

Alma Mater Studiorum - Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN
SCIENZE GIURIDICHE

Ciclo 34

Settore Concorsuale: 12/B1 - DIRITTO COMMERCIALE

Settore Scientifico Disciplinare: IUS/04 - DIRITTO COMMERCIALE

CONSEGUENZE CONTRATTUALI DELLE PRATICHE COMMERCIALI
SCORRETTE CONTRO I CONSUMATORI: RAPPORTI FRA DIRITTO
CONTRATTUALE E DELLA CONCORRENZA SLEALE

Presentata da: Antonio Casado Navarro

Coordinatore Dottorato

Renzo Orlandi

Supervisore

Marco Lamandini

Esame finale anno 2022

**CONSEGUENZE CONTRATTUALI DELLE PRATICHE
COMMERCIALI SCORRETTE CONTRO I CONSUMATORI:
RAPPORTI FRA DIRITTO CONTRATTUALE E DIRITTO
DELLA CONCORRENZA SLEALE**

Antonio Casado Navarro

**CONSECUENCIAS NEGOCIALES DE LAS PRÁCTICAS
DESLEALES CONTRA LOS CONSUMIDORES:
RELACIONES ENTRE EL DERECHO DE CONTRATOS Y EL
DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Antonio Casado Navarro

A Sara

SINTESI

Negli ultimi tempi abbiamo assistito a diverse situazioni in cui la contrattazione di prodotti e servizi da parte dei consumatori è stata fortemente influenzata da diverse azioni commerciali che possono essere giudicate come pratiche commerciali sleali per ingannevoli o aggressive. Questa realtà evidenzia l'intensa interrelazione che esiste tra contratto e mercato, e di conseguenza la necessità di articolare ponti di connessione tra il diritto contrattuale e il diritto della concorrenza sleale.

Questa tesi affronta le connessioni tra il diritto dei contratti e il diritto della concorrenza sleale, al fine di analizzare le possibili soluzioni ai problemi derivanti dai contratti di consumo colpiti da pratiche commerciali sleali.

Dopo una breve introduzione in cui si spiega debitamente lo scopo della ricerca e la sua giustificazione, la tesi inizia con un'esposizione della tradizionale situazione di disconnessione tra le discipline contrattuali e concorrenziale. In seguito, si analizzano le connessioni intersettoriali a livello assiologico e funzionale, così come i diversi materiali normativi da cui si deducono queste connessioni ancora incipienti. Sulla base di quanto sopra, vengono esaminati i singoli rimedi che la legge sulla concorrenza sleale mette a disposizione dei consumatori per affrontare le pratiche commerciali sleali, le proposte di *lege ferenda* fornite dalla dottrina nazionale per eliminare gli effetti contrattuali delle pratiche commerciali sleali, nonché le varie soluzioni offerte dai diversi Stati membri dell'UE. Segue un'analisi dei nuovi materiali normativi dell'Unione Europea che approfondiscono il processo di permeabilità tra il diritto contrattuale e il diritto della concorrenza sleale, così come le iniziative legislative volte alla loro incorporazione nel nostro sistema giuridico. La ricerca si conclude con una serie di conclusioni tratte dallo studio realizzato, che terminano con la proposta di alcune linee guida per quello che crediamo sarebbe una corretta incorporazione delle norme comunitari.

RESUMEN

En los últimos tiempos hemos asistido a diversas situaciones en las que la contratación de productos y servicios por parte de los consumidores se encuentra fuertemente influenciada por distintas actuaciones empresariales que pueden calificarse como prácticas comerciales desleales por engañosas o agresivas. Esta realidad pone de manifiesto la intensa interrelación que existe entre contrato y mercado, y consecuentemente la necesidad de articular puentes de conexión entre el Derecho contratos y el Derecho represor de la competencia desleal.

Este trabajo aborda las conexiones apreciables entre el Derecho de contratos y el Derecho represor de la competencia desleal con el fin de analizar las posibles soluciones a los problemas derivados de la contratación de consumo afectada por prácticas comerciales desleales.

Tras una breve introducción donde se da debida cuenta del propósito de la investigación y de su justificación, el trabajo inicia con la exposición de la tradicional situación de desconexión entre las disciplinas contractual y concurrencial. Posteriormente, se analizan las conexiones intersectoriales en los planos axiológico y funcional, así como los distintos materiales normativos de los que se infieren esas aun incipientes conexiones. Sobre la base de lo anterior, se examinan las medidas correctoras individuales que el Derecho de la competencia desleal pone a disposición de los consumidores para hacer frente a las prácticas comerciales desleales, las propuestas de *lege ferenda* proporcionadas por la doctrina patria para remover los efectos contractuales de las prácticas comerciales desleales, así como las diversas soluciones ofrecidas por distintos Estados miembros de la UE. A continuación, se analizan los nuevos materiales normativos provenientes de la Unión Europea que ahondan en el proceso de permeabilización entre el Derecho de contratos y el Derecho de la competencia desleal, así como las iniciativas legislativas tendentes a su incorporación a nuestro ordenamiento. El trabajo concluye con un conjunto de conclusiones reasuntivas entresacadas del estudio realizado, que se clausuran con la propuesta de algunas directrices para lo que entendemos sería una correcta incorporación de la normativa comunitaria.

ABREVIATURAS

apdo.	apartado
AAP	Auto de la Audiencia Provincial
ACM	Anteproyecto de Código Mercantil
BOE	Boletín Oficial del Estado
Cass. c.	Cassazione civile
CC	Código Civil
CCom	Código de Comercio
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DPCD	Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) no 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo
JORF	Journal Officiel de la République Française
MCR	Marco Común de Referencia
LCATBUT	Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias
LCCC	Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo
LCCPCHSI	Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos

	hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito
LCD	Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal
LCDSFDC	Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores
LCGC	Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil
LGDCU	Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
LGP	Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad
LOCM	Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista
LPCCBORP	Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio
LSSICE	Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico
LVPBM	Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles
PDEC	Principios de Derecho Europeo de Contratos
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SCA	Sentence Cour d'appel
SCCass	Sentence Cour de cassation
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLGDCU	Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

ÍNDICE

SINTESI	I
RESUMEN	III
ABREVIATURAS	V
ÍNDICE.....	IX
I. INTRODUZIONE.....	1
1. Scopo della ricerca	1
2. Giustificazione della ricerca.....	4
I. INTRODUCCIÓN	7
1. Propósito de la investigación.....	7
2. Justificación de la investigación.....	10
II. LA TRADICIONAL DESCONEXIÓN ENTRE EL DERECHO DE CONTRATOS Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL	13
1. Planteamiento.....	13
2. Desconexión axiológica	13
3. Desconexión funcional	18
4. Desconexión normativa	20
III. EL PROCESO DE PERMEABILIZACIÓN ENTRE EL DERECHO DE CONTRATOS Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL: CONEXIONES AXIOLÓGICAS Y FUNCIONALES EN EL MARCO DEL DERECHO DE CONSUMO.....	29
1. Planteamiento.....	29
2. Conexiones axiológicas	31
3. Conexiones funcionales.....	40
IV. CONEXIONES NORMATIVAS ENTRE EL DERECHO DE CONTRATOS Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN EL DERECHO CONTRACTUAL DE CONSUMO	49
1. Planteamiento.....	49
2. Deberes de información precontractual	50
3. El principio de la integración publicitaria del contrato	56

4. La integración del contrato en los supuestos de falta de información precontractual	64
5. El régimen de las condiciones generales de la contratación y de los clausulados contractuales predispuestos	66
5.1. <i>El control de transparencia formal.....</i>	68
5.2. <i>El control de transparencia material.....</i>	69
5.3. <i>El control de contenido o de abusividad.....</i>	72
6. El régimen de conformidad de los bienes de consumo con el contrato	78
7. El derecho de desistimiento en la contratación de consumo	83
8. El régimen contractual de los envíos no solicitados.....	90
V. CONEXIONES NORMATIVAS ENTRE EL DERECHO DE CONTRATOS Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN LA DISCIPLINA DE LA DESLEALTAD CONCURRENCIAL	93
1. Planteamiento.....	93
2. La cláusula general prohibitiva de la deslealtad.....	96
2.1. <i>Cuestiones generales.....</i>	96
2.2. <i>La vertiente generalista de la cláusula general.....</i>	98
2.3. <i>La vertiente consumerista de la cláusula general.....</i>	101
2.4. <i>Conexiones entre la cláusula general prohibitiva de la deslealtad con los consumidores y el Derecho de contratos.....</i>	107
3. Actos de engaño y omisiones engañosas.....	109
3.1. <i>Consideraciones preliminares</i>	109
3.2. <i>Las prácticas engañosas por acción.....</i>	111
3.2.1. <i>Las prácticas engañosas en sentido estricto</i>	111
3.2.2. <i>Las prácticas comerciales engañosas por confusión</i>	114
3.2.3. <i>La publicidad comparativa</i>	116
3.2.4. <i>El incumplimiento de los compromisos asumidos en códigos de conducta.....</i>	117
3.3. <i>Las prácticas engañosas por omisión.....</i>	118
3.4. <i>Las prácticas engañosas desleales per se.....</i>	123
3.5. <i>Conexiones entre las prácticas engañosas y el Derecho de contratos.....</i>	130
4. Prácticas agresivas	137
4.1. <i>Cuestiones preliminares.....</i>	137
4.2. <i>Las prácticas agresivas.....</i>	139
4.3. <i>Las prácticas agresivas per se</i>	143

4.4. Conexiones entre las prácticas agresivas y el Derecho de contratos.....	148
VI. EL ESTABLECIMIENTO DE MEDIDAS CORRECTORAS INDIVIDUALES FRENTE A PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES: DERECHO VIGENTE, PROPUESTAS DE <i>LEGE FERENDA</i> Y SOLUCIONES DE DERECHO COMPARADO	155
1. Planteamiento.....	155
2. Las acciones previstas en la LCD	157
3. Propuestas de <i>lege ferenda</i>: La modulación del régimen de los vicios del consentimiento	169
4. El reconocimiento de remedios negociales individuales a favor de los consumidores que contraten afectados por prácticas comerciales desleales en el Derecho comparado	175
4.1. El reconocimiento de un derecho de desistimiento al consumidor que contrate afectado por una práctica comercial desleal.....	175
4.2. La anulabilidad del contrato celebrado como consecuencia de una práctica comercial desleal	178
4.2.1. Polonia.....	179
4.2.2. Portugal	180
4.2.3. Luxemburgo	182
4.2.4. Países Bajos.....	183
4.3. La nulidad del contrato celebrado como consecuencia de una práctica comercial desleal: la solución francesa	184
4.4. El reembolso del precio sin devolución del bien: la solución belga.....	186
4.5. La rescisión del contrato o la rebaja del precio en los contratos concluidos como consecuencia de prácticas comerciales desleales: la solución inglesa.....	190
VII. LA DIRECTIVA (UE) 2019/2161: MEDIDAS CORRECTORAS INDIVIDUALES FRENTE A LAS PRACTICAS COMERCIALES DESLEALES.....	195
1. Planteamiento.....	195
2. Los antecedentes de la Directiva (UE) 2019/2161	197
3. La propuesta de Directiva	200
4. La Directiva (UE) 2019/2161.....	204
4.1. Cuestiones generales.....	204
4.2. El reconocimiento de medidas correctoras individuales a los consumidores afectados por prácticas comerciales desleales: la inclusión de un nuevo art. 11 bis en la DPCD.....	208
4.3. Las conexiones entre el Derecho de la competencia desleal y el Derecho de contratos en la modificación de la DPCD.....	216

5. La no incorporación del nuevo art. 11 bis DPCD al Derecho español.....	223
5.1. <i>El Anteproyecto de Ley por el que se modifica el TRLGDCU, para la mejora y modernización de las normas de protección de los consumidores de la UE y del régimen sancionador en materia de consumo</i>	<i>223</i>
5.2. <i>El Real Decreto-ley 24/2021: la no incorporación al Derecho español de remedios negociales frente a prácticas comerciales desleales y el recurso (como solución provisional) a la acción de remoción prevista en la LCD</i>	<i>233</i>
VIII. CONCLUSIONES.....	239
VIII. CONCLUSIONI.....	261
IX. BIBLIOGRAFÍA.....	281

I. INTRODUZIONE

1. Scopo della ricerca

Negli ultimi tempi abbiamo assistito –e continuiamo ad assistere– a diverse situazioni in cui la contrattazione di alcuni prodotti e servizi avviene in un contesto dominato da tecniche di marketing basate su informazioni inesatte e insufficienti, o sottomesso da un atteggiamento aggressivo da parte dell'offerente.

Un esempio paradigmatico delle prime è la commercializzazione di prodotti finanziari complessi a clienti non specializzati: obbligazioni strutturati commercializzati come depositi a termine, swap mascherati da assicurazione sui tassi di interesse, partecipazioni preferenziali fornite come titoli a reddito fisso e prodotti finanziari complessi camuffati da assicurazioni sulla vita¹. Inoltre, l'ambiente digitale è diventato un terreno particolarmente fertile per il fiorire di questo tipo di pratiche ingannevoli, sia come conseguenza dei deficit di informazione che si verificano nel campo della contrattazione elettronica, sia come risultato delle nuove tecniche di marketing che emergono nel mercato digitale, per esempio l'influencer marketing².

Tra le seconde, sono particolarmente frequenti le offerte telefoniche non richieste, l'invio di e-mail di massa³, o l'acquisto di smartphone legati alla fornitura di servizi telefonici attraverso contratti con “clausole di permanenza” o “fedeltà forzata”⁴.

Il denominatore comune di tutte queste situazioni è che la contrattazione di beni e servizi è fortemente influenzata dalla condotta commerciale che si manifesta nella fase precedente alla conclusione del contratto o anche al momento della contrattazione e che ha un impatto diretto sulla formazione della volontà contrattuale del cliente finale.

¹ MARIMÓN DURÁ, R., “Información engañosa o deficiente en el mercado bancario y protección del cliente a través de la Ley de Competencia Desleal”, en AA.VV. (Eds. PACIELLO, A. y GUIZZI, G.), *Crisi dell'Impresa e Ruolo dell'informazione*, Torino, Giuffrè, 2016, p. 311 y ss.

² Su questo tipo di pubblicità, *vid.* GONZÁLEZ PONS, E., “Prácticas comerciales desleales e influencers. Un nuevo reto para el Derecho de la competencia desleal”, en AA.VV. (Dir. TATO PLAZA, A., COSTAS COMESAÑA, J., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. I. y TORRES PÉREZ, F. J.), *Nuevas tendencias en el Derecho de la competencia y de la propiedad industrial II*, Granada, Comares, 2019, p. 51 y ss.

³ Sull'argomento, *vid.* EMPARANZA SOBEJANO, A., “Las propuestas telefónicas o por correo electrónico no deseadas: un supuesto de práctica agresiva por acoso”, en *Actas de Derecho Industrial*, núm. 31, 2010-2011, p. 153 y ss.

⁴ Su questa problematica, RUIZ MARTIN, A. M., “«Cláusulas de permanencia», prácticas comerciales desleales, y estrategias competitivas a la luz de ciertos contratos con operadoras móviles en España: Una visión holística del asunto”, en *Anales De Derecho*, vol. 37, núm. 1, 2019, p. 1 y ss.

Il problema sorge quando il cliente contraente colpito da questo tipo di pratiche ingannevoli o aggressive decide di rescindere il contratto. Infatti, è ovvio che questo tipo di contratto ha come causa una pratica commerciale sleale. O, se si preferisce, che l'azione disonesta compiuta sul mercato dal professionista ha un effetto decisivo sulla conclusione del contratto.

Sotto i parametri del diritto contrattuale tradizionale, il cliente colpito da questo tipo di pratiche –che potrebbero essere qualificate senza molte difficoltà come sleali secondo la LCD– non ha altri rimedi a sua disposizione che quelli previsti dal regime dei vizi del consenso. E, sebbene la constatazione di una pratica sleale ingannevole o aggressiva possa essere un indizio dell'esistenza di uno di questi vizi, ciò non esime la parte colpita dalla necessità di provare il concorso dei diversi presupposti che devono essere soddisfatti in ogni caso secondo quanto sostenuto dalla dottrina privatista sulla base della regolamentazione del Codice Civile. Il ricorso alle norme che reprimono la concorrenza sleale avrebbe solo un effetto preventivo, dato che, attualmente, la constatazione di una pratica ingannevole o aggressiva secondo la LCD non produce effetti sul piano contrattuale.

Lo scollamento tra il diritto contrattuale e il diritto della concorrenza sleale può quindi essere visto senza troppe difficoltà. Questo scollamento era particolarmente evidente prima dell'emergere del diritto dei consumatori.

In effetti, il diritto contrattuale e il diritto della concorrenza sleale sono aree del diritto con una storia e una cultura ineguali. Anche se è vero che il diritto contrattuale codificato e il diritto della concorrenza sono stati originariamente ispirati dagli stessi postulati ideologici, sociologici ed economici, il loro scopo è quello di fornire una soluzione a problemi dissimili. Quindi, il loro successivo sviluppo ed evoluzione hanno seguito percorsi diversi.

Tuttavia, ciò non ha impedito che questi percorsi convergano gradualmente nel tempo, il che ci pone di fronte a sistemi giuridici che sono chiamati a comprendersi e completarsi a vicenda. Ed è proprio il diritto dei consumatori che offre questi punti di connessione intersettoriali.

