponer una conducta desleal realizada a través de una práctica agresiva<sup>228</sup>.

### 2.3. Las conductas desleales “per se”

1. En el Capítulo III de la LCD se regulan las “Prácticas comerciales con los consumidores o usuarios”, que son prácticas comerciales desleales en cualquier circunstancia (“per se”)<sup>229</sup>.

Por consiguiente, dentro de los prácticas desleales “per se” y solo con los consumidores están aquellas que consisten en la deslealtad que deriva de la oferta de premios u otras ventajas equivalentes, reguladas en relación con las “Prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas” (art. 22, núms. 4, 5 y 6 LCD) y en relación con las “Prácticas engañosas sobre la naturaleza y propiedades de los bienes o servicios, su disponibilidad y los servicios posventa” (art. 23. 2 LCD).

2. En estos preceptos se incorporan las cláusulas de la Directiva que son desleales “per se”, y, en consecuencia, como ya hemos indicado, se aplican bajo cualquier circunstancia (art. 19.2 LCD), sin probar que se dan los requisitos que con carácter general se establecen en los preceptos donde se regulan los actos u omisiones engañosas (arts. 6 y 7 LCD), las prácticas agresivas (art. 8 LCD) o en la “cláusula general” sobre competencia desleal<sup>230</sup>.

No obstante, al igual que ya observamos al tratar de estas cuestiones en la Directiva, los preceptos de la LCD, donde de forma específica se alude a la oferta de un premio o ventaja equivalente, no pueden aplicarse de forma automática, en cuanto que requieren una valoración previa de los términos generales que en los mismos se contienen<sup>231</sup>.

---

BROSETA PONT, M., MARTÍNEZ SANZ, F., “Manual de Derecho Mercantil”. Vol. I. “Introducción y Estatuto del Empresario. Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial. Derecho de sociedades”, 2011, cit. p. 195. MEMENTO FRANCIS LEFEBVRE. Competencia Desleal, cit., p. 207.

<sup>228</sup> Vid. VIERA GOZÁLEZ, A. J., “La tipificación de los ilícitos concurrenciales en la reforma del derecho español de competencia desleal”, cit., pp. 65 y 66, señala que dentro de las prácticas agresivas por indebida presión de compra se podría incluir el derogado art. 8.1 LCD que hacía referencia a la entrega de obsequios con fines publicitarios y prácticas comerciales análogas cuando, por las circunstancias en que se realicen pongan al consumidor en el compromiso de contratar la prestación principal.

<sup>229</sup> Art. 19 LCD: “Prácticas comerciales desleales con los consumidores.-1. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 19 y 20 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, únicamente tendrán la consideración de prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios, las previstas en este capítulo y en los artículos 4, 5, 7 y 8 de esta ley. 2. Las prácticas comerciales reguladas en los artículos 21 a 31, ambos inclusive, son en todo caso y en cualquier circunstancia, prácticas comerciales desleales con los consumidores”.

La doctrina entiende que las prácticas comerciales contenidas en los arts. 21 a 31, son prácticas desleales en cualquier circunstancia (“per se”), sin necesidad de probar si se cumplen los requisitos de los actos de engaño (art. 5 LCD), de las omisiones engañosas (art. 7 LCD), de las prácticas agresivas (art. 8 LCD) o de la cláusula general (art. 4 LCD) y además son prácticas desleales sólo con los consumidores (art. 19.2 LCD). Hay otras prácticas desleales que pueden serlo con los competidores y con los consumidores, si se cumplen los requisitos del tipo (las de los art. 4, 5, 7 y 8 LCD) (art. 19.1 LCD). El resto de las prácticas tipificadas en la LCD lo son solo con los competidores.

<sup>230</sup> SÁNCHEZ BARRIOS, J. L., “Artículo 22. Prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas”, cit., pp. 633 y 634. Da una interpretación sugerente y, en parte distinta, sobre estas cuestiones MARTÍN ARESTI, P., “Artículo 27. Otras prácticas engañosas”, cit., pp. 750 a 754.