Così come il mercato non può essere concepito senza i contratti, che sono il culmine dei processi di comunicazione, marketing, pubblicità e promozione sviluppati nel traffico economico, il diritto contrattuale e il diritto della concorrenza sleale sono settori normativi destinati a relazionarsi e compenetrarsi. Lo scopo di questo studio è essenzialmente questo: analizzare la necessaria

convergenza tra il diritto contrattuale e il diritto della concorrenza sleale dalla prospettiva del diritto dei consumatori.

Pertanto, questo lavoro è inquadrato nel quadro del diritto di protezione dei consumatori e, di conseguenza, prende in considerazione principalmente l'interazione apprezzabile tra il diritto contrattuale e il diritto della concorrenza sleale nell'ambito delle relazioni tra professionisti e consumatori (B2C). Ciò non pregiudica il fatto che una certa attenzione specifica è rivolta anche a questo problema nel contesto delle relazioni tra professionisti (B2B).

Questo scopo, che potrebbe essere descritto come l'obiettivo generale della ricerca, è suddiviso in una serie di obiettivi più specifici, che possono essere definiti come segue:

Primo: Studiare le connessioni assiologiche e funzionali che esistono tra il diritto contrattuale dei consumatori e la disciplina della slealtà concorrenziale.

Secondo: Analizzare i diversi materiali normativi che, nell'ambito del diritto contrattuale dei consumatori, incarnano le connessioni assiologiche e funzionali di cui sopra.

Terzo: Esaminare le connessioni normative che, all'interno della LCD, evidenziano le suddette connessioni assiologiche e funzionali.

Quarto: Confrontare le diverse soluzioni fornite dal nostro diritto positivo e dalla dottrina nazionale al problema della contrattazione con i consumatori colpiti da pratiche commerciali sleali con quelle provviste dai sistemi giuridici di alcuni dei nostri Stati vicini.

Quinto: Analizzare i nuovi materiali normativi emanati in questo settore dall'Unione Europea, volti a mediare la relazione esistente tra il diritto contrattuale dei consumatori e la disciplina della slealtà concorrenziale. In particolare, il nuovo articolo 11 bis DPCD introdotto dalla direttiva (UE) 2019/2161 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 novembre 2019, che modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio e le direttive 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori. Questa disposizione è rilevante nel caso in questione in quanto attribuisce conseguenze contrattuali ai contratti conclusi a seguito di una pratica commerciale che può essere considerata ingannevole o aggressiva secondo i parametri del diritto della concorrenza sleale.

Sesto: Proporre una regolamentazione che incorpori la suddetta riforma comunitaria nel nostro sistema giuridico.

La ricerca segue fundamentalmente la struttura gnoseologica che è stata tradizionale nell'epistemologia giuridico-commerciale per diversi decenni. Lo studio si basa su un'analisi della realtà socio-economica e un esame de *lege lata* dei problemi analizzati, cercando di fornire soluzioni specifiche alle diverse questioni che si presentano. Questo lavoro è completato da riflessioni e proposte di *lege ferenda* volte a guidare le future riforme legislative in questo settore. In questa ricerca, dunque, passato, presente e futuro dei problemi analizzati vanno di pari passo, cercando di offrire al giurista interessato a questo tema le principali chiavi di lettura in tutte le sue complesse e plurali dimensioni.

2. Giustificazione della ricerca

L'istituzione delle necessarie connessioni assiologiche, funzionali e normative tra il diritto contrattuale e la disciplina della concorrenza sleale risulta essere una delle grandi sfide del legislatore spagnolo contemporaneo. Allo stesso tempo, il suo studio appare come un compito improrogabile per la giurisprudenza e la dottrina scientifica.

Infatti, se l'esperienza dimostra che contratto e mercato sono realtà intimamente collegate e interconnesse, il diritto contrattuale e la disciplina della concorrenza sleale non possono essere configurati come settori normativi indipendenti, separati e scollegati.

Tuttavia, si tratta di una questione particolarmente delicata, sensibile e complessa, poiché riguarda la ventura stessa del sistema giuridico ed economico. Si tratta quindi di una questione che, come la dottrina ha già chiarito, richiede una riflessione profonda e calma, dove la fretta e la avventatezza sono il nemico da evitare⁵.

Oltre alla rilevanza (dogmatica e pratica) dell'argomento in studio, ci sono diverse ragioni che giustificano la presente ricerca. Questi possono essere riassunti come segue:

In primo luogo, la classica segmentazione o compartimentazione delle normative che si sono occupate di regolare la realtà contrattuale e concorrenziale, così come il loro lento ma graduale processo di convergenza e comprensione. Se, tradizionalmente, il diritto contrattuale e il diritto della concorrenza sleale si sono

⁵ MIRANDA SERRANO, L. M. y PAGADOR LÓPEZ, J., "La necesidad de establecer conexiones normativas entre el Derecho de la competencia desleal y el Derecho de contratos", en *Diario La Ley*, núm. 8464, 2015, p. 10.

configurati come settori normativi che hanno affrontato la regolamentazione del contratto e del mercato da una prospettiva strabica, non focalizzata sulla parte di realtà affidata all'altra disciplina, passo dopo passo si stanno introducendo considerazioni valutative e sviluppi normativi che permettono di apprezzare l'inizio di un processo di permeabilità tra essi.

In secondo luogo, lo scarso interesse che la questione ha suscitato negli ambienti accademici. Di fatto, si può affermare in termini generali che la dottrina spagnola (con onorevoli e notevoli eccezioni) non ha prestato particolare attenzione allo studio delle necessarie connessioni che devono esistere tra la disciplina contrattuale e quella concorrenziale.

In terzo luogo, e alla luce della situazione a cui ho appena fatto riferimento, sembra opportuno prestare attenzione alle diverse soluzioni e meccanismi di regolamentazione di questa connessione intersettoriale che sono stati proposti nel diritto comparato. Se, fino a non molto tempo fa, non c'erano quasi ordinamenti giuridici nazionali che attribuissero specifiche conseguenze contrattuali alle infrazioni del diritto della concorrenza sleale, in tempi recenti diversi Stati membri dell'UE hanno incorporato rimedi contrattuali in questa direzione. È vero che le soluzioni adottate in questi sistemi giuridici sono veramente eterogenee, non solo per quanto riguarda le sanzioni contrattuali arbitrate, ma anche per il loro ambito di applicazione, presupposti e portata.

In quarto luogo, le nuove iniziative di regolamentazione derivanti dalla legislazione europea che cercano di rispondere ai problemi contrattuali causati dalle pratiche commerciali sleali. Infatti, come già evidenziato, la direttiva (UE) 2019/2161 introduce un nuovo articolo 11 bis alla DPCD, che impone agli Stati membri l'obbligo di adottare specifiche misure contrattuali volte a eliminare gli effetti contrattuali delle pratiche commerciali sleali. Questo mandato comunitario, naturalmente, deve essere incorporato nelle diverse legislazioni nazionali, ma trattandosi di una regolamentazione minima, la sua incorporazione nelle legislazioni nazionali può causare non pochi problemi.

Tutte queste circostanze, brevemente descritte sopra, giustificano la presente ricerca. Ma, inoltre, un'attenta contemplazione della realtà socio-economica rivela l'esistenza di un insieme di circostanze di natura pratica che rendono ancora più necessario intraprendere uno studio come quello qui realizzato. Ci riferiamo, in particolare, al considerevole aumento del numero di casi di contrattazione di beni e servizi realizzati come risultato dell'uso di diverse tecniche di marketing e commercializzazione; alla crescente complessità dei prodotti e servizi messi a disposizione dei consumatori e degli utenti; al processo

di espansione e diversificazione in atto nel campo del marketing e della distribuzione commerciale; e al ruolo decisivo che un'adeguata protezione degli interessi dei consumatori svolge come supporto agli scambi commerciali in un'economia sempre più globale e digitale.

I. INTRODUCCIÓN

1. Propósito de la investigación

En los últimos tiempos hemos asistido –y seguimos asistiendo– a diversas situaciones en las que la contratación de determinados productos y servicios se desarrolla en un contexto presidido por técnicas de comercialización basadas en una información inexacta e insuficiente, o dominadas por una actitud agresiva por parte del oferente.

Como ejemplo paradigmático de las primeras podemos citar la comercialización de productos financieros complejos dirigida a clientes poco especializados: depósitos o bonos estructurados comercializados como depósitos a plazo, permutas financieras camufladas como seguros sobre tipos de interés, participaciones preferentes colocadas como títulos de renta fija y productos de inversión complejos revestidos de seguros de vida⁶. Además, el entorno digital se ha convertido en un terreno especialmente fértil para el florecimiento de este tipo de prácticas engañosas, ya sea como consecuencia de los déficits informativos que se dan en el ámbito de la contratación electrónica, o como resultado de las nuevas técnicas de comercialización que surgen en el mercado digital, como es el caso del *influencer marketing*⁷.

Entre las segundas, son particularmente frecuentes las propuestas telefónicas no solicitadas, el envío de correos electrónicos masivos⁸, o la adquisición de *smartphones* vinculados a la prestación del servicio de telefonía mediante contratos con “cláusulas de permanencia” o de “fidelidad forzosa”⁹.

Todas estas situaciones tienen como denominador común la contratación de unos bienes y servicios fuertemente influenciada por conductas empresariales que se manifiestan en la fase previa a la celebración del contrato o incluso en el momento de la contratación y que inciden de forma directa en la conformación de la voluntad negocial del cliente final.

⁶ MARIMÓN DURÁ, R., “Información engañosa o deficiente en el mercado bancario y protección del cliente a través de la Ley de Competencia Desleal”, en AA.VV. (Eds. PACIELLO, A. y GUIZZI, G.), *Crisi dell'Impresa e Ruolo dell'informazione*, Torino, Giuffrè, 2016, p. 311 y ss.

⁷ Acerca de este tipo de publicidad, *vid.* GONZÁLEZ PONS, E., “Prácticas comerciales desleales e *influencers*. Un nuevo reto para el Derecho de la competencia desleal”, en AA.VV. (Dir. TATO PLAZA, A., COSTAS COMESAÑA, J., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. I. y TORRES PÉREZ, F. J.), *Nuevas tendencias en el Derecho de la competencia y de la propiedad industrial II*, Granada, Comares, 2019, p. 51 y ss.

⁸ Sobre este particular, *vid.* EMPARANZA SOBEJANO, A., “Las propuestas telefónicas o por correo electrónico no deseadas: un supuesto de práctica agresiva por acoso”, en *Actas de Derecho Industrial*, núm. 31, 2010-2011, p. 153 y ss.

⁹ Sobre esta problemática, RUIZ MARTIN, A. M., “«Cláusulas de permanencia», prácticas comerciales desleales, y estrategias competitivas a la luz de ciertos contratos con operadoras móviles en España: Una visión holística del asunto”, en *Anales De Derecho*, vol. 37, núm. 1, 2019, p. 1 y ss.

El problema surge cuando el cliente que contrata afectado por este tipo de prácticas engañosas o agresivas decide poner fin al contrato. Y es que resulta palmario que este tipo de contratación es consecuencia de una mala praxis empresarial desarrollada en el mercado. O, si se prefiere, que la actuación deshonesta realizada en el mercado por el empresario afecta de forma decisiva a la celebración del contrato.

Bajo los parámetros del tradicional Derecho de contratos, el cliente afectado por este tipo de prácticas –que podrían calificarse sin mucha dificultad como desleales conforme a la LCD– no tiene a su disposición más remedios que los que le proporciona el régimen de los vicios del consentimiento. Y, aunque la constatación de una práctica desleal engañosa o agresiva pueda suponer un indicio de la existencia de uno de estos vicios, ello no exime al afectado de la necesidad de probar la concurrencia de los distintos presupuestos que han de cumplirse en cada caso de acuerdo con lo sostenido por la doctrina privatista sobre la base de la regulación del Código Civil. El recurso a la normativa represora de la competencia desleal sólo tendría una eficacia preventiva, dado que en la actualidad la constatación de una práctica engañosa o agresiva conforme a la LCD no produce efectos en el plano negocial.

Se constata, por tanto, sin excesiva dificultad la situación de desconexión que existe entre el Derecho de contratos y el Derecho de la competencia desleal. Esta desconexión se hacía especialmente palpable con anterioridad a la irrupción del denominado Derecho de consumo.

En efecto, el Derecho de contratos y el Derecho de la competencia desleal son sectores normativos con desigual historia y cultura. Aunque es cierto que el Derecho contractual codificado y la normativa concurrencial se inspiran originalmente en postulados ideológicos, sociológicos y económicos coincidentes, su finalidad se endereza a dar solución a problemas disímiles. De ahí que su posterior desarrollo y evolución hayan discurrido por caminos diversos.

Ahora bien, ello no ha impedido que con el paso del tiempo estos caminos hayan ido paulatinamente convergiendo, lo que nos sitúa ante ordenamientos que están llamados a entenderse y complementarse. Y es precisamente el Derecho de consumo el que ofrece esos puntos de conexión intersectoriales.

Al igual que el mercado no puede concebirse sin contratos, que son la culminación de los procesos de comunicación, comercialización, publicidad y promoción desarrollados en el mercado, el Derecho de contratos y el Derecho de

la competencia desleal son sectores normativos que están destinados a relacionarse y compenetrarse. El propósito del presente estudio es esencialmente éste: analizar la necesaria convergencia entre el Derecho de contratos y el Derecho de la competencia desleal desde la perspectiva del Derecho de consumo.

Por tanto, este trabajo se enmarca dentro del Derecho protector de los consumidores y usuarios y, en consecuencia, tiene en cuenta, fundamentalmente, la interacción apreciable entre el Derecho de contratos y la normativa de la competencia desleal en el marco de las relaciones entre empresarios y consumidores (B2C). Lo anterior sin perjuicio de que se preste también alguna atención puntual a esta problemática en el seno de las relaciones interempresariales (B2B).

Este propósito, que podría calificarse como objetivo general de la investigación, se desgana en una serie de objetivos más concretos que pueden fijarse en los siguientes:

Primero: Estudiar las conexiones axiológicas y funcionales que existen entre el Derecho contractual de consumo y la normativa represora de la competencia desleal.

Segundo: Analizar los distintos materiales normativos que, en el ámbito del Derecho contractual de consumo, plasman las conexiones axiológicas y funcionales a las que se acaba de hacer referencia.

Tercero: Examinar las conexiones normativas que, en el seno de la LCD, ponen de relieve las referidas conexiones axiológicas y funcionales.

Cuarto: Comparar las distintas soluciones que proporcionan tanto nuestro Derecho positivo, como la doctrina patria al problema de la contratación con consumidores afectada por prácticas comerciales desleales con las suministradas por los ordenamientos de algunos Estados de nuestro entorno.

Quinto: Analizar los nuevos materiales normativos emanados en esta materia de la Unión Europea, encaminados a mediar en la relación existente entre el Derecho contractual de consumo y el Derecho represor de la competencia desleal. En concreto, el nuevo art. 11 bis DPCD introducido por la Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión. Este precepto es relevante en el asunto que nos ocupa por anudar consecuencias negociales a los contratos

celebrados como consecuencia de una práctica comercial que pueda reputarse engañosa o agresiva de conformidad con los parámetros valorativos del Derecho de la competencia desleal.

Sexto: Proponer una regulación que incorpore la antedicha reforma comunitaria a nuestro ordenamiento jurídico.

La investigación se adecúa básicamente a la estructura gnoseológica que es tradicional en la epistemología jurídico-mercantil desde hace varias décadas. El estudio parte del análisis de la realidad socioeconómica y del examen *de lege lata* de la problemática analizada, tratando de aportar soluciones concretas a las distintas cuestiones que se plantean. A esta labor se suma, además, el complemento –siempre enriquecedor– de reflexiones y propuestas *de lege ferenda* encaminadas a orientar las futuras reformas legislativas en la materia. Se dan la mano, por tanto, en la presente investigación, el pasado, presente y futuro de la problemática analizada, tratando de ofrecer al jurista interesado en este asunto las claves principales para entenderlo en todas sus complejas y plurales dimensiones.

2. Justificación de la investigación

El establecimiento de las necesarias conexiones tanto axiológicas como funcionales y normativas entre el Derecho de contratos y la disciplina de la deslealtad concurrencial aparece como uno de los grandes retos que se plantea al legislador español contemporáneo. De forma paralela, su estudio se presenta como una tarea inaplazable para la jurisprudencia y la doctrina científica.

En efecto, si la experiencia demuestra que contrato y mercado son realidades íntimamente conectadas e interrelacionadas, el Derecho de contratos y la disciplina de la competencia desleal no pueden configurarse como sectores normativos independientes, separados y desconectados.

Ahora bien, nos encontramos frente a una cuestión especialmente delicada, sensible y compleja, toda vez que afecta a la nervadura del propio sistema jurídico y económico. Se trata, por tanto, de una materia que, como ya ha puesto de manifiesto la doctrina, precisa de una profunda y pausada reflexión, donde la precipitación y la prisa son el enemigo a evitar¹⁰.

¹⁰ MIRANDA SERRANO, L. M. y PAGADOR LÓPEZ, J., “La necesidad de establecer conexiones normativas entre el Derecho de la competencia desleal y el Derecho de contratos”, en *Diario La Ley*, núm. 8464, 2015, p. 10.

Junto a la relevancia (dogmática y práctica) de la materia objeto de estudio, son varios los motivos que justifican la presente investigación. De forma sintética, estos pueden concretarse en los siguientes:

En primer lugar, la clásica segmentación o compartimentación de las regulaciones que se han ocupado de reglamentar la realidad contractual y concurrencial, así como su lento pero gradual proceso de convergencia y entendimiento. Si tradicionalmente el Derecho de contratos y el Derecho de la competencia desleal se han configurado como sectores normativos que han encarado la regulación del contrato y del mercado desde una óptica estrábica desenfocada de la parte de la realidad encomendada a la otra disciplina, poco a poco van introduciéndose consideraciones valorativas y desarrollos normativos que permiten apreciar el inicio de un proceso de permeabilización entre ellos.

En segundo lugar, el escaso interés que esta cuestión ha despertado en los círculos académicos. En efecto, cabe afirmar en términos generales que la doctrina española (salvo honrosas y notables excepciones) no ha prestado especial atención al estudio de las necesarias conexiones que deben existir entre las diciplinas contractual y concurrencial.

En tercer lugar y ante la situación a la que acabo de referirme, parece conveniente prestar atención a las distintas soluciones y mecanismos normativos de conexión intersectorial que desde el Derecho comparado se han ido proponiendo. Si hasta no hace mucho, apenas existían ordenamientos nacionales que anudaran consecuencias contractuales específicas al incumplimiento de la normativa concurrencial, en los últimos tiempos son varios los Estados miembros de la UE que han incorporado remedios negociales en esa dirección. Bien es cierto que las soluciones adoptadas en estos ordenamientos son realmente heterogéneas, no sólo en lo que se refiere a las sanciones negociales arbitradas, sino también en lo que atañe a su ámbito de aplicación, presupuestos y alcance.

En cuarto lugar, las nuevas iniciativas regulatorias que emanan de la legislación comunitaria y que tratan de dar respuesta a los problemas negociales ocasionados por las prácticas comerciales desleales. Como ya se ha puesto de manifiesto, la Directiva (UE) 2019/2161 introduce un nuevo art. 11 bis en la DPCD en el que se impone a los Estados miembros la obligación de adoptar medidas contractuales específicas encaminadas a eliminar los efectos negociales derivados de las prácticas comerciales desleales. Este mandato comunitario, como es natural, ha de ser incorporado a los distintos ordenamientos nacionales, pero siendo una regulación de carácter mínimo, su engarce en la normativa patria puede ocasionar no pocos problemas.

Todas estas circunstancias, someramente expuestas, justifican la presente investigación. Pero, además, la atenta contemplación de la realidad socioeconómica pone de manifiesto la existencia de un conjunto de circunstancias de naturaleza práctica que ahondan en la necesidad de acometer un estudio como el que aquí se efectúa. Nos referimos, en concreto, al considerable aumento de supuestos de contratación de bienes y servicios realizados como consecuencia de la utilización de diferentes técnicas de comercialización y marketing; a la creciente complejidad de los productos y servicios que se ponen a disposición de los consumidores y usuarios; al proceso de expansión y diversificación sufrido en el ámbito de la mercadotecnia y la distribución comercial; y al papel decisivo que una adecuada protección de los intereses de los consumidores y usuarios desempeña como soporte de los intercambios comerciales en una economía cada vez más global y digital.

II. LA TRADICIONAL DESCONEXIÓN ENTRE EL DERECHO DE CONTRATOS Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL

1. Planteamiento

El Derecho contractual codificado y la normativa represora de la competencia desleal son sectores normativos con desigual historia y cultura. Aunque ambos partieron de postulados ideológicos, sociológicos y económicos comunes, su posterior evolución y desarrollo han discurrido por cauces distintos. El diferente discurrir de estas normativas responde a las diversas finalidades y funciones que históricamente han estado llamadas a cumplir. En rigor, una y otra partieron de una concepción estrábica de la realidad por ellas regulada. Mientras el Derecho contractual puso el foco de atención única y exclusivamente en el contrato, en cambio, el Derecho de la competencia desleal desvió su mirada hacia el mercado y las conductas empresariales que en él tienen lugar. Se explica así que contrato y mercado se hayan venido configurando normativamente como realidades separadas e independientes.

Desde una perspectiva histórica, se ha partido de la idea de que los problemas generados en el marco del contrato no afectaban al mercado y, a la inversa, las cuestiones suscitadas en el mercado no influían en el vínculo contractual. Por eso, el Derecho de contratos no tenía que hacerse cargo de los avatares del mercado y de las conductas que los potenciales contratantes ponían en práctica en su seno. Y, de forma paralela, el Derecho represor de la competencia desleal tomaba distancia de la relación contractual surgida como consecuencia de las prácticas concurrenciales por él reguladas.

Sobre la base de lo anterior, no es erróneo concluir que tradicionalmente el Derecho de contratos y la disciplina de la deslealtad concurrencial se han concebido y configurado como sectores normativos independientes y desconectados. Dicha desconexión puede apreciarse no sólo en los valores e intereses tutelados por una y otra normativa, sino también en las distintas funciones que tenían encomendadas, lo que se traduce necesariamente a nivel normativo en la existencia de una clara desconexión entre ambas.

2. Desconexión axiológica

El Derecho de contratos y el Derecho de la competencia desleal han estado tradicionalmente inspirados por valores disímiles y encaminados a tutelar intereses diversos.

Por una parte, el Derecho de contratos se ha configurado clásicamente como un sector del ordenamiento encaminado a agilizar los intercambios entre sujetos privados, a tutelar la posición contractual que éstos asumen en virtud de su autonomía de la voluntad y a salvaguardar la seguridad del tráfico.

El contrato se erige como el vehículo jurídico indispensable para que se produzca el intercambio de bienes y servicios. Esta función se potencia, en gran medida, gracias a la flexibilidad que preside la configuración jurídica de la institución contractual en los Códigos decimonónicos. Éstos, en efecto, asientan la regulación de esta materia sobre los principios de la autonomía de la voluntad y la libertad de forma¹¹. De modo que las partes contratantes pueden establecer los pactos y acuerdos que tengan por conveniente, sin más limitaciones que las impuestas por la ley imperativa, la moral y el orden público, y en cualquier forma que permita la simple prestación de su consentimiento.

Junto a ello, el aseguramiento de los intercambios entre sujetos privados se garantiza en la normativa contractual mediante la fijación de un sistema estándar de regulación de los distintos tipos de contrato que distribuye los riesgos contractuales y establece las reglas que regirán la relación contractual en defecto de acuerdo de los contratantes.

Dado el papel preponderante que el Derecho de contratos brinda a la autonomía de la voluntad, este sector normativo está configurado por un conjunto de normas mayoritariamente dispositivas, ideadas para tutelar a las partes contratantes, aunque éstas pueden separarse de sus dictados y sustituirlos por otros mecanismos transaccionales¹². Se garantiza de este modo la libertad contractual y con ella, indirectamente, la justicia contractual¹³. Y ello por cuanto que la regulación contractual codificada parte de que el contrato es el mejor arreglo de los intereses privados porque es una obra común de los contratantes, que se encuentran en igual situación y en un mismo plano económico¹⁴.

¹¹ PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, t. 2, vol. 1, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 1978, p. 6.

¹² DE CASTRO, F., “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La defensa del consumidor”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. XXXV-IV, 1982, p. 1059 y ss.; y PEINADO GRACIA, J. I., “Consumidores, contratos, seguridad y costes alternativos. Documento público y documento privado en la protección de consumidores”, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 237, 2000, p. 1120.

¹³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “Trascendencia del principio de protección de los consumidores en el Derecho de obligaciones”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. XLVII, fasc. I, 1994, p. 61.

¹⁴ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, 5ª ed., Madrid, Civitas, 1996, p. 122.

Al mismo tiempo, el Derecho de obligaciones y contratos proporciona a los contratantes los diferentes remedios que tienen a su disposición en el caso de incumplimiento, dando así eficacia a la intención de las partes¹⁵.

De esta forma, el Derecho contractual codificado está orientado a la tutela de la seguridad del tráfico, puesto que, no sólo garantiza la obligatoriedad del contrato, sino que también permite a las partes delimitar sus derechos y obligaciones y, en caso de que no lo hagan, define sus respectivas posiciones contractuales¹⁶.

Por otra parte, el Derecho de la competencia desleal aparece como una de las disciplinas más sensibles a la evolución de las relaciones económicas. Su origen histórico se sitúa en el mismo momento fundacional del liberalismo económico, como consecuencia de la abolición de los gremios y de la proclamación de la libertad de industria y comercio. Su posterior desarrollo ha estado estrechamente vinculado a los distintos cambios socioeconómicos que han ido sucediéndose en el tiempo¹⁷. No es de extrañar, por tanto, que los valores que inspiran su regulación y la finalidad a la que se orienta hayan ido mutando al compás de dichos cambios.

En una primera etapa, que ha dado en denominarse *paleoliberal*, el régimen de la competencia desleal queda circunscrito a la tutela de la propiedad industrial. Y es que, en este momento histórico, caracterizado por una rígida afirmación de los postulados liberales, la actuación legislativa conducente a reprimir la deslealtad, en tanto que restrictiva de la libertad de industria y comercio, sólo puede encontrar justificación en una expresa prohibición legal en defensa de derechos de propiedad (marcas, nombres comerciales, etc.).

¹⁵ PAZ-ARES, C., “La economía política como jurisprudencia racional”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. XXXIV, fasc. III, 1981, p. 667 y ss.

¹⁶ PANIAGUA ZURERA, M. y MIRANDA SERRANO, L. M., “La protección de los consumidores y usuarios y la irrupción del Derecho de los consumidores”, en AA.VV. (Coords. MIRANDA SERRANO, L. M. y PAGADOR LÓPEZ, J.), *Derecho (privado) de los consumidores*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 26.

¹⁷ Sobre el proceso evolutivo del Derecho represor de la competencia desleal, vid. MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal*, 1ª ed., Madrid, Civitas, 1988, *passim*; PAZ-ARES, C., “El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista a la política antitrust (Un ensayo sobre el Derecho alemán de la competencia desleal)”, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 159, 1981, p. 7 y ss.; GHIDINI, G., “Competencia desleal: Desde la matriz corporativa a los intereses del mercado”, en GHIDINI, G., *Aspectos actuales del Derecho Industrial, Propiedad Intelectual y competencia*, traducción a cargo de MARTÍ MOYA, V., Granada, Comares, 2002, p. 103 y ss.; BARONA VILAR, S., *Competencia desleal: tutela jurisdiccional - especialmente proceso civil- y extrajurisdiccional*, t. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 58 y ss.; y MIRANDA SERRANO, L. M. y PANIAGUA ZURERA, M., “La protección de los consumidores y usuarios en la fase previa a la contratación: la tutela de la libertad negocial”, en AA.VV. (Coords. MIRANDA SERRANO, L. M. y PAGADOR LÓPEZ, J.), *Derecho (privado) de los consumidores*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 65.

La consolidación del sistema económico liberal vino de la mano del logro de un apreciable grado de desarrollo industrial con la aparición del maquinismo, las nuevas invenciones tecnológicas y las operaciones de concentración empresarial. En este contexto, la lucha competitiva se vuelve especialmente agresiva y los operadores económicos ponen en marcha nuevas técnicas de captación de la clientela particularmente deshonestas. Se abre así paso el conocido como modelo *corporativo* o *profesional* de la disciplina de la competencia desleal. Este nuevo modelo trata de dar respuesta a las reivindicaciones empresariales que demandaban un nuevo régimen represor de la competencia desleal más ajustado a las nuevas circunstancias socioeconómicas.

A tal efecto, se establece un régimen represor de la competencia desleal que tiene por finalidad proteger a los empresarios frente a las actuaciones poco escrupulosas de otros empresarios competidores. Para ello, el criterio de enjuiciamiento de la deslealtad se sitúa en las normas de corrección o buenos usos mercantiles o, si se prefiere, en los usos honestos en materia industrial y comercial. Por consiguiente, la sanción de la deslealtad ya no sólo dependerá de la vulneración de derechos de propiedad industrial, sino también de la conculcación de aquellos intereses que el propio círculo de empresarios considere dignos de protección, por su conformidad con los usos honestos o las buenas costumbres comerciales o industriales. De ahí que este nuevo Derecho de la competencia desleal se articule sobre una premisa común y fundamental: se ha de conferir protección a un empresario frente a las actuaciones incorrectas de sus competidores directos; lo que supone exigir la existencia de una relación de competencia directa entre el empresario perjudicado y el empresario autor del comportamiento desleal.

Posteriormente, la aparición de un nuevo escenario socioeconómico reclama un nuevo Derecho de la competencia desleal construido sobre bases distintas de las que hasta entonces habían presidido la elaboración de la disciplina. Las crisis económicas de 1914 y de 1929 y, fundamentalmente, el estallido de la segunda guerra mundial, dan lugar a la aparición de nuevas corrientes políticas y económicas superadoras del capitalismo liberal. Esta sucesión de hechos hace sentir la necesidad de que el Estado intervenga la economía en un doble plano. De un lado, en la tutela de los intereses de los consumidores en tanto que parte débil de las relaciones de mercado. De otro, en la ordenación y represión de los comportamientos empresariales que restringen o falsean la competencia (Derecho *antitrust*).

Es en ese momento histórico cuando se solicita la derogación del anterior Derecho represor de la competencia desleal, de signo corporativo o profesional, y la promulgación de un nuevo Derecho en el que sean considerados los intereses de todos los sujetos que participan en el mercado (competidores y consumidores), así como el interés general en el mantenimiento de una competencia efectiva que permita el ejercicio del derecho a la libertad de empresa. Surge de este modo una nueva disciplina de la competencia desleal, cuya finalidad estriba en la protección de la institución de la competencia en interés de todos los sujetos que participan en el mercado.

En consecuencia, el régimen represor de la competencia desleal deja de concebirse como un sistema de solución de conflictos entre competidores, para configurarse como un sistema general de ordenación y control de los comportamientos con finalidad competitiva que tiene como bien jurídico protegido la institución misma de la competencia económica¹⁸.

Este nuevo Derecho represor de la competencia desleal se construye sobre una cláusula general que toma como referencia el principio de la buena fe, entendido en el sentido de respetuoso con (y no abusivo de) la libertad de empresa. Ya no se prohíbe aquel comportamiento contrario a la costumbre de los comerciantes o empresarios, sino aquellos comportamientos que suponen un abuso de la libertad de empresa. La deslealtad depende ahora de la contrariedad respecto de la libertad de iniciativa económica basada en el éxito de las propias prestaciones empresariales.

De todo lo anterior (sintéticamente expuesto) cabe extraer que el Derecho de contratos y el Derecho de la competencia desleal están inspirados en valores diversos y encaminados a la protección de intereses disímiles. El Derecho contractual sitúa en el centro de su protección el contrato y la posición contractual de las partes libremente asumida en virtud de su autonomía de la voluntad, con el fin de articular un fluido intercambio de bienes y servicios y de garantizar la seguridad del tráfico. Por su parte, la disciplina de la competencia desleal, desde sus orígenes hasta la actualidad, pone el foco en los comportamientos que los empresarios desarrollan en el mercado para ganarse el favor electivo de la clientela, con la finalidad de tutelar –en su más reciente

¹⁸ Entre otros, MASSAGUER, J., *Comentario a la ley de competencia desleal*, Madrid, Civitas, 1999, p. 106 y ss.; MARTÍNEZ SANZ, F., “Artículo 1. Finalidad”, en AA.VV. (Dir. MARTÍNEZ SANZ, F.), *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid, Tecnos, 2009, p. 21; y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La ampliación del concepto de competencia desleal”, en AA.VV. (Dir. GÓMEZ SEGADE, J. A. y GARCÍA VIDAL, A.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI, Libro homenaje a Fernández-Nóvoa*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 392 y 393.

configuración social o institucional— el correcto funcionamiento del sistema competitivo¹⁹.

Aunque es cierto que el actual modelo social de la disciplina de la competencia desleal toma en consideración el interés de todos los que participan en el mercado, el régimen establecido por la LCD (en su redacción original) configura el Derecho de la competencia desleal como un Derecho ordenador de las relaciones de mercado. Lo que trata de tutelarse es la competencia en sí misma considerada, y ello exige que ésta se desarrolle por medios adecuados²⁰. De esta forma, no es difícil advertir que el Derecho de contratos trae hacia sí los valores propios de las relaciones contractuales y tutela los intereses de las partes contratantes, mientras que el Derecho de la competencia desleal condensa los valores propios del tráfico concurrencial en interés de todos los que participan en el mercado, pero sobre todo en interés del propio sistema competitivo.

3. Desconexión funcional

La diversidad de valores e intereses tutelados por el Derecho de contratos y el Derecho de la competencia desleal se ha traducido en la diversidad de funciones que estos sectores normativos tienen encomendadas. Ello ha determinado, a su vez, que tradicionalmente se haya venido manteniendo que la celebración del contrato implicaba de forma automática la inhibición y retirada del régimen sobre competencia desleal.

Conforme a este entendimiento, los problemas surgidos durante la celebración o ejecución del contrato, aunque pudieran provenir o derivar de actuaciones acontecidas antes de su perfección, tan sólo debían afectar al Derecho de contratos y resolverse por sus cauces²¹. Concebida de este modo la disciplina de la competencia desleal, cabe atribuirle una tutela preventiva sólo en

¹⁹ ZURIMENDI ISLA, A., “Artículo 7. Actos de engaño”, en AA.VV. (Dir. MARTÍNEZ SANZ, F.), *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid, Tecnos, 2009, p. 98; y GARCÍA-CRUCES, J. A., “Finalidad y ámbito de aplicación de la Ley de competencia desleal. La cláusula general de deslealtad competitiva”, en AA.VV. (Dir. GARCÍA-CRUCES, J. A.), *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 1149.

²⁰ MASSAGUER, J., *Comentario...*, cit., p. 113 y ss.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Artículo 1. Finalidad”, en AA.VV. (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 75; y PANIAGUA ZURERA, M. y MIRANDA SERRANO, L. M., “La protección de los consumidores...”, cit., p. 26.