<sup>231</sup> SÁNCHEZ BARRIOS, J. L., “Artículo 22. Prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas”, cit., p. 634, resalta, en este sentido, que la aplicación del art. 22 LCD no es en todos los casos totalmente

3. En estos preceptos, como antes en el art. 8 LCD, no se prohíbe, en principio, la oferta de obsequios o primas. Sólo se hace cuando se dan los reproches de deslealtad en ellos contenidos.

A continuación nos referimos a estos supuestos específicos sancionables “per se”. A nuestros efectos, se trata de prácticas sancionables porque ofrecen premios, cuando en puridad no se trata de tales porque el consumidor no los ha recibido realmente o si los recibe no son de calidad y valor equivalente (art. 22.4 LCD), o tiene que hacer algo para recibirlos, por ejemplo, abonar dinero (art. 22. 5 LCD) o, finalmente, se crea la impresión falsa de que el consumidor ha ganado un premio o ventaja equivalente si realiza un acto determinado (art. 22. 6 LCD)<sup>232</sup>.

#### 2.2.3.1. No concesión de los premios descritos u otros de calidad y valor equivalente

1. Se consideran desleales por engañosas “Las prácticas comerciales que ofrezcan un premio, de forma automática, o en un concurso o sorteo, sin conceder los premios descritos u otros de calidad y valor equivalente”<sup>233</sup>. Se trata de una norma con un contenido semejante al ya previsto con anterioridad en el art. 19.3 LOCM<sup>234</sup>, que supone la incorporación de la cláusula 19 de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales<sup>235</sup>.

2. La norma prohíbe atraer la atención del consumidor y generar falsas expectativas con el ofrecimiento de premios que una vez obtenidos de forma automática o con la participación en un concurso o sorteo, finalmente no se conceden o no se sustituyen por otros de calidad o valor equivalente<sup>236</sup>.

3. Se ha señalado<sup>237</sup> que una de las formas más evidentes en que la prima y el regalo pueden producir un engaño al consumidor, será en el caso de que se ofrezcan y no se den. En el caso de la prima porque el consumidor ha realizado una compra y en el caso del regalo porque normalmente se ha exigido al consumidor la realización de algún acto determinado que puede suponerle un desembolso o una molestia.

4. Para evitar el reproche de deslealtad se pueden entregar otros premios de calidad y valor equivalente. En este último caso, será el juez el que debe efectuar un análisis comparativo para determinar si los premios presentan una calidad y valores equivalentes o si, por el contrario, el empresario o profesional ha incurrido en una práctica desleal, por no tener los premios una calidad y valor equivalentes a los ofrecidos<sup>238</sup>.

---

automática, pues en ocasiones contiene términos como “calidad y valor equivalente” o “crear la impresión falsa”, cuya apreciación conlleva la realización de juicios de valor.

<sup>232</sup> Vid. EMPARANZA SOBEJANO, A., “El régimen jurídico de las prácticas comerciales con los consumidores y usuarios”, cit., pp. 82 y 83.

<sup>233</sup> Art. 22.4 LCD

<sup>234</sup> Art. 19.3 LOCM: “Se considerará engañosa la oferta de productos con premio o regalo, cuando el consumidor no reciba real y efectivamente lo que razonablemente cabía esperar de acuerdo con la oferta realizada”.

<sup>235</sup> Detalles sobre la concordancia del texto español a lo dispuesto en la Directiva en SÁNCHEZ BARRIOS, J. L., “Artículo 22. Prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas”, cit., pp. 666 y 667.

<sup>236</sup> TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., HERRERA PETRUS, C., “La reforma de la ley de competencia desleal”, cit., p. 161.

<sup>237</sup> VELA GARCÍA, C., “La regulación jurídica de las primas y los regalos”, cit., p. 249.

<sup>238</sup> TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., HERRERA PETRUS, C., “La reforma de la ley de competencia desleal”, cit., pp. 161 y 162, consideran que no cabrá formular un juicio de deslealtad si el premio finalmente concedido supera en valor y calidad al ofertado, pese a que no se

5. Por otro lado, es criticable la norma, por permitir entregar otros premios de calidad y valor equivalente sin necesidad de exigir una razón justificada para sustituir el premio descrito por otro de calidad y valor equivalente y sin necesidad de exigir que tal posible cambio se haya advertido en la promoción de forma expresa<sup>239</sup>.