²¹ PAGADOR LÓPEZ, J., “Hacia un nuevo paradigma en cuanto a la celebración del contrato: el impacto del Derecho de los consumidores sobre las reglas aplicables al perfeccionamiento del contrato”, en AA.VV. (Dir. MIRANDA SERRANO, L. M.), *La protección de los consumidores en tiempos de cambio*, Madrid, Iustel, 2015, p. 73; y GONZÁLEZ PONS, E., *Prácticas agresivas y tutela del consumidor*, Madrid, AEBOE, 2019, p. 162.

las fases precontractual y paracontractual, distintas de las fases de perfección y ejecución del contrato, reservadas privativamente al Derecho de la contratación²².

De un lado, el Derecho de contratos desarrolla tres funciones básicas: especificar qué acuerdos son jurídicamente vinculantes y cuáles no; definir los derechos y los deberes que crean los contratantes y que, siendo exigibles, resultan ambiguos; e indicar las consecuencias en caso de incumplimiento no justificado de alguna de las partes²³. Estas funciones capitales del Derecho contractual se orientan al cumplimiento de su finalidad de aseguramiento de los intercambios que se instrumentan mediante el contrato.

Si el contrato es el instrumento jurídico que permite articular el intercambio de recursos, el Derecho de contratos debe encaminarse a permitir que las partes fijen las reglas que rijan dicho intercambio (principio de la autonomía de la voluntad), establecer un marco de regulación que integre las lagunas de los compromisos libremente asumidos (regulación esencialmente dispositiva), garantizar la obligatoriedad de dichos compromisos (principio *pacta sunt servanda*) y determinar las consecuencias jurídicas para el caso de incumplimiento del contrato.

Así se explica que el Derecho de contratos asuma las siguientes funciones: agilización de la contratación, reduciendo los costes de transacción; concreción de los acuerdos jurídicamente relevantes, permitiendo a las partes planificar su actividad negocial; delimitación de las posiciones jurídicas libremente asumidas, con la consiguiente distribución de los riesgos negociales entre las partes; y

²² FONT GALÁN, J. I., *Constitución económica y Derecho de la competencia*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 56, nota 69; MIRANDA SERRANO, L. M., “La protección de los consumidores en la contratación: aspectos generales”, en MIRANDA SERRANO, L. M., VELA TORRES, P. J. y PRÍES PICARDO, A., *La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 206; BALLUGERA GÓMEZ, C., “Prácticas abusivas, información, integración contractual y regla «contra proferentem»”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 14, 2007, p. 7/27 (hemos consultado la versión en línea disponible en la base de datos Aranzadi Instituciones); GÓMEZ SEGADE, J. A., “La nueva cláusula general en la LCD”, en AA.VV. (Dir. GÓMEZ SEGADE, J. A. y GARCÍA VIDAL, A.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI, Libro homenaje a Fernández-Nóvoa*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 331 y ss.; y REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M., “Protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios”, en AA.VV. (Dir. REBOLLO, M. e IZQUIERDO, M.), *La defensa de los consumidores y usuarios (Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Madrid, Iustel, 2011, p. 325. Una posición similar se mantenía en el Derecho alemán [GARCÍA PÉREZ, R., “La reforma contra el Derecho de la competencia desleal: ¿hacia el Derecho de la lealtad?”, en AA.VV. (Dir. GÓMEZ SEGADE, J. A. y GARCÍA VIDAL, A.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI, Libro homenaje a Fernández-Nóvoa*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 327].

²³ PAZ-ARES, C., “La economía política...”, cit., p. 669.

aseguramiento o efectividad de los intercambios, mediante la sanción de la vinculatoriedad del contrato²⁴.

De otro lado, el Derecho represor de la competencia desleal, desde su nacimiento hasta su moderna configuración, asume una función de delimitación y sanción de comportamientos concurrenciales lesivos de intereses económicos jurídicamente protegidos. En un primer momento (modelo paleoliberal), se sancionaba la conculcación de derechos de propiedad industrial. Posteriormente (modelo corporativo o profesional), se tutelaba el interés privado de los empresarios en sus relaciones recíprocas en el mercado. En el modelo actual (social), la disciplina de la competencia desleal se configura como un Derecho ordenador de las relaciones de mercado en interés de todos los que participan en él.

La disciplina de la deslealtad concurrencial establece así un sistema de ordenación y control de las conductas de mercado, concretando aquellos comportamientos que atentan contra los intereses económicos de los competidores, de los consumidores o del propio mercado, y estableciendo los remedios para poner fin a dichos atentados y restaurar así los efectos perniciosos de ellos derivados. Por tanto, en breves términos, cabría concluir que en el modelo actual de competencia desleal la función de esta regulación consiste en asegurar el correcto funcionamiento del sistema competitivo.

Esta disparidad de funciones ha conducido a una neta separación de los ámbitos de actuación de una y otra disciplina. En efecto, se ha articulado un artificial deslinde entre el Derecho contractual y la normativa de la competencia desleal, fundado en un criterio contextual. Esto es, en función del ámbito en el que despliegan su eficacia protectora: el Derecho contractual en el contrato y el Derecho de la competencia desleal en el mercado. Contrato y mercado aparecen, pues, como dos realidades separadas en el mundo jurídico e incomunicadas en cuanto a su protección. Conforme a este tradicional planteamiento, todo lo que pasa en el marco del contrato queda en el Derecho de contratos y todo lo que afecta al mercado se deja al Derecho concurrencial.

4. Desconexión normativa

Como es natural, la apuntada desconexión axiológica y funcional entre Derecho de contratos y Derecho de la competencia desleal se ha dejado sentir en

²⁴ Desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, PAZ-ARES califica estas funciones como función de disuasión, en su doble vertiente de sanción de la vinculabilidad del contrato y distribución de los riesgos entre las partes, y función de información, consistente en la minimización de los costes de negociación y en la planificación de las operaciones económicas (*ibidem*, p. 670 y ss.).

el plano normativo. En efecto, las regulaciones que conforman cada uno de estos sectores del ordenamiento se han construido de forma independiente y sin tener en cuenta la realidad originalmente encomendada a la otra disciplina.

El Derecho contractual codificado ha centrado su regulación en el contrato y en la relación contractual, al margen de los eventuales comportamientos o prácticas que los contratantes realicen en el mercado y que puedan afectarles. Paralelamente, el Derecho de la competencia desleal se ha encargado de ordenar y disciplinar las conductas de mercado, que ha concebido como actos y prácticas previas a la contratación o ajenas a ella.

El Derecho contractual codificado es hijo de su tiempo. Por ello acoge una concepción del contrato fundada, en lo económico, en una economía de mercado apoyada en el modelo de competencia perfecta; en lo ideológico, en la sustancial igualdad de las partes contratantes; y, en lo socioeconómico, en los postulados del liberalismo-individualista propios de una época de predominio burgués de la economía²⁵. Se explica así que el modelo contractual codificado parta de la premisa de la libertad y la igualdad de los contratantes²⁶.

Éstos, al objeto de satisfacer sus respectivas necesidades y una vez valoradas las ventajas e inconvenientes de la operación, pactan libremente aquello que consideran más ajustado a sus intereses y a los fines que se proponen realizar²⁷. Y se explica así también que los pilares básicos sobre los que se asienta el modelo contractual codificado vengan constituidos por el principio de la autonomía de la voluntad, la libertad y la igualdad (formales) de las partes contratantes, la fuerza obligatoria de los contratos y el carácter esencialmente dispositivo de las normas que conforman este sector del ordenamiento²⁸.

En nuestra comunidad jurídica está generalmente extendida la idea de que el contrato es aquel acuerdo de voluntades por el que se crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas de carácter patrimonial²⁹. El dogma de la

²⁵ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., p. 122; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “Política y Derecho del consumo: reflexiones teóricas y análisis normativo”, en *Estudios sobre Consumo*, núm. 34, 1995, p. 23; e YZQUIERDO TOLSADA, M., CUENA CASAS, M., SORZANO VOLART, C. y SEGURA DE ABAJO, C., “El nuevo Derecho de la contratación”, en AA.VV. (Coord. YZQUIERDO TOLSADA, M.), *Derecho del Consumo*, Mataró, Cálamo, 2005, p. 36.

²⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, vol. 2, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 1987, p. 19.

²⁷ OSSORIO MORALES, J., “Crisis en la dogmática del contrato”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. V, fasc. IV, 1952, p. 1175 y ss.

²⁸ POLO, E., *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, Madrid, Civitas, 1990, p. 30.

²⁹ PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos...*, cit., p. 9; DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., p. 118; y OSSORIO MORALES, J., “Concepto de contrato”, en AA.VV. (Coord. SÁNCHEZ CALERO, F. J.), *Curso de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*, 10ª

autonomía de la voluntad se erige, pues, como el fundamento más hondo del contrato³⁰. El modelo contractual codificado parte de entender que se contrata porque se quiere y con el alcance que se desea, con las únicas limitaciones impuestas por la ley imperativa, la moral, el orden público y la buena fe³¹. Se reconoce así a los individuos un poder autorregulador respecto de sus propios fines e intereses.

Igualmente, esta concepción clásica del contrato tiene como premisa básica que los sujetos contratantes están situados en un plano de igualdad, con idénticas posibilidades de exigir y prestar³². Pese a que ningún precepto de los códigos decimonónicos proclama de forma expresa esta igualdad para contratar, no hay duda de que dicha idea constituye la nervadura del Derecho de contratos³³.

En consecuencia, si las partes son iguales y libres, lo acordado por ellas será fruto de una negociación previa equilibrada, debiendo ser cumplido en sus propios términos. Esta es precisamente la idea que late en el principio *pacta sunt servanda*: los particulares que deciden libre y voluntariamente celebrar un contrato quedan obligados con arreglo a los acuerdos alcanzados y a todas las consecuencias que sean conformes con los usos y la buena fe.

Además, con la finalidad de agilizar los intercambios que se instrumentan jurídicamente mediante el contrato, los Códigos de Derecho privado descartan el formalismo y consagran el principio espiritualista o de libertad de forma. Lo relevante es el acuerdo de voluntades y no la forma en que se plasme. El contrato

ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 137. En la doctrina italiana, CARRESI, F., *Il contratto*, t. 1, Milano, Giuffrè, 1987, p. 2.

³⁰ POLO, E., “La protección del consumidor en el Derecho Privado”, en AA.VV., *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Antonio Polo*, Madrid, Edersa, 1981, p. 824 y 825; MORENO QUESADA, B., “La protección del consentimiento contractual, hoy”, en AA.VV., *Estudios de Derecho de obligaciones. Homenaje al Prof. Mariano Alonso Pérez*, Madrid, La Ley, 2006, p. 462; y VAQUERO LÓPEZ, C., “Autonomía de la voluntad y normas imperativas”, en AA.VV. (Dir. SÁNCHEZ LORENZO, S.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, t. II, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, p. 90 y 91.

³¹ MIRANDA SERRANO, L. M., “La contratación mercantil en general: su actual fisonomía y otras cuestiones preliminares”, en MIRANDA SERRANO, L. M., VELA TORRES, P. J. y PRÍES PICARDO, A., *La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 51.

³² DÍEZ-PICAZO, L., “Contratos de consumo y derecho de contratos”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. LIX, fasc. I, 2006, p. 14; MARÍN LÓPEZ, M. J., “La formación del contrato con consumidores”, en AA.VV. (Dir. PARRA LUCÁN, M. A.), *Negociación y perfección de los contratos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, p. 790; y GUIZADO MORENO, A., “Las normas de consumo y la quiebra de algunos principios clásicos del Derecho de contratos”, en AA.VV. (Dir. MIRANDA SERRANO, L. M.), *La protección de los consumidores en tiempos de cambio*, Madrid, Iustel, 2015, p. 109 y 110.

³³ LASARTE, C., *Principios de Derecho Civil III*, 21ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2019, p. 56.

nace, por tanto, cuando confluye el consentimiento de las partes respecto de una operación económica³⁴.

En el modelo tradicional, el paradigma de contrato es el que puede denominarse contrato por negociación. Conforme a él, el contrato es el resultado de una serie de tratos preliminares, conversaciones y discusiones llevados a cabo por sujetos libres e iguales que conducen finalmente a la plasmación de declaraciones de voluntad concordes³⁵.

En este modelo codificado, la vida del contrato puede dividirse en tres fases: generación, perfección y consumación. En la primera se desarrollan los tratos preliminares y se forma la voluntad interna de las partes. En la segunda, el contrato nace al mundo jurídico al quedar perfeccionado por el concurso de la oferta y la aceptación. Y, en la tercera, tiene lugar el cumplimiento o la ejecución de las prestaciones derivadas del contrato³⁶.

La fase de generación o formación del contrato se identifica con el proceso que da lugar al nacimiento del contrato. En el modelo contractual codificado se asume una perspectiva estática del contrato donde el consentimiento de las partes desempeña un papel preponderante como consecuencia de la exaltación del principio de autonomía de la voluntad³⁷.

Conforme a la concepción tradicional, todo contrato se celebra con arreglo a un esquema ideal en el que una de las partes toma la iniciativa y realiza una oferta, limitándose la otra parte a aceptarla³⁸. Por tanto, la génesis paradigmática clásica del contrato consiste en la oferta, de una parte, y la aceptación, de otra, cuya confluencia es lo que da lugar al nacimiento del contrato³⁹.

El Derecho de contratos se despreocupa por la fase previa a la contratación⁴⁰. Y es que, si el contrato es una operación entre sujetos libres e

³⁴ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil...*, cit., p. 54 y ss.

³⁵ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., p. 130; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “Trascendencia del...”, cit., p. 35; y PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos...*, cit., p. 167 y 168.

³⁶ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, t. III, 10 ed., Madrid, Reus, 1967, p. 463.

³⁷ PARRA LUCÁN, M. A., “La formación del contrato como proceso”, en AA.VV. (Dir. PARRA LUCÁN, M. A.), *Negociación y perfección de los contratos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, p. 59.

³⁸ OSSORIO MORALES, J., “Concepto de...”, cit., p. 167.

³⁹ LASARTE, C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 11ª ed., Madrid, Dykinson, 2019, p. 94.

⁴⁰ MORENO QUESADA, B., “La protección...”, cit., p. 451; MIRANDA SERRANO, L. M., “Retos y tendencias en materia de disposiciones generales sobre obligaciones y contratos mercantiles. Aportaciones del Derecho mercantil a una regulación unitaria de la teoría general del Derecho de obligaciones y contratos (I)”, en AA.VV. (Dir. MIRANDA SERRANO, L. M. y PAGADOR LÓPEZ, J.), *Retos y tendencias del Derecho de la contratación mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 2017, p. 73; y SERRANO CAÑAS, J. M., “La protección de los consumidores en el Derecho privado: Balance de lo conseguido y nuevos desafíos”, en AA.VV. (Dir. HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U.), *La intervención*

iguales, nacida del debate y la negociación, el hecho de que las partes no hayan negociado o lo hayan hecho poco es irrelevante para determinar la existencia del contrato⁴¹.

Es por ello que el tradicional Derecho de contratos: 1) no contiene una regulación específica sobre los deberes de información precontractual⁴², pues cada parte contratante debe procurarse la información precisa sobre las prestaciones objeto del contrato y el alcance de sus compromisos contractuales⁴³; 2) considera los actos publicitarios como meras invitaciones a ofrecer destinadas a la masa anónima de potenciales contratantes al objeto de que éstos formulen individualmente la oferta de contrato en respuesta a esa invitación⁴⁴; y 3) da un tratamiento ampliamente benévolo al engaño publicitario *in contrahendo*, dado que apenas se estimaba susceptible de sobrepasar la línea de tolerancia del *dolus bonus*⁴⁵.

Todo ello se ha traducido en una regulación contractual construida sobre la idea de que el contrato es cosa de dos partes iguales, libres, plenamente conscientes y responsables, que deben actuar diligentemente y cargar con las consecuencias de su negligencia a la hora de contratar. Igualmente, el Derecho de contratos se ha configurado al margen del contexto jurídico y económico en el que se produce el contrato y de los hechos que preceden y rodean su

penal en la protección de los intereses económicos de los consumidores, Madrid, Marcial Pons, 2020, p. 169.

⁴¹ DÍEZ-PICAZO, L., “Contratos de...”, cit., p. 14 y ss.

⁴² BASOZABAL ARRUE, X., “Los deberes precontractuales de información después del DCFR, la Directiva 2011/83 y la Propuesta CESL”, en AA.VV. (Dir. CÁMARA LAPUENTE, S.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Cizur Menor, Aranzadi, 2012, p. 192; PICATOSTE BOBILLO, J., “El derecho de información en la contratación con consumidores”, en *Actualidad Civil*, núm. 4, 2011, p. 3/57 (hemos consultado la versión en línea disponible en el portal de revistas Wolters Kluwer); MARÍN LÓPEZ, M. J., “La formación...”, cit., p. 794; y LASARTE, C., *Manual sobre...*, cit., p. 104.

⁴³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “Trascendencia del...”, cit., p. 79; ACOSTA MÉRIDA, M. P., “Protección del consumidor en la fase precontractual”, en AA.VV. (Coord. YZQUIERDO TOLSADA, M.), *Derecho del Consumo*, Mataró, Cálamo, 2005, p. 76; y BASOZABAL ARRUE, X., “En torno a las obligaciones precontractuales de información”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. LXII, fasc. II, 2009, p. 649.

⁴⁴ LÓPEZ SÁNCHEZ, M. A., “Publicidad comercial, contratación estandarizada y protección del consumidor”, en *Estudios sobre consumo*, núm. 16, 1989, p. 59; FONT GALÁN, J. I., “Publicidad comercial y contrato con consumidores. Conexiones funcionales y normativas: sustantivación obligacional e integración contractual de las ofertas promocionales y publicitarias”, en AA.VV. (dirs. REBOLLO, M. e IZQUIERDO, M.), *La defensa de los consumidores y usuarios (Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Madrid, Iustel, 2011, p. 1157 y 1158; y MORALES MORENO, A. M., “Concreción jurisprudencial de la regla general de integración del contrato mediante la publicidad, fundada en el principio de buena fe”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. LXXIII, fasc. III, 2020, p. 1009 y ss.

⁴⁵ FONT GALÁN, J. I., “Publicidad comercial...”, cit., p. 1160.

celebración⁴⁶. Es un Derecho que ignora el mercado y, por consiguiente, las actividades publicitarias y promotoras de la contratación que se dan en él⁴⁷.

Por su parte, el Derecho represor de la competencia desleal, en tanto que sistema de ordenación y control de los comportamientos de mercado que tiene como bien jurídico protegido la competencia económica, se ha construido en el plano positivo vinculando la represión de la competencia desleal al orden económico constitucional. Razón por la cual la protección contra la competencia desleal se ha configurado como una tutela institucional y funcional, orientada a salvaguardar los presupuestos de la competencia económica (inexistencia de barreras de entrada al mercado, atomismo empresarial, competencia por eficiencia, transparencia en el mercado, etc.)⁴⁸.

El ilícito de deslealtad aparece, pues, como un ilícito de naturaleza extracontractual, de carácter objetivo y de peligro, que se construye en torno a la conculcación de normas objetivas de comportamiento, impuestas por igual a todos los operadores económicos que actúan en el mercado y que marcan los lindes institucionales a su libre actuación⁴⁹. Este ilícito concurrencial se inspira en el abuso del propio derecho a la libre iniciativa económica y se centra en el desvalor de la conducta⁵⁰.

El buen funcionamiento del mercado y el principio de la competencia eficiente han de prevalecer en el enjuiciamiento de la deslealtad⁵¹. Éste se funda,

⁴⁶ PAGADOR LÓPEZ, J., “Hacia un...”, cit., p. 65 y ss.

⁴⁷ MIRANDA SERRANO, L. M., “La protección del consumidor como ariete de la reforma del viejo Derecho privado; en especial, en la fase previa a la contratación de bienes y servicios”, en AA.VV. (Dir. MIRANDA SERRANO, L. M.), *La protección de los consumidores en tiempos de cambio*, Madrid, Iustel, 2015, p. 38.

⁴⁸ MASSAGUER, J., *Comentario...*, cit., p. 106.

⁴⁹ MASSAGUER, J., *Ibidem*, p. 149 y ss.; MAMBRILLA RIBERA, V., “Prácticas comerciales y competencia desleal: estudio del Derecho comunitario, europeo y español. La incorporación de la Directiva 2005/29/CE a nuestro Derecho interno (incidencia en los presupuestos generales y en la cláusula general prohibitiva del ilícito desleal) (primera parte)”, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 4, 2008, p. 19/41 (hemos consultado la versión en línea disponible en el portal de revistas Wolters Kluwer); SALLELES CLIMENT, J. R., “La incidencia de la deslealtad de los actos de engaño, las omisiones engañosas y las prácticas agresivas sobre la formación de la voluntad negocial”, en AA.VV. (Dir. CARRASCO PERERA, A.), *Tratado de la compraventa. Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, t. I, Cizur Menor, Aranzadi, 2013, p. 408; y GARCÍA-CRUCES, J. A., “Finalidad y...”, cit., p. 1173.

⁵⁰ PAZ-ARES, C., “El ilícito...”, cit., p. 80 y 81; y ZUBIRI DE SALINAS, M., “Las prácticas agresivas”, en AA.VV. (Dir. GARCÍA-CRUCES, J. A.), *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 1429.

⁵¹ COSTAS COMESAÑA, J., “El concepto de acto de competencia desleal”, en *Actas de Derecho Industrial*, t. 19, 1998, p. 12/15 (hemos consultado la versión en línea disponible en el portal jurídico V-Lex); TATO PLAZA, A., “La nueva cláusula general de represión de la competencia desleal”, en TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, 1ª ed., Madrid, La Ley, 2010, p. 76 y ss.; MARTÍNEZ SANZ, F., “Artículo 5. Cláusula general”, en AA.VV. (Dir. MARTÍNEZ SANZ, F.), *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid, Tecnos, 2009, p. 62; y MASSAGUER, J., “Treinta años de Ley de Competencia Desleal”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 55, 2021, p. 68 y 69.

por tanto, en un análisis fáctico que toma en consideración las circunstancias concurrentes en el mercado y el tipo medio de cliente, pero que se desvincula de las circunstancias particulares de cada uno de los potenciales afectados⁵².

En este contexto, no resulta extraño que el Derecho represor de la competencia desleal se haya mantenido al margen de las conductas empresariales que inciden en la fase de celebración y ejecución del contrato. Una vez que el bien jurídico protegido por la disciplina de la competencia desleal es la competencia económica y que su finalidad estriba en la protección de la competencia en sí misma considerada, la celebración del contrato debía determinar su retirada e inhibición, por entender que las fases de contratación y ejecución del contrato son ajenas al proceso competitivo.

Por este motivo, se ha mantenido que el régimen represor de la competencia desleal tiene una eficacia preventiva. Esta concepción ha dado lugar a que, conforme a los parámetros tradicionales de esta disciplina, la constatación de una práctica que resulte desleal por engañosa o agresiva no pueda producir efectos en el plano negocial⁵³.

El sujeto afectado por la conducta desleal puede recurrir a los remedios que pone a su disposición el Derecho de contratos, en particular, al régimen de los vicios del consentimiento. Pero la declaración de deslealtad de la práctica no permite invalidar *per se* la relación contractual que es consecuencia del acto desleal. La constatación de una práctica desleal engañosa o agresiva podría suponer, a lo sumo, un indicio de la existencia de uno de estos vicios. Si bien,

⁵² MIRANDA SERRANO, L. M., “Retos y...”, cit., p. 83.

⁵³ Entre otros, RUIZ MUÑOZ, M., “Facultad revocatoria del consumidor y competencia desleal (algunos presupuestos metodológicos)”, en *Estudios sobre consumo*, núm. 39, 1996, p. 31; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Artículo 2. Ámbito objetivo”, en AA.VV. (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 84; CARRASCO PERERA, A., “Desarrollos futuros del Derecho de consumo en España, en el horizonte de la transposición de la Directiva de derechos de los consumidores”, en AA.VV. (Dir. CÁMARA LAPUENTE, S.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Cizur Menor, Aranzadi, 2012, p. 322 y ss.; WHITTAKER, S., “Contratos abusivos, cláusulas abusivas y prácticas comerciales desleales”, en AA.VV. (Dir. CÁMARA LAPUENTE, S.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2012, p. 530; MIRANDA SERRANO, L. M. y PAGADOR LÓPEZ, J., “La necesidad...”, cit., *passim*; y BEDNARZ, Z., “Acciones individuales a disposición de los consumidores perjudicados por prácticas comerciales desleales: perspectiva del derecho europeo comparado”, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 23, 2018, p. 8/24 (hemos consultado la versión en línea disponible en el portal de revistas Wolters Kluwer). Una problemática que es común a otros ordenamientos de nuestro entorno como el italiano [DE CRISTOFARO, G., “Voce Pratiche commerciali scorrette”, en AA.VV., *Enciclopedia del Diritto*. Annali vol. V, Milano, Giuffrè, 2012, p. 1113 y 1114; y MASSA, F., “Art. 19. Ambito di applicazione”, en AA.VV. (Ed. CUFFARO, V.), *Codice del consumo*, 5ª ed., Milano Giuffrè, 2019, p. 137], el austriaco (AUGENHOFER, S., “Unfair Commercial Practices and Austrian Private Law”, en *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 2, 2016, p. 93) o el alemán (PODSZUN, R., BUSCH, C. y HENNING-BODEWIG, F., “Consumer Law in Germany: A Shift to Public Enforcement”, en *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 2, 2019, p. 75 y 77).

ello no exime al afectado de la necesidad de probar la concurrencia de los distintos presupuestos que han de cumplirse en cada caso de acuerdo con lo sostenido por la doctrina privatista sobre la base de la regulación contenida en el Código Civil⁵⁴.

⁵⁴ PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., “Información precontractual obligatoria, error, prácticas comerciales desleales”, en AA.VV. (Dir. CARRASCO PERERA, A.), *Tratado de la compraventa. Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, t. I, Cizur Menor, Aranzadi, 2013, p. 386 y 387.

III. EL PROCESO DE PERMEABILIZACIÓN ENTRE EL DERECHO DE CONTRATOS Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL: CONEXIONES AXIOLÓGICAS Y FUNCIONALES EN EL MARCO DEL DERECHO DE CONSUMO

1. Planteamiento

Uno de los retos más importantes que se plantean al legislador contemporáneo es el relativo al establecimiento de las necesarias conexiones entre el Derecho de contratos y el Derecho de la competencia desleal⁵⁵. Como ha podido comprobarse, el Derecho contractual codificado permanece anclado en una visión de la sociedad y de la vida muy alejada de la realidad actual. Se trata de una regulación que desconoce los problemas ocasionados por la producción y la comercialización en masa e ignora las cuestiones relacionadas con los sistemas de publicidad, marketing y promoción de la contratación que aparecen en un mercado masificado y altamente competitivo. No es, por tanto, una normativa reguladora de la actividad económica masificada, ni tampoco una regulación ordenadora de las conductas, derechos, intereses y obligaciones de los distintos sujetos económicos que acuden al mercado a entablar relaciones jurídicas en sus intercambios económicos⁵⁶.

Del mismo modo, la disciplina de la competencia desleal se ha configurado como un Derecho ordenador de los comportamientos de mercado incapaz de solventar los problemas originados en el tráfico económico una vez que los destinatarios de las prácticas concurrenciales contratan afectados o influidos por ellas. Su ámbito de actuación se ha encontrado tradicionalmente en el mercado en tanto que espacio o terreno de juego donde se desarrolla la contienda concurrencial y ha centrado sus esfuerzos en que esta lucha competitiva se desarrolle por los cauces adecuados.

Sin embargo, la realidad del tráfico nos muestra que contrato y mercado no son realidades independientes y desconectadas. Antes bien, están fuertemente imbricadas e interrelacionadas entre sí.

Repárese en que el mercado no existe si no hay intercambio de bienes y servicios, y que este intercambio no puede articularse si no es a través del

⁵⁵ MIRANDA SERRANO, L. M. y PAGADOR LÓPEZ, J., “La necesidad...”, cit., p. 8.

⁵⁶ FONT GALÁN, J. I., “¿Hacia un sistema jurídico mercantil de «faz completamente nueva»? La Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios un instrumento para la realización histórica de un Derecho Mercantil del Estado Social”, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 177, 1985, p. 386 y 387.

contrato⁵⁷. Asimismo, el contrato es una realidad cuya presentación, formación y conclusión se desarrolla en el marco de los procesos de mercado y cuyos efectos pueden alterar las condiciones de competencia que se dan en éste.

El contrato es, por tanto, un acto que se contextualiza en el mercado⁵⁸. Efectivamente, es en el mercado donde se impulsa la contratación, mediante el empleo de las distintas técnicas de comercialización y marketing, y donde se promocionan las prestaciones que configuran el objeto principal del contrato, al tiempo que se definen muchas de las condiciones y contenidos contractuales. En este contexto, el contrato surge como el vehículo jurídico que articula las decisiones de mercado de la clientela y le permite manifestar el veredicto que le corresponde como árbitro en la lucha competitiva. Pero, es más, en la actualidad, el contrato y su contenido aparecen como uno de los medios a través de los cuales se compete en el mercado. No en vano, la utilización de condiciones contractuales ventajosas se presenta como uno de los elementos de promoción empleados por los empresarios para lograr la atracción de un mayor número de clientes.

Lo anterior explica que el Derecho de contratos y el régimen represor de la competencia desleal no puedan configurarse como compartimentos estancos, sino como sectores normativos en estrecha conexión. Más aún cuando la realidad vivida en los últimos tiempos ha puesto de manifiesto que ni los mecanismos concurrenciales ni los remedios contractuales han permitido solucionar de forma satisfactoria los problemas ocasionados por la contratación de productos y servicios afectada por técnicas de comercialización engañosas y/o agresivas.

Igualmente, no cabe desconocer que el establecimiento de estas conexiones e interacciones entre el Derecho de contratos y el Derecho represor de la competencia desleal se convierte en una tarea impuesta por el carácter unitario del ordenamiento jurídico y por su necesaria coherencia valorativa interna. La unidad del sistema jurídico precisa de una avenencia entre las decisiones y valoraciones jurídicas pertenecientes a estos sectores normativos en tanto que reguladores de fenómenos económicos estrechamente vinculados. Esta idea debe impulsar al legislador a solventar aquella situación –actualmente realizable– consistente en considerar lícito desde la óptica contractual el

⁵⁷ ALBIEZ DOHRMANN, K. J., “Mercado interior, contrato y derecho de la competencia”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 5, 2006, p. 101.

⁵⁸ MIRANDA SERRANO, L. M. y SERRANO CAÑAS, J. M., “Relevancia negocial de la publicidad en los contratos entre empresarios o profesionales”, en *La Ley Mercantil*, núm. 27, 2016, p. 6/42 (hemos consultado la versión en línea disponible en el portal de revistas Wolters Kluwer).

resultado de comportamientos constitutivos de ilícitos de deslealtad y las que pueden tener lugar en sentido inverso⁵⁹.

Ahora bien, sin perjuicio de lo expuesto, los últimos desarrollos normativos nos permiten afirmar que algo está cambiando. Y los cambios están aconteciendo precisamente en el Derecho de consumo. En efecto, es en este ámbito donde se están introduciendo algunas modificaciones normativas que inciden de forma directa en el modelo de relación entre el Derecho contractual y la disciplina de la deslealtad concurrencial. Los nuevos preceptos introducidos en el Derecho de consumo con el fin de tutelar la posición de debilidad que ocupa el consumidor en las relaciones económicas permiten apreciar una aproximación y un incremento del nivel de congruencia y permeabilidad recíproca entre estos dos sectores normativos. Podría decirse que contrato y mercado, como instituciones jurídicas y económicas, van logrando paulatinamente converger en una regulación integrada gracias a la política de protección de los consumidores⁶⁰.

Esta convergencia va alcanzándose de forma gradual, a través de un lento pero constante *proceso de permeabilización entre el Derecho de contratos y el Derecho represor de la competencia desleal*. Este proceso, en continua formación, ha ido conformándose a gracias a una serie de hitos que revelan las distintas conexiones existentes entre los sectores normativos a los que nos referimos, y actualmente se manifiestan no sólo a nivel axiológico (*infra* 2) y funcional (*infra* 3), sino también normativo (*infra* IV y V).

2. Conexiones axiológicas

Axiológicamente, tanto el Derecho de consumo como el régimen represor de la competencia desleal van incorporando valores e intereses cuya tutela correspondía inicialmente al otro sector normativo. Así, el Derecho contractual de consumo muestra un interés cada vez mayor por la transparencia informativa, por el correcto funcionamiento del mercado y por los problemas ocasionados por las nuevas técnicas de comercialización que se van extendiendo en el tráfico económico. Por su parte, el Derecho de la competencia desleal empieza a ser recipiendario de consideraciones sobre la autodeterminación negocial y la conformación de un consentimiento libre e informado.

⁵⁹ MIRANDA SERRANO, L. M. y PAGADOR LÓPEZ, J., “La necesidad...”, cit., p. 9.

⁶⁰ FONT GALÁN, J. I., “Publicidad comercial y contrato con consumidores. Conexiones funcionales y normativas: sustantivación obligacional e integración contractual de las ofertas promocionales y publicitarias”, en AA.VV. (Dir. REBOLLO, M. e IZQUIERDO, M.), *La defensa de los consumidores y usuarios (Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Madrid, Iustel, 2011, p. 1145.

Esta convergencia axiológica del Derecho contractual y concurrencial tiene como punto de partida el propio nacimiento de los sectores normativos implicados y se consolida con su posterior evolución.

El Derecho contractual codificado fue promulgado en un momento histórico caracterizado por una realidad política, ideológica y socioeconómica que dista mucho de la actualmente existente. Desde ese momento hasta nuestros días se han ido sucediendo diversos e importantes cambios económicos, industriales, tecnológicos, ideológicos, sociológicos, socioeconómicos y jurídicos que permiten afirmar que el mundo ha dado un vuelco radical⁶¹. Estos cambios se traducen en una nueva realidad que no fue contemplada –ni siquiera imaginada– por nuestros Códigos decimonónicos, pero que ha dado lugar al nacimiento de un nuevo Derecho.

Este nuevo Derecho se manifiesta, como no puede ser de otra manera, en el ámbito de la contratación, que no en vano es uno de los sectores normativos más permeables a los cambios y a las nuevas ideas del sistema económico⁶². En este contexto, el Derecho de consumo aparece como uno de los principales fenómenos que ha irrumpido y sacudido el Derecho de contratos⁶³.

La incursión del Derecho de consumo como normativa renovadora de los viejos postulados contractuales decimonónicos tiene como causas principales la crisis o decadencia del modelo contractual codificado y la insuficiencia de los mecanismos concurrenciales para dar cobertura a los intereses de los consumidores⁶⁴.