#### 2.2.3.2. Descripción de un bien o servicio como gratuito sin serlo

1. Se debe considerar desleal por engañoso: “Describir un bien o servicio como “gratuito”, “regalo”, “sin gastos” o cualquier forma equivalente, si el consumidor o usuario tiene que abonar dinero por cualquier concepto distinto del coste inevitable de la respuesta a la práctica comercial y la recogida del producto o del pago por la entrega de éste”<sup>240</sup>. Mediante este precepto se incorpora la cláusula 20 del Anexo I de la Directiva<sup>241</sup>.

2. Porque el usuario tiene que abonar dinero, sería desleal presentar como obsequio o incentivo promocional un producto incluido permanentemente en la oferta y cuyo coste se incluye en el precio que abona el consumidor.

Encajaría en esta prohibición aquellas hipótesis de ofertas conjuntas del art. 34 LOCM, en las que uno de los elementos de la oferta es presentado como obsequio o incentivo promocional (a través de expresiones tales como “de regalo”, “gratis”) cuando en realidad no se trata de un obsequio promocional sino de un producto incluido permanentemente en la oferta y cuyo coste se incluye en el precio que abona el consumidor<sup>242</sup>.

4. Entre los gastos admisibles está el coste inevitable de la respuesta a la práctica comercial: la llamada de teléfono, el mensaje SMS o la compra de un sobre y un sello. Sin embargo, no serían admisibles los gastos de la llamada de teléfono y del mensaje superiores a los de una llamada o mensaje normales, percibiendo el operador económico que hace la promoción del producto gran parte del importe de la llamada o del mensaje, salvo que se advierta con claridad del coste real de la llamada o del mensaje y el tiempo que se tuviera que emplear para la respuesta no fuera excesivo<sup>243</sup>.

5. También son admisibles los “gastos de entrega” o “gastos de envío”: gastos de transporte, incluido el franqueo o los gastos de embalaje, salvo que en la promoción

---

trataría de premios equivalentes. SÁNCHEZ BARRIO, J. L., “Artículo 22. Prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas”, cit., p. 669, señala que no debe existir en relación a la calidad una equivalencia total al cien por cien y respecto a la equivalencia en cuanto al valor del producto, no sólo habrá que atender al valor económico en sentido estricto, sino que habrá de considerarse otro tipo de elementos como el plazo de garantía.

<sup>239</sup> SÁNCHEZ BARRIO, J. L., “Artículo 22. Prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas”, cit., pp. 668 y 669.

<sup>240</sup> Art. 22.5 LCD.

<sup>241</sup> SÁNCHEZ BARRIOS, J. L., “Art. 22. Prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas”, cit., p. 677, indica que la práctica comercial del art. 22.5 LCD es una copia exacta de la práctica contemplada en el núm. 20 del Anexo I de la Directiva, con algunas diferencias insignificantes.

<sup>242</sup> TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., HERRERA PETRUS, C., “La reforma de la ley de competencia desleal”, cit., p. 163. SÁNCHEZ BARRIOS, J. L., “Artículo 22. Prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas”, cit., p. 680.

<sup>243</sup> SÁNCHEZ BARRIOS, J. L., “Artículo 22. Prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas”, cit., pp. 677 y 679.

comercial se indicara que estos gastos no son del consumidor o estos gastos fuesen más elevados que los del mercado<sup>244</sup>.

### 2.2.3.3. Crear la impresión falsa de que se gana un premio

1. Se considera desleal por engañoso “Crear la impresión falsa, incluso mediante el uso de prácticas agresivas, de que el consumidor o usuario ya ha ganado, ganará o conseguirá un premio o cualquier otra ventaja equivalente si realiza un acto determinado, cuando en realidad: a) No exista tal premio o ventaja equivalente. b) o la realización del acto relacionado con la obtención del premio o ventaja equivalente está sujeto a la obligación, por parte del consumidor o usuario, de efectuar un pago o incurrir en un gasto”<sup>245</sup>, del que no se había advertido previamente al consumidor o usuario, pues en otro caso no existiría engaño alguno.