De un lado, el modelo contractual codificado concibe el contrato como un acuerdo de voluntades emitidas libremente por partes situadas jurídica y

⁶¹ FONT GALÁN, J. I., “La protección de los consumidores en el Derecho Privado: del viejo Derecho de los comerciantes al nuevo Derecho de los consumidores”, en AA.VV. (Coords. FONT GALÁN, J. I. y LÓPEZ MENUDO, F.), *Curso sobre el Nuevo Derecho del Consumidor*, Madrid, Instituto Nacional de Consumo, 1990, p. 17 y 18.

⁶² MIRANDA SERRANO, L. M., “La contratación mercantil...”, cit., p. 53 y 54.

⁶³ BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, vol. II, 17ª ed., Madrid, Tecnos, 2010, p. 35. En este sentido se ha manifestado la práctica totalidad de la doctrina. *Vid.*, entre otros, YZQUIERDO TOLSADA, M., “El denominado Derecho de consumo”, en AA.VV. (Coord. YZQUIERDO TOLSADA, M.), *Derecho del Consumo*, Mataró, Cálamo, 2005, p. 10; CORCHERO PÉREZ, M. A. y HERNÁNDEZ TORRES, A., “La protección de los consumidores y la radical transformación del Derecho español”, en *Diario La Ley*, núm. 6293-6294, 2005, p. 5/44 (hemos consultado la versión en línea disponible en el portal de revistas Wolters Kluwer); y MIRANDA SERRANO, L. M., “La protección del consumidor como...”, cit., p. 37 y ss.

⁶⁴ Entre otros, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “Trascendencia del...”, cit., p. 33 y ss.; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “Política y...”, cit., p. 23 y ss.; MIRANDA SERRANO, L. M., “La protección de los consumidores en...”, cit., p. 181 y ss.; y GUIZADO MORENO, A., “Las normas de consumo y la quiebra de algunos principios clásicos del Derecho de contratos”, en AA.VV. (Dir. MIRANDA SERRANO, L. M.), *La protección de los consumidores en tiempos de cambio*, Madrid, Iustel, 2015, p. 111.

económicamente en un plano de igualdad, que es fruto de un proceso de negociación orientado a la aproximación de sus respectivas posiciones. Este modelo de contrato empieza a resquebrajarse paulatinamente como consecuencia de los cambios técnicos, sociales y económicos que se van sucediendo desde la Revolución industrial. En rigor, el paso del tiempo impide que pueda hablarse de este tipo de contratación por negociación basada en la libertad e igualdad de las partes.

En el nuevo contexto industrial y socioeconómico se impone una contratación en masa impulsada por técnicas de comercialización especialmente agresivas que buscan atraer el mayor número de clientes. El modelo clásico de comercialización y contratación comienza a mostrarse cada vez más insuficiente para dar respuesta a los problemas ocasionados por esta contratación masiva donde las partes pierden parte de su libertad y dejan de encontrarse en un plano de igualdad. Ello ha dado lugar a lo que se ha denominado *crisis o decadencia del contrato o de su dogmática tradicional*⁶⁵. Se trata, en suma, de la constatación de que el Derecho contractual codificado es un Derecho que no se corresponde con la nueva realidad que se ha abierto camino en el ámbito de la contratación. De ahí que haya sido necesaria la promulgación de un nuevo marco normativo adaptado a las nuevas coordenadas en las que se desarrolla actualmente la contratación.

De otro lado, el modelo socioeconómico que inspira la regulación contractual codificada se basa en la idea de un sistema de competencia perfecta⁶⁶. Es, por tanto, una regulación edificada sobre los principios del liberalismo económico y de la soberanía del consumidor, que confía en el comportamiento racional de los operadores económicos. En este modelo, la pluralidad de oferentes que participan en el mercado y que tienen por finalidad básica la maximización de sus beneficios se someten al veredicto de una pluralidad de demandantes que actúan de forma soberana decantándose por aquellas prestaciones que satisfacen sus intereses de una forma más eficiente.

Sin embargo, este modelo económico se revela más ilusorio cuanto mayor es el grado de evolución de los mercados y más exacerbada es la lucha

⁶⁵ Sobre esta cuestión, *vid.*, entre otros, OSSORIO MORALES, J., “Crisis en...”, cit., p. 1175 y ss.; POLO, E., “La protección...”, cit., p. 824 y ss.; FONT GALÁN, J. I., “La protección...”, cit., p. 18; SARAZÁ JIMENA, R., “La crisis del derecho privado codificado y el paso al nuevo derecho privado del tráfico económico. El derecho de consumo”, en *Jueces para la democracia*, núm. 14, 1991, p. 39 y 40; Díez-PICAZO, L., “¿Una nueva doctrina general del contrato?”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. XLVI, fasc. IV, 1993, p. 1705 y ss.; y SOTO COÁGUILA, C. A., “La contratación masiva y la crisis de la teoría clásica del contrato”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. LVII, fasc. III, 2004, p. 1147 y ss.

⁶⁶ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “Política y...”, cit., p. 23; y PANIAGUA ZURERA, M. y MIRANDA SERRANO, L. M., “La protección...”, cit., p. 20.

competitiva. En la actualidad, no puede hablarse de la existencia de una competencia perfecta, sino a lo sumo de competencia eficiente, efectiva o practicable. Un modelo que tolera ciertas dosis de concentración empresarial, admite situaciones monopolísticas y reduce la soberanía de los consumidores a una simple libertad de decisión⁶⁷.

Bajo estas coordenadas, la base plebiscitaria en la que se apoya el sistema económico se muestra enormemente debilitada⁶⁸. Y es que la supuesta soberanía del consumidor y su libertad de elección se encuentran gravemente disminuidas como consecuencia de varios factores. Los procesos de transformación experimentados en el sector de la distribución conducen a un creciente empobrecimiento de las fuentes de información⁶⁹. La aparición de nuevas técnicas de comercialización y marketing conlleva la introducción de elementos perturbadores en el proceso de formación de las decisiones económicas de los consumidores⁷⁰. El distanciamiento entre productor y consumidor final dificulta las vías jurídicas de reclamación. Y la creciente sofisticación de los mercados produce como resultado unos consumidores aislados y profanos sin capacidad de reacción frente a los abusos de las empresas⁷¹.

En un mercado sin disfunciones, la competencia y los precios garantizan una decisión del consumidor completamente libre. Pero las disfunciones existen y de ahí que haya sido necesario elaborar una normativa que trate de neutralizarlas mediante la tutela de los intereses de los consumidores⁷².

Nace así un Derecho de faz completamente nueva que tiene como objetivo paliar la situación de desigualdad estructural en que se encuentran los consumidores frente a los empresarios en la moderna economía de mercado⁷³. A

⁶⁷ MIRANDA SERRANO, L. M., “La protección de los consumidores en...”, cit., p. 188.

⁶⁸ GONDRA ROMERO, J. M., *Derecho Mercantil*, t. I, vol. 1º, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 2000, p. 97; y LASARTE, C., *Manual sobre...*, cit., p. 12.

⁶⁹ GONDRA ROMERO, J. M., *Op. cit.*, p. ; y 98; y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “Trascendencia del...”, cit., p. 33.

⁷⁰ LÓPEZ SÁNCHEZ, M. A., “Publicidad comercial...”, cit., p. 49; ACOSTA MÉRIDA, M. P., “Protección del...”, cit., p. 66; y PINO ABAD, M., “La integración publicitaria de los contratos de consumo”, en *Derecho de los Negocios*, núm. 260, 2012, p. 9.

⁷¹ YZQUIERDO TOLSADA, M., CUENA CASAS, M., SORZANO VOLART, C. y SEGURA DE ABAJO, C., “El nuevo...”, cit., p. 37.

⁷² RUIZ MUÑOZ, M., “Nota introductoria a la protección jurídica de los consumidores”, en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 29, 1999, p. 13.

⁷³ No obstante, aunque se trate de una posición minoritaria, un grupo de autores (el más cercano al neoliberalismo y sobre la base del análisis económico del Derecho) mantiene posiciones bastante reacias en relación con el Derecho de los consumidores. Para estos autores no existe (o, al menos, no con la relevancia que tiene a nuestro juicio) tal situación estructural de debilidad jurídica y económica de los consumidores, por lo que estiman innecesaria su protección a través de la normativa de consumo. Entre ellos, BUSTOS PUECHE, J. E., “Juicio crítico al pretendido Derecho de Consumo”, en *La Ley*, núm. 4, 1993, p. 966 y ss.; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Protección de los consumidores y Derecho de los

tal efecto, este nuevo Derecho se desvincula del modelo contractual decimonónico mediante la introducción de una serie de novedosos instrumentos normativos que afectan a la nervadura del Derecho de la contratación codificado, alterando o doblegando los dogmas contractuales clásicos.

Estos mecanismos jurídicos entran en funcionamiento cuando una de las partes contratantes tiene condición consumidora y la otra actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional. En síntesis, éstos implican: a) la reconsideración del *iter* formativo del contrato en un sistema de contratación en masa donde la contratación resulta promocionada y publicitada a través de una pluralidad de medios y con técnicas muy diversas; b) el reconocimiento de la relevancia negocial de las declaraciones evacuadas por los empresarios en sus actividades publicitarias y promotoras de la contratación; c) el restablecimiento del formalismo contractual, imponiendo a los empresarios concretos deberes formales encaminados a lograr un mayor nivel de información en los consumidores y de transparencia en el mercado; d) la implantación del principio *pro consumatore* en materia de interpretación e integración del contrato; e) el redimensionamiento del principio de autonomía de la voluntad y la alteración de los mecanismos clásicos garantes de la justicia contractual mediante la introducción de controles formales (incorporación o inclusión) y materiales (transparencia material y de contenido o abusividad) en la contratación sometida a condiciones generales o clausulados predispuestos; f) el replanteamiento del consensualismo contractual a través de la introducción de un derecho de desistimiento *ad nutum* en determinados contratos y sistemas de contratación; y g) la revisión, en favor del consumidor, de la disciplina del saneamiento por vicios de la cosa objeto del contrato⁷⁴.

En definitiva, se trata de un nuevo *ius* que deja de concebir el contrato como cosa de dos partes en pie de igualdad y plenamente libres y conscientes, y que tiene en cuenta el contexto jurídico y económico en el que se desarrolla (el mercado), así como los hechos que preceden y rodean su celebración (las prácticas comerciales de los empresarios). Es, por tanto, un Derecho que no se preocupa sólo por los valores e intereses propios de la contratación, sino también

contratos”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. XLVII, fasc. II, 1994, p. 306 y ss.; y PEINADO GRACIA, J. I., “El pretendido «derecho de los consumidores» y el sistema”, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 224, 1997, p. 797 y ss. En la doctrina comparada, *vid.* EIDENMÜLLER, H., FAUST, F., GRIGOLEIT, H. C., JANSEN, N., WAGNER, G y ZIMMERMANN, R., “Hacia una revisión del *acquis* de consumo”, en AA.VV. (Dir. CÁMARA LAPUENTE, S.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Cizur Menor, Aranzadi, 2012, p. 311 y ss.

⁷⁴ FONT GALÁN, J. I., “La protección...”, *cit.*, p. 31 y ss.; MIRANDA SERRANO, L. M., “La protección de los consumidores en...”, *cit.*, p. 186; y YZQUIERDO TOLSADA, M., CUENA CASAS, M., SORZANO VOLART, C. y SEGURA DE ABAJO, C., “El nuevo...”, *cit.*, p. 39 y ss.

por la transparencia informativa, por el correcto funcionamiento del mercado basado en decisiones libres y conscientes de los consumidores, por la actividad publicitaria y promotora de la contratación, así como por los problemas que pueden ocasionarse en el marco de los nuevos sistemas de contratación especialmente proclives a las actuaciones engañosas y agresivas de los empresarios.

Por su parte, El Derecho de la competencia desleal, consolidado como sistema de ordenación y control de los comportamientos desarrollados en el tráfico económico (modelo social), tiene como bien jurídico protegido la institución de la competencia en sí misma considerada en interés de todos los que participan en el mercado (art.1).

Como señala la Exposición de Motivos de la LCD, esta regulación trata de dar cobertura al interés privado de los empresarios, al interés colectivo de los consumidores y al propio interés público del Estado en el mantenimiento de un orden concurrencial debidamente saneado. Ello supone la entrada del interés de los consumidores en el Derecho represor de la competencia desleal. Es un logro más del movimiento consumerista. Y es que la protección del consumidor se vincula indisolublemente con la protección del propio sistema competitivo, puesto que la economía de mercado parte del principio esencial conforme al cual el consumidor se erige en árbitro del mercado, decidiendo qué competidores son los que deben prevalecer en la lucha competitiva. De ahí que sea necesario tutelar al consumidor en el ámbito concurrencial en aras de que pueda cumplir con esa función competitiva de primer orden que le asigna el sistema de economía de mercado⁷⁵.

Esta protección de los consumidores se manifiesta de forma clara tanto en el plano teleológico (mediante la inclusión de sus intereses en el ámbito de protección de la norma) como en el plano operativo (a través del reconocimiento de legitimación activa a los consumidores y a las asociaciones protectoras de sus intereses). Pero se muestra algo más tímida en el plano estructural.

En la redacción original de la LCD, la deslealtad frente al consumidor se concibe y construye como un atentado al proceso de competencia por eficiencia, toda vez que supone una interferencia inadecuada en sus comportamientos de

⁷⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “La competencia desleal”, en *Derecho de los Negocios*, núm. 20, 1992, p. 2; PALAU RAMIREZ, “El consumidor medio y los sondeos de opinión en las prohibiciones de engaño en Derecho español y europeo. A raíz de la sentencia de TJCE de 16 de julio de 1998, C-201/96, Gut Sprigenheide”, en *Actas de Derecho Industrial*, t. 19, 1998, p. 7/28 (hemos consultado la versión en línea disponible en el portal jurídico V-Lex); y MIRANDA SERRANO, L. M. y PANIAGUA ZURERA, M., “La protección...”, cit., p. 67 y 68.

mercado. Es decir, la configuración del ilícito concurrencial parte de que el interés de los consumidores también se ve afectado por las prácticas desleales, pero sólo en la medida en que se ve afectado el propio funcionamiento del sistema competitivo. De esta forma, en la disciplina de la deslealtad concurrencial contemplada en la primera versión de la LCD, la libertad de decisión del consumidor no es un bien jurídico protegido en sí mismo, sino sólo en cuanto ineludible presupuesto operativo del sistema económico⁷⁶.

Un hito trascendental en este proceso de evolución *pro consumatore* de la disciplina de la competencia desleal viene de la mano –como es habitual en materia de protección de los consumidores– de las iniciativas reguladoras emanadas de la Unión Europea. Nos referimos, en concreto, a la Directiva 2005/29/CE de prácticas comerciales desleales con los consumidores (en adelante, DPCD)⁷⁷.

El fundamento jurídico-formal y material que da sustento a la regulación contenida en la DPCD se encuentra en el art. 95 del TCE. Así, la Directiva queda configurada como una medida legislativa para el establecimiento y funcionamiento del mercado interior. Se encamina, pues, a la supresión de los obstáculos a las actividades transfronterizas relacionadas con el comercio de bienes y servicios y con la libertad de establecimiento, y a la eliminación de las distorsiones de la competencia que derivan de las diferencias legislativas existentes en los Estados miembros en materia de competencia desleal⁷⁸.

Pero, además, esta Directiva se encuentra estrechamente vinculada a la acción legislativa comunitaria en materia de defensa de los consumidores, lo que

⁷⁶ MASSAGUER, J., *Comentario...*, cit., p. 115. Así parece entenderlo también ZURIMENDI ISLA, A., “Artículo 7...”, cit., p. 98; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Nociones introductorias”, en AA.VV. (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 43 y 44; GARCÍA-CRUCES, J. A., “Finalidad y...”, cit., p. 1149 y 1150; y VELEIRO REBOREDO, B., *Mercado y competencia*, Madrid, El Derecho, 2014, p. 82 y ss.

⁷⁷ Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) no 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, en *DOUE*, núm. 149, de 11 de junio de 2005, p. 22 y ss. Sobre los antecedentes que dieron lugar al texto final de la Directiva, *vid.*, entre otros, GARCÍA PÉREZ, R., “Propuesta de Directiva sobre las prácticas comerciales desleales. Consideraciones críticas”, en *Actas de Derecho Industrial*, t. 24, 2003, p. 1207 y ss.; y LÓPEZ SANTOS, O., “La Directiva sobre prácticas comerciales desleales: antecedentes, descripción y comentario crítico”, en *Estudios de Consumo*, núm. 75, 2005, p. 9 y ss.

⁷⁸ MASSAGUER, J., *El nuevo Derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, Madrid, 2006, p. 33 y 34; y GONZÁLEZ VAQUÉ, L., “La Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales en materia de protección de los consumidores (entre el objetivo de una armonización total y el enfoque de plena armonización)”, en *Derecho de los Negocios*, núm. 181, 2005, p. 6 y ss.

puede apreciarse tanto en su orientación político-legislativa, como en la construcción y contenido sustantivo de sus normas⁷⁹.

De este modo, la finalidad perseguida por la Directiva es doble. Por un lado, pretende establecer un marco de seguridad jurídica para los consumidores y empresarios, garantizando un adecuado funcionamiento del mercado interior y reduciendo los costes y obstáculos que derivan de la incertidumbre generada por la disparidad de las normativas nacionales en materia de competencia desleal. Por otro lado, trata de asegurar un alto nivel de protección de los consumidores en todo el territorio de la Unión⁸⁰.

Para garantizar ese alto nivel de protección de los consumidores, la DPCD establece una serie de disposiciones orientadas a la tutela de los intereses económicos de los consumidores. Son estos intereses económicos y no otros (como los relativos a la seguridad o la salud) los que merecen la atención de la Directiva. Estos intereses económicos se concretan en la libertad de elección del consumidor y en su capacidad de adoptar decisiones económicas con el debido conocimiento de causa⁸¹.

Lo anterior resulta no sólo de las declaraciones efectuadas por el legislador comunitario en los considerandos de la Directiva (6, 7, 8, 14 y 16), sino también de las continuas referencias al consumidor y a su conducta de mercado, tanto en la definición general de prácticas comerciales desleales [art. 2.d) DPCD], como en la construcción de la cláusula general (art. 5 DPCD) y en

⁷⁹ MASSAGUER, J., MARCOS, F. y SUÑOL, A., “La transposición al Derecho español de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 2013, 2006, p. 1929; RUIZ PERIS, J. I., “La reforma de la cláusula general de la ley de competencia desleal”, en AA.VV. (Dir. RUIZ PERIS, J. I.), *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal (Estudios sobre 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 mejora de la protección de los consumidores y usuarios)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 42; y MAMBRILLA RIBERA, V., “Prácticas comerciales y competencia desleal: estudio del Derecho comunitario, europeo y español. La incorporación de la Directiva 2005/29/CE a nuestro Derecho interno (incidencia en los presupuestos generales y en la cláusula general prohibitiva del ilícito desleal) (y tercera parte)”, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 6, 2010, p. 2/41 (hemos consultado la versión en línea disponible en el portal de revistas Wolters Kluwer).

⁸⁰ MARTÍNEZ SANZ, F. y PUETZ, A., “Ámbito de aplicación y cláusulas general de competencia desleal”, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 7, 2010, p. 17; WHITTAKER, S., “Contratos abusivos...”, cit., p. 510; y MATERA, D. M., “Prácticas comerciales desleales, acciones individuales y armonización plena”, en *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 61, 2019, p. 104.

⁸¹ Entre otros, MASSAGUER, J., *El nuevo...*, cit., p. 36; GARCÍA-CRUCES, J. A., “Finalidad y...”, cit., p. 1195; y MARIMÓN DURÁ, R., “Prácticas comerciales desleales con los consumidores”, en AA.VV. (Dir. GARCÍA-CRUCES, J. A.), *Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 1695; En la doctrina italiana, entre otros, ORLANDO, S., “The Use of Unfair Contractual Terms as an Unfair Commercial Practice”, en *European Review of Contract Law*, vol. 7, Iss. 1, 2011, p. 44; ASTONE, M., “Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo”, en *Europa e Diritto Privato*, I, 2014, p. 15 y ss.; y LA ROCCA, L., “Articolo 24. Pratiche commerciali aggressive”, en AA.VV. (Ed. CUFFARO, V.), *Codice del consumo*, 5ªed., Milano, Giuffrè, 2019, p. 227.

la concreción de las prácticas engañosas y agresivas (arts. 6 a 9 y Anexos I y II DPCD). De ahí que la ilicitud de los actos y prácticas contemplados por la DPCD estribe en el atentado que suponen a la libertad o autonomía y racionalidad de los consumidores en sus decisiones sobre transacciones económicas, entendidas como las decisiones sobre la contratación de un determinado bien o servicio, sobre los términos de la contratación o sobre el ejercicio de derechos. Esto es, por implicar un atentado directo a la libertad de saber (pleno conocimiento de causa) y de querer (voluntariedad) del consumidor a la hora de seleccionar las distintas ofertas empresariales que existen en el mercado⁸².

La DPCD se incorpora a nuestro ordenamiento a través de 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 usuarios⁸³. Esta Ley, que supuso la modificación de la LCD, del TRLGDCU, de la LOCM y de la LGP, introduce en nuestro ordenamiento esa finalidad reforzada de protección de los consumidores y usuarios mediante la modificación de una serie de preceptos y la introducción de otros muchos donde se plasma esa tutela de la libertad o autonomía decisional de los consumidores en sus actuaciones de mercado. De esta forma, nuestra disciplina de la competencia desleal contempla, junto a su finalidad esencial de protección del correcto funcionamiento del mercado, la tutela de la libertad de saber y de querer de los consumidores a la hora de adoptar sus decisiones sobre transacciones económicas.

En definitiva, podemos concluir que el Derecho de consumo se ha convertido en el ariete que ha derrumbado la tradicional desconexión axiológica entre el Derecho de contratos y el Derecho represor de la competencia desleal. En el marco de la política de protección de los consumidores, el legislador toma consciencia de las relaciones e interacciones que existen entre contrato y mercado, e integra esas realidades para dar respuesta a los distintos problemas ocasionados por las operaciones de comercialización y contratación que tienen a los consumidores como destinatarios.

Esta integración se manifiesta en el plano axiológico mediante la incrustación en el Derecho contractual de consumo de valores e intereses clásicamente reservados al Derecho represor de la competencia desleal, como la preocupación por la transparencia informativa, por el correcto funcionamiento

⁸² MIRANDA SERRANO, L. M. y PANIAGUA ZURERA, M., “La protección...”, cit., p. 68. En un sentido similar, RUIZ PERIS, J. I., “Panorámica de la reforma en materia de competencia desleal», en AA.VV. (Dir. GÓMEZ SEGADA, J. A. y GARCÍA VIDAL, A.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI, Libro homenaje a Fernández-Nóvoa*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 381; y FONT GALÁN, J. I., “Publicidad comercial...”, cit., p. 1144.

⁸³ BOE, núm. 315, de 31 de diciembre de 2009, p. 112039 y ss.

del mercado y por la problemática ocasionada en el ámbito de los nuevos sistemas de comercialización y marketing.

Del mismo modo, la disciplina de la competencia desleal empieza a incorporar valores propios del Derecho de contratos y a tutelar intereses inherentes a la normativa contractual. En concreto, el Derecho represor de la competencia desleal deja de configurarse únicamente como un sistema de ordenación y control de comportamientos de mercado, para pasar a dar cabida también a la protección de la libertad o autonomía decisional y negocial de los consumidores⁸⁴.

3. Conexiones funcionales

Como expusimos más arriba, tradicionalmente se ha venido entendiendo que el régimen represor de la competencia desleal contenía una protección preventiva presente sólo en las fases precontractual y paracontractual, mientras que el Derecho de contratos se encargaba de la tutela de los intereses de los contratantes en las fases contractual y postcontractual. Sin embargo, la irrupción del Derecho de consumo ha derribado la barrera contextual que sustenta esta concepción.

En efecto, la introducción del interés de los consumidores como objeto de tutela tanto por la normativa contractual como concurrencial conduce a una situación en la que, funcionalmente, Derecho contractual de consumo y represor de la competencia desleal ven desbordados sus originales ámbitos de actuación para dar respuesta a los distintos problemas (tanto contractuales como concurrenciales) que rodean todo el proceso de contratación y de ejecución contractual.

Así, el Derecho contractual de consumo incorpora soluciones a problemas que tienen lugar antes o durante la perfección del contrato y que se derivan de ciertas conductas puestas en práctica por los empresarios en el tráfico económico. La normativa contractual ya no se centra únicamente en el contrato, sino que tiene muy en cuenta la actividad precontractual y paracontractual desarrollada en el mercado por el empresario. Y ello por cuanto que dicha actividad puede condicionar la autonomía negocial del consumidor, el justo equilibrio de las prestaciones y el grado de cumplimiento de las obligaciones contractuales.

⁸⁴ En este sentido, AVILÉS GARCIA, J., “Las obligaciones de información tras la Ley 17/2009 de libre acceso a las actividades de servicios”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2010, p. 3/16 (hemos consultado la versión en línea disponible en la base de datos Aranzadi Instituciones); MIRANDA SERRANO, L. M. y PAGADOR LÓPEZ, J., “La necesidad de establecer...”, cit., p. 8 y 9; y MARIMÓN DURÁ, R., “Prácticas comerciales...”, cit., p. 1695.

En este sentido, el Derecho contractual de consumo aborda decididamente la ordenación de la fase precontractual, regulando negocialmente la actividad o modo de proceder del empresario en la promoción de la contratación de sus productos o servicios dirigida a los consumidores. Y, a tal efecto, instaura una serie de deberes precontractuales de información a cargo del empresario que se encaminan a garantizar, no sólo un consentimiento informado por parte de los consumidores, sino también una mayor transparencia en el mercado.

Igualmente, el legislador de consumo, consciente de la realidad del tráfico económico masificado entre empresarios y consumidores, reconoce la relevancia jurídico-negocial de las prácticas o técnicas comerciales, tanto de naturaleza promocional como publicitaria, de las que se vale el empresario para promover la contratación de sus productos o servicios.

Esta nueva regulación nos muestra el firme propósito legislativo de proteger al consumidor en la fase previa a la contratación y en el momento contractual, y se erige en un factor de hiperintencionalidad político-jurídica que sirve al legislador para ensayar un modelo de regulación de las complejas conexiones de los procesos de promoción de la contratación y de los contratos celebrados con consumidores. El Derecho de consumo abre así la puerta a un nuevo modelo de *iter* formativo del contrato que se yuxtapone al clásico modelo de la disciplina contractual codificada⁸⁵.

Asimismo, la regulación contractual recogida en la normativa consumerista también presta atención a las conductas desarrolladas por los empresarios en el mercado en la medida en que pueden afectar a la justicia contractual y al grado de cumplimiento de las obligaciones contractuales. De un lado, el régimen contractual previsto en la normativa de consumo toma en consideración todas las circunstancias concurrentes en el momento de celebración del contrato –negociales y concurrenciales– para enjuiciar la posible abusividad de las cláusulas contractuales predispuestas incluidas en los contratos celebrados por consumidores. Y, de otro, altera el régimen tradicional de los vicios de la cosa objeto de la compraventa, mediante la articulación de un test de conformidad del bien con el contrato que atiende no sólo a la naturaleza y características del bien, sino también a las declaraciones públicas evacuadas por el empresario en la promoción y publicidad de los productos.

En suma, el modelo de contratación previsto en la normativa de consumo deja de configurar el contrato como una realidad abstraída de los avatares del mercado. Esto se debe a que el legislador de consumo, desde una perspectiva más

⁸⁵ FONT GALÁN, J. I., “Publicidad comercial...”, cit., p. 1136 y ss.

apegada a la realidad que la del legislador decimonónico, percibe la recíproca conexión funcional entre mercado y contrato y la traslada a la normativa protectora de los consumidores. La actividad empresarial desarrollada en el mercado sirve al contrato de diversas y relevantes formas: actuando como vehículo informativo frente a los consumidores, estimulando su ánimo negocial, promocionando la actividad del empresario o adelantando el futuro contenido contractual. Es por ello que la regulación contractual de consumo atiende no sólo al momento de la contratación y a su ejecución posterior, sino también, y muy especialmente, a los comportamientos empresariales puestos en práctica en las fases precontractual y paracontractual.

Por su parte, la normativa represora de la competencia desleal también amplía su original campo de acción y toma en consideración distintas situaciones que se dan en el marco del contrato, en el momento de su celebración, e incluso en relación con el cumplimiento de ciertas obligaciones contractuales.

Esta nueva visión omnicomprendensiva del fenómeno concurrencial se manifiesta en la propia delimitación del ámbito de aplicación objetivo de la LCD. En efecto, su art. 2.3 señala que esta Ley “será de aplicación a cualesquiera actos de competencia desleal, realizados antes, durante o después de una operación comercial o contrato, independientemente de que éste llegue a celebrarse o no”. Este apartado, incluido con motivo de la incorporación de la DPCD, rompe con aquella concepción previa conforme a la cual la celebración del contrato determinaba la retirada o inaplicabilidad de la disciplina de la competencia desleal⁸⁶. Así, la LCD se aplica a todos aquellos comportamientos que se realicen en el mercado y que tengan finalidad concurrencial, con independencia del momento o fase contractual en la que se manifiesten⁸⁷.

⁸⁶ MIRANDA SERRANO, L. M., “Retos y...”, cit., p. 81; y GONZÁLEZ PONS, E., *Prácticas agresivas...*, cit., p. 46 y 47. Resulta ilustrativo a tal efecto cómo la introducción de esta referencia en el ordenamiento jurídico alemán condujo a la modificación del término “acto de competencia” por el más amplio de “acto comercial”. Una reforma que responde a que la disciplina de la competencia desleal ya no regula únicamente el comportamiento de competencia o el comportamiento de mercado, sino también el comportamiento comercial entre los consumidores y otros participantes en el mercado durante y después de la celebración de un contrato. Esto es, en una fase en la que la competencia por los oferentes o los adquirentes ya está cerrada. Sobre este particular, GARCÍA PÉREZ, R., “Nuevo texto de la Ley de Competencia Desleal alemana (UWG). Traducción con anotaciones”, en *Actas de Derecho Industrial*, t. 29, 2008-2009, p. 719 y 720.

⁸⁷ SUÑOL LUCEA, A., “Los elementos estructurales que definen la conducta sometida a la Ley de Competencia Desleal”, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 284, 2012, p. 5/31 (hemos consultado la versión en línea disponible en la base de datos Aranzadi Instituciones). En la doctrina comparada, SIGNORINI, C., “Concorrenza sleale e pratiche commerciali scorrette”, en AA.VV. (Dir. GHIDINI, G. y CAVANI, G.), *Lezioni di Diritto Industriale*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 137 y 138; DE CRISTOFARO, G., “Pratiche commerciali scorrette e responsabilità d’impresa”, en AA.VV. (Eds. ALPA, G. y CONTE, G.), *La responsabilità d’impresa*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 263; y RAYMOND, G., “Pratiques

Esta referencia al momento en que puede tener lugar el acto de competencia no es sino un reflejo de cómo el comportamiento contractual o postcontractual desarrollado por el empresario en el mercado puede suplantar y afectar de forma retroactivamente negativa a la decisión consciente y voluntaria del consumidor en relación con un contrato celebrado previamente⁸⁸. Es decir, de cómo mercado y contrato se retroalimentan funcionalmente en un bucle en el que las conductas de mercado pueden generar expectativas legítimas sobre el contenido contractual, delimitar el alcance de los compromisos asumidos en el contrato y determinar el nivel de cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Ahora bien, en relación con el ámbito de aplicación de la disciplina de la competencia desleal surgen dos cuestiones que afectan de forma directa al modelo de relaciones existentes entre el Derecho contractual y el Derecho represor de la competencia desleal. Nos referimos, en particular, a si el concepto de práctica comercial desleal introducido por la DPCD coincide o no con el acto de competencia definido en el art. 2 LCD, y a la posibilidad de incluir o no el contrato dentro del ámbito de aplicación de la normativa represora de la competencia desleal.

En lo que atañe a la primera cuestión, la noción de “práctica comercial” es un concepto introducido por la DPCD que se superpone al de “acto de competencia” previsto en nuestra LCD. La LCD mantiene intacta la delimitación de su ámbito de aplicación objetivo, que sigue circunscrito a los actos realizados en el mercado con finalidad concurrencial. Los comportamientos sometidos a la LCD han quedado, por tanto, caracterizados desde una perspectiva objetiva en torno al espacio institucional en que tienen lugar y a su finalidad.

La exigencia de que el acto se realice en el mercado significa que éste debe tener transcendencia externa. Esto es, que se manifieste al público, con independencia de que se dirija a un sujeto particular o al público en general⁸⁹.

La finalidad competitiva, por su parte, implica la idoneidad objetiva del acto para proyectar sus efectos de promoción de las prestaciones propias o ajenas en el mercado con el objeto de conservar o captar nuevos clientes⁹⁰. De esta forma, tiene finalidad concurrencial toda acción que, en sí misma considerada o en atención a las circunstancias del caso, está orientada a influir en la estructura

comerciales déloyales et agressives”, en *JurisClasseur Commercial*, Fasc. 919, 2018, p. 4/37 (hemos consultado la versión en línea disponible en el portal electrónico Lexis 360).

⁸⁸ REILLY, N., “The Role of Traders in the Enforcement of the Unfair Commercial Practices Directive: A New Unfair Competition Law for Ireland?”, en *Dublin University Law Journal*, vol. 31, 2009, p. 116.

⁸⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Artículo 2...”, cit., p. 80 y 81; y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La ampliación...”, cit., p. 394.

⁹⁰ COSTAS COMESAÑA, J., “El concepto...”, cit., p. 6/15.

del mercado o posición competitiva de los operadores de mercado y/o para condicionar la formación y el desenvolvimiento de las relaciones económicas en el mercado⁹¹.

En su lugar, la DPCD define la práctica comercial como “todo acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores”. Esta definición se basa en un doble aspecto objetivo y funcional.

En lo objetivo, la DPCD delimita la “práctica comercial” con una sustancial amplitud, contemplando un catálogo minucioso de actuaciones positivas y negativas relativas no sólo a la fase de promoción, sino también de contratación y ejecución contractual. Y en lo funcional, las prácticas comerciales quedan caracterizadas por su relación directa con la promoción, venta o suministro de bienes o servicios⁹².