2. Este precepto incorpora la cláusula 31 de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales<sup>246</sup>, que se encuentra dentro de las “prácticas comerciales agresivas” (como supuesto de influencia indebida sobre el consumidor), mientras que el art. 22.6 LCD, que incorpora la cláusula 31 de la Directiva, se encuentra dentro de las “prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas”. Por tanto, la opción del legislador español ha sido catalogarlas como prácticas engañosas, si bien admitiendo que para “crear esa impresión falsa” (engaño), se pueden utilizar prácticas agresivas<sup>247</sup>.

3. Lo que se sanciona es crear la impresión falsa de que ya se ha ganado o ganará un premio si se realiza un acto determinado<sup>248</sup> porque o bien no existe el premio o ventaja equivalente o bien existe pero para su obtención hay que efectuar un pago o realizar un gasto<sup>249</sup>, del que no se había advertido previamente al consumidor o usuario, pues, en ese caso, como ya vimos, no existiría engaño alguno<sup>250</sup>.

---

<sup>244</sup> SÁNCHEZ BARRIOS, J. L., “Artículo 22. Prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas”, cit., p. 679 y 680.

<sup>245</sup> Art. 22.6 LCD.

<sup>246</sup> Señala SÁNCHEZ BARRIOS, J. L., “Artículo 22. Prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas”, cit., p. 681, que el art. 22.6 LCD es una copia casi exacta del núm. 31 del Anexo I de la Directiva, con algunas diferencias insignificantes.

<sup>247</sup> Este desacoplamiento entre la Directiva comunitaria y el Derecho español, es puesto de manifiesto por TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO – CALERO, P., HERRERA PETRUS, Chr., “La reforma de la ley de competencia desleal”, cit., p. 151, considerando que es el propio art. 22.6 LCD el que puede generar mayores dudas en torno a si nos encontramos ante una práctica engañosa, agresiva o ante una práctica indistintamente engañosa y agresiva. SÁNCHEZ BARRIOS, J. L., “Artículo 22. Prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas”, cit., pp. 633, 681 y 682, considera acertado que el legislador español haya incluido este supuesto dentro de las prácticas promocionales engañosas del art. 22 LCD.

<sup>248</sup> Luego condicionar la ganancia de un premio a la realización de un acto determinado no es un acto desleal. Vid. SÁNCHEZ BARRIOS, J. L., “Artículo 22. Prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas”, cit., p. 682, citando en este sentido la STJCE que señala que es contrario a la Directiva de prácticas comerciales la existencia de una normativa nacional que establezca la prohibición, por principio, sin tener en cuenta las circunstancias específicas del caso concreto, de las prácticas comerciales que supeditan la participación de los consumidores en un concurso o en un juego a la adquisición de un bien o a la contratación de un servicio.

<sup>249</sup> En este sentido, estaría prohibido, como, ya hemos visto, señala la normativa de las Comunidades Autónomas, condicionar la entrega del premio a la compra o adquisición de nuevos productos o servicios, porque entonces para su obtención habría que efectuar un pago o realizar un gasto. Vid., con un enfoque distinto PALAU RAMÍREZ, F., “Sobre la compatibilidad de la normativa.....”, cit., pp. 196 y 197.

4. Este supuesto es diferente del que se comprende en el art. 22.4 LCD, ya más arriba examinado. En efecto, este último precepto, como ya hemos visto, contempla dos supuestos distintos: el ofrecimiento de un premio de forma automática o el ofrecimiento del premio en un concurso o sorteo. Pues bien el supuesto del art. 22.6 LCD, al que ahora nos referimos, se diferencia del anterior porque, en primer lugar, no se ofrece el premio de forma automática sino vinculado a la realización de un acto determinado. En segundo lugar, el premio que se ofrece es completamente seguro para el consumidor y, por tanto, no está vinculado con un concurso o sorteo<sup>251</sup>.

#### 2.2.3.4. Alegar que los bienes o servicios pueden facilitar la obtención de premios en juegos de azar

1. Se reputa desleal por engañoso: “Alegar que los bienes o servicios pueden facilitar la obtención de un premio en juegos de azar”<sup>252</sup>. En este precepto, se procede a la incorporación de la cláusula 16 de la Directiva relativa a las prácticas comerciales desleales.

2. La norma da por supuesto que este tipo de alegaciones son siempre falsas<sup>253</sup>. Solo es desleal, según esta norma, alegar que los bienes o servicios pueden facilitar la obtención de un premio en juegos de azar. Por lo que en principio, cualquier alusión a cuestiones de otro tipo, no serían calificadas de desleales<sup>254</sup>.

Precisamente por esa razón, la norma no tiene por objeto las alegaciones realizadas en el marco de primas que permitan la participación en sorteos<sup>255</sup>.

3. Por lo demás, la inclusión de esta práctica en la lista negra provoca cierta perplejidad, pues no parece que un consumidor medio “normalmente informado y razonablemente

---

Un ejemplo de este supuesto es el que cita CARRASCO PERERA, A., “Prácticas promocionales en la ley de comercio”, cit., p. 143: “Con la adquisición de un producto se regalan noches de hotel gratis”, pero es indispensable que la comida o la cena se realicen en el hotel.

<sup>250</sup> SÁNCHEZ BARRIOS, J., L., “Artículo 22. Prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas”, cit., pp. 683 y 684.

<sup>251</sup> TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., HERRERA PETRUS, C., “La reforma de la ley de competencia desleal”, cit., p. 162. SÁNCHEZ BARRIOS, J. L., “Artículo 22. Prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas”, cit., p. 683.

<sup>252</sup> Art. 23.2 LCD. EMPARANZA SOBEJANO, A., “El régimen jurídico de las prácticas comerciales con los consumidores y usuarios”, cit., p. 84. considera que este supuesto tendría más sentido en el art. 22 LCD, en el que se enumeran propiamente los casos relacionados con las llamadas ofertas señuelo, entre las cuales figura este supuesto. BUITRAGO RUBIRA, J. R., “Prácticas engañosas sobre la naturaleza y propiedades de los bienes o servicios, su disponibilidad y los servicios posventa”, en Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.): “Comentarios a la Ley de Competencia Desleal”, Aranzadi. Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 693. Pone el siguiente ejemplo: una persona accede a una página web. En ella se afirma ¡Enhorabuena!, ha sido usted el visitante 1 millón. Gane siempre a la lotería utilizando combinaciones de algoritmos infalibles. Envíe un sms y recibirá en su teléfono móvil el software que le cambiará la vida.

<sup>253</sup> TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., HERRERA PETRUS, C., “La reforma de la ley de competencia desleal”, cit., p. 164. Sin embargo, BUITRAGO RUBIRA, J. R., “Prácticas engañosas sobre la naturaleza y propiedades de los bienes o servicios, su disponibilidad y los servicios posventa”, cit., p. 693, señala que será la casuística la que determine caso por caso si una concreta actuación tiene cobijo en el art. 23.2 LCD.

<sup>254</sup> MEMENTO DOSSIER FRANCIS LEFEBVRE: “Competencia Desleal”, cit., p. 226.

<sup>255</sup> TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., HERRERA PETRUS, C., “La reforma de la ley de competencia desleal”, cit., p. 164, pues en este caso estaríamos ante una manifestación absolutamente cierta.

atento y perspicaz” pueda variar su comportamiento económico en función de una práctica como la descrita<sup>256</sup> y, en cualquier caso, como se ha indicado más arriba, tendría más sentido haberla incluido en el art. 22 LCD, en el que se enumeran los casos relacionados con las llamadas ofertas señuelo, entre las cuales figura este supuesto.

---

<sup>256</sup> TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., HERRERA PETRUS, C., “La reforma de la ley de competencia desleal”, cit., p. 164.