Una primera posición mantiene que “acto de competencia” y “práctica comercial” son términos equivalentes⁹³. Esta postura se apoya en la interpretación institucional y funcional que debe recibir el término acto de competencia, que abarcaría perfectamente las conductas constitutivas de “prácticas comerciales”; en la continuidad aplicativa de la LCD; y en el hecho de que no se haya modificado el texto de la LCD y que se utilice de forma indistinta los términos “acto de competencia” y “práctica comercial”. A nuestro juicio, esta solución es la que debe prevalecer, no sólo por la interpretación institucional y

⁹¹ MASSAGUER, J., *Comentario...*, cit., p. 122. En un sentido similar, aunque poniendo el acento en la ausencia de una justificación razonable que atestigüe una finalidad distinta de la concurrencial, EMPARANZA SOBEJANO, A., “Artículo 2. Ámbito objetivo”, en AA.VV. (Dir. MARTÍNEZ SANZ, F.), *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid, Tecnos, 2009, p. 34 y ss.; y SUÑOL LUCEA, A., “Los elementos...”, cit., p. 13 y ss./31.

⁹² Sobre el ámbito objetivo de aplicación de la DPCD, *vid.*, entre otros, COLLINS, H., “The Unfair Commercial Practices Directive”, en *European Review of Contract Law*, vol. 1, Iss. 4, 2005, p. 420; MASSAGUER, J., *El nuevo...*, cit., p. 17 y ss.; y TATO PLAZA, A., “Introducción”, en TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, 1ª ed., Madrid, La Ley, 2010, p. 35 y ss. Sobre la interpretación del concepto de “práctica comercial” por parte del TJUE, MARTÍ MOYA, V., “Consecuencias del Principio de Armonización Plena de la directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales, a la luz de la reciente Jurisprudencia del TJUE”, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 283, 2012, p. 331 y ss.

⁹³ Entre otros, MASSAGUER, J., *El nuevo...*, cit., p. 22 y ss.; GARCÍA ABURUZA, M. P., “Prácticas comerciales desleales: ¿una sólida protección del consumidor?”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2009, p. 13/21 (hemos consultado la versión en línea disponible en la base de datos Aranzadi Instituciones); MARTÍNEZ SANZ, F. y PUETZ, A., “Ámbito de...”, cit., p. 21 y 22; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Artículo 2...”, cit., p. 80; y CURTO POLO, M. M., “Artículo 25. Prácticas engañosas por confusión”, en AA.VV. (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 726.

funcional que debe recibir el art. 2 LCD, sino también por la interpretación amplia que el TJUE hace del concepto de práctica comercial⁹⁴.

Una segunda posición entiende que “acto de competencia” y “práctica comercial” son conceptos diferentes, pero que dicha diferencia no introduce ninguna quiebra normativa y sistemática en el régimen de la LCD por ser la “práctica comercial” una especie del género “acto de competencia”⁹⁵. Tal posición se apoya, esencialmente, en que el concepto de práctica comercial se reserva a aquellas conductas directamente relacionadas con la promoción, venta o suministro de bienes o servicios, mientras que el “acto de competencia” se extiende también a comportamientos con finalidad concurrencial no necesariamente referidos a una operación comercial.

Conforme a una tercera posición, “acto de competencia” y “práctica comercial” son conceptos diferentes que pueden generar problemas de incorporación de la DPCD a nuestro ordenamiento⁹⁶. En este sentido, se afirma que la “práctica comercial” abarca un fenómeno más amplio que el “acto de competencia”, pues al no quedar circunscrita al ámbito de la difusión, puede comprender no sólo comportamientos previos a operaciones comerciales que no tengan una finalidad de promoción, sino también actos posteriores a la celebración del contrato que tampoco tienen que ver con la difusión en el mercado de prestaciones propias o ajenas.

En lo relativo a la segunda cuestión, esto es, si el contrato puede calificarse como una práctica comercial, son dos las posturas que pueden mantenerse.

Algunos autores parecen entender que el contrato encajaría dentro del concepto de práctica comercial⁹⁷. Para ello se apoyan en el 2.3 LCD, que

⁹⁴ SSTJUE de 14 de enero de 2010, en el asunto C-304/08, *Plus Warenhandelsgesellschaft* (apdo. 39); de 9 de noviembre de 2010, en el asunto C-540/08, *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag* (apdo. 17); y de 15 de marzo de 2012, en el asunto C-453/10, *Pereničová y Perenič* (apdo. 38).

⁹⁵ En esta dirección, entre otros, EMPARANZA SOBEJANO, A., “Régimen jurídico de las prácticas comerciales con consumidores y usuarios”, en *Revista de la Competencia y la Distribución*, núm. 7, 2010, p. 76; RUIZ PERIS, J. I., “La reforma...”, cit., p. 49; SUÑOL LUCEA, A., “Los elementos...”, cit., p. 14/31; y BEDNARZ, Z., “Acciones individuales a...”, cit., p. 5/24.

⁹⁶ GARCÍA PÉREZ, R., “La reforma...”, cit., p. 326 y ss.

⁹⁷ MIRANDA SERRANO, L. M. y PAGADOR LÓPEZ, J., “La necesidad de establecer...”, cit., p. 8; MARIMÓN DURÁ, R., “Prácticas comerciales...”, cit., p. 1671; GONZÁLEZ PONS, E., *Prácticas agresivas...*, cit., p. 163; y SERRANO CAÑAS, J. M., “La protección...”, cit., p. 183. En la doctrina comparada, ORLANDO, S., “The Use...”, cit., p. 27 y ss.; MARINO, G., “Scorrettezza della pratica ed abusività della clausola nella disciplina del contratto del consumatore”, en *Contratto e Impresa/Europa*, núm. 1, 2014, p. 174; DUROVIC, M., “The Subtle Europeanization of Contract Law: The Case of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices”, en *European Review of Private Law*, núm. 5, 2015, p. 731; y MATERA, D. M., “Prácticas comerciales...”, cit., p. 118. Esta posición ha sido mantenida

consagra la aplicación del régimen represor de la competencia desleal a las prácticas comerciales realizadas antes, durante y después de una operación comercial o contrato, independientemente de que éste llegue a celebrarse o no.

En cambio, un sector mayoritario de nuestra doctrina mantiene que el contrato queda fuera de la noción de práctica comercial y, por tanto, que no puede quedar sometido al régimen represor de la competencia desleal⁹⁸. A favor de esta última conclusión se invocan, de un lado, el art. 3.2 DPCD, conforme al cual dicha Directiva se entiende sin perjuicio “del Derecho contractual, y en particular de las normas relativas a la validez, formación o el efecto de los contratos”; y, de otro, el art. 19.2 TRLGDCU, que dispone de forma expresa que “(n)o tienen la consideración de prácticas comerciales las relaciones de naturaleza contractual...”.

A nuestro juicio, la primera posición es la que debe prevalecer. Si bien, hemos de puntualizar que cuando nos referimos al contrato como práctica comercial, no estamos haciendo referencia al acuerdo de voluntades por el que se crean, modifican o extinguen relaciones de pertenencias al Derecho de obligaciones, sino al régimen que es fruto del acuerdo voluntades, se plasme o no en un clausulado contractual. Y es que el concepto de práctica comercial no sólo se ha diseñado en la Directiva de forma muy amplia, sino que también ha sido objeto de una interpretación extensiva. Pero, además, la realidad del tráfico ha puesto de relieve la frecuencia con que los empresarios utilizan los clausulados contractuales para incorporar prácticas engañosas o agresivas que operan en perjuicio del consumidor.

Así parece entenderlo el TJUE en la Sentencia de 15 de marzo de 2012⁹⁹. En este caso, el Tribunal remitente se cuestiona “si la indicación en un contrato de crédito al consumo de una TAE inferior a la real puede considerarse una práctica comercial desleal, en el sentido de la Directiva 2005/29”. Esto es, si la previsión en una cláusula contractual de un tipo distinto del que se aplica en la

por la Abogado General TRSTENJAK en las conclusiones presentadas en el asunto C-453/10, *Pereničová y Perenič* (apdo. 88 y ss.).

⁹⁸ Entre otros, MASSAGUER, J., *El nuevo...*, cit., p. 19; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Artículo 2...”, cit., p. 84; CUENCA GARCÍA, A., “Prácticas comerciales engañosas específicas para consumidores”, en AA.VV. (Dir. RUIZ PERIS, J. I.), *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal (Estudios sobre 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 mejora de la protección de los consumidores y usuarios)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 102; SUÑOL LUCEA, A., “Los elementos...”, cit., p. 5/31 y GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Artículo 82. Concepto de cláusulas abusivas”, en AA.VV. (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, 2ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2015, p. 1109.

⁹⁹ STJUE de 15 de marzo de 2012, en el asunto C-453/10, *Pereničová y Perenič*.

realidad constituye una práctica desleal por engañosa. El TJUE resuelve la cuestión afirmando que “una práctica comercial como la controvertida en el asunto principal, consistente en indicar en un contrato de crédito una TAE inferior a la real, constituye una información falsa sobre el coste total del crédito y, por consiguiente, sobre el precio contemplado en el artículo 6, apartado 1, letra d), de la Directiva 2005/29. Habida cuenta de que la indicación de dicha TAE hace o puede hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado, lo que corresponde verificar al juez nacional, esta información falsa debe calificarse de práctica comercial «engañosa» con arreglo al artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva”¹⁰⁰.

Todo ello nos pone sobre aviso de que el Derecho represor de la competencia desleal abandona la tutela preventiva típica circunscrita a las fases precontractual y paracontractual, para dar cabida a todos aquellos actos y conductas empresariales susceptibles de afectar a la libertad contractual del consumidor, independientemente de su manifestación en las fases precontractual, contractual o postcontractual. Pero, es más, la disciplina de la competencia amplía su ámbito de actuación no sólo a los actos y conductas empresariales extracontractuales previos, coetáneos o posteriores a una transacción comercial, sino también a aquellas prácticas comerciales que surjan del acuerdo de voluntades, por ser resultado o consecuencia del propio clausulado contractual.

¹⁰⁰ STJUE de 15 de marzo de 2012, en el asunto C-453/10, *Pereničová y Perenič* (apdo. 41).

IV. CONEXIONES NORMATIVAS ENTRE EL DERECHO DE CONTRATOS Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN EL DERECHO CONTRACTUAL DE CONSUMO

1. Planteamiento

En la actualidad, el Derecho contractual de consumo y el Derecho de la competencia desleal dejan de configurarse como compartimentos estancos y pasan a compartir valores y funciones. Ambos, en efecto, aparecen como sectores normativos cada vez más imbricados y comprometidos recíprocamente en un fin común: la protección de los consumidores como parte débil de las relaciones contractuales y de mercado.

Uno y otro tienen asignadas funciones normativas y político-jurídicas diversas en su origen, pero parcialmente coincidentes en el momento actual. De ahí que pueda apreciarse una relación de complementariedad entre ellos¹⁰¹. No puede desconocerse la influencia que algunas normas del TRLGDCU tienen en la LCD, como tampoco la proyección que la LCD puede ejercer sobre el TRLGDCU. En concreto, algunas disposiciones del Derecho contractual de consumo pueden contribuir a integrar determinados conceptos jurídicos indeterminados de la LCD, y a la inversa¹⁰².

Las conexiones axiológicas y funcionales existentes entre Derecho contractual de consumo y Derecho de la competencia desleal encuentran necesariamente su reflejo en el plano normativo. Y es que, tratándose de regulaciones orientadas a la tutela de intereses comunes y referidas a fenómenos económicos coincidentes, deben entenderse como parte de una obra normativa global llamada a complementarse. Esta complementariedad alcanza reconocimiento normativo en distintas disposiciones del TRLGDCU y de la LCD que ponen de manifiesto que el Derecho contractual de consumo y el régimen represor de la competencia desleal constituyen el anverso y el reverso de una misma realidad bifronte e inseparable¹⁰³.

La normativa de consumo ha ido paulatinamente decantando estas conexiones axiológicas y funcionales entre ambos sectores a través de una serie de disposiciones que plasman las necesarias imbricaciones apreciables entre

¹⁰¹ GERLACH, J. W., “La protección de los consumidores en el Derecho alemán”, en AA.VV. (Coords. FONT GALÁN, J. I. y LÓPEZ MENUDO, F.), *Curso sobre el Nuevo Derecho del Consumidor*, Madrid, Instituto Nacional de Consumo, 1990, p. 243; y MIRANDA SERRANO, L. M., “La protección del...”, cit., p. 57.

¹⁰² MARIMÓN DURÁ, R., “Prácticas comerciales...”, cit., p. 1670.

¹⁰³ AVILÉS GARCÍA, J., “Usos y prácticas en la contratación de consumo después de la transposición de la normativa europea”, en *Revista Doctrinal Aranzadi*, vol. 2, núm. 5, 2014, p. 96.

contrato y mercado. Más allá de la propia definición de práctica comercial, que no aparece en la LCD, sino en el art. 19.2 TRLGDCU, son varios los materiales normativos contemplados en el Derecho contractual de consumo que ponen de manifiesto estas conexiones.

2. Deberes de información precontractual

El Derecho contractual codificado no recoge ninguna norma que, con carácter general, imponga deberes de información a los contratantes, ni referencias explícitas al derecho a la información acerca de las características del objeto del contrato ni de las condiciones jurídicas y económicas de éste¹⁰⁴. Es lógico que así sea. En un ordenamiento informado por el principio de autonomía de la voluntad, la regla general debe ser la carga de autoinformarse¹⁰⁵. Esta situación cambia con la irrupción del Derecho de consumo. Éste articula una regulación del proceso de formación del contrato que toma en consideración los distintos problemas prenegociales y negociales que aparecen en la contratación con consumidores.

El Derecho de los consumidores considera que en la contratación de consumo se da típicamente una situación de asimetría informativa, que aumenta al tiempo que crece la complejidad del tráfico jurídico y económico. Y, a tal efecto, impone a los empresarios, en cuanto que poseedores de una mayor información, determinados deberes de información precontractual con el fin de que los consumidores estén debidamente informados acerca de las prestaciones contractuales y de las condiciones jurídicas y económicas en las que se proponen los contratos¹⁰⁶.

Con ello se consigue una redistribución del riesgo de una defectuosa información precontractual, haciendo responsable a quien puede facilitarla a un menor coste. Estos deberes de información precontractual se configuran como una medida de protección del consumidor, que dota de seguridad al sistema y reduce la litigiosidad, dado que el consumidor no tiene que probar que el déficit informativo supone una conculcación de la buena fe, sino que basta con acreditar que el empresario no suministró la información debida¹⁰⁷.

Estos deberes de información precontractual adquieren una extraordinaria importancia en el Derecho contractual de consumo. No en vano, éste es uno de

¹⁰⁴ PICATOSTE BOBILLO, J., “El derecho...”, cit., p. 3/57. No obstante, estos deberes de información se encuentran en cierta medida implícitos en la regulación de los vicios del consentimiento, en el régimen de saneamiento por vicios ocultos y en los remedios para el caso de incumplimiento de las obligaciones.

¹⁰⁵ BASOZABAL ARRUE, X., “En torno...”, cit., p. 649.

¹⁰⁶ MIRANDA SERRANO, L. M. y PANIAGUA ZURERA, M., “La protección de los...”, cit., p. 92.

¹⁰⁷ MARÍN LÓPEZ, M. J., “La formación...”, cit., p. 795.

los ámbitos en el que las normas comunitarias han supuesto un mayor impulso al desarrollo de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros¹⁰⁸. Los motivos que explican este auge y que justifican la profusa regulación de estos deberes de información precontractual son varios.

En primer lugar, con ellos se trata de tutelar al consumidor, reduciendo la situación de desequilibrio informativo entre empresario y consumidor, que ha ido en aumento como consecuencia de la mayor complejidad del tráfico, de la creciente diversidad de productos y servicios, y de la aparición de nuevas técnicas de comercialización y contratación¹⁰⁹.

En segundo lugar, se orientan a la protección de la libertad y racionalidad de la decisión del consumidor sobre la contratación, asegurando el adecuado juicio sobre la conveniencia y oportunidad del contrato¹¹⁰. A través de su imposición y observancia se trata, en suma, de garantizar la correcta formación de la voluntad negocial del consumidor. Aunque es cierto que no puede trazarse un paralelismo automático entre cumplimiento de los deberes precontractuales de información y la prestación de un consentimiento libre e informado¹¹¹.

En tercer lugar, se facilita al consumidor el conocimiento no sólo del alcance jurídico y económico de su potencial compromiso y de sus derechos, sino también de las cualidades y utilidades del objeto del futuro contrato¹¹².

Y, finalmente, fomentan la competencia en el mercado, pues se coloca al consumidor en una posición en la que puede comparar entre las distintas ofertas y decidir de forma libre y consciente sobre la prestación que mejor satisface sus necesidades¹¹³. Desde un punto de vista económico, la información se hace necesaria para lograr el óptimo reparto y la explotación más eficiente de los recursos económicos, permitiendo al consumidor desarrollar el papel de primer

¹⁰⁸ SCHULZE, R., “Deberes precontractuales y conclusión del contrato en el Derecho Contractual Europeo”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. LIX, fasc. I, 2006, p. 36.

¹⁰⁹ GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales de información*, Madrid, La Ley, 1994, p. 13.

¹¹⁰ PICATOSTE BOBILLO, J., “El derecho...”, cit., p. 8/57; IZQUIERDO CARRASCO, M., “Derecho a la información, formación y educación”, en AA.VV. (Dirs. REBOLLO, M. e IZQUIERDO, M.), *La defensa de los consumidores y usuarios (Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Madrid, Iustel, 2011, p. 290; y LÓPEZ MAZA, S. y GARCÍA VICENTE, J. R., “Artículo 60. Información previa al contrato”, en AA.VV. (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, 2ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2015, p. 825.

¹¹¹ PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., “Información precontractual...”, cit., p. 381.

¹¹² LÓPEZ MAZA, S., “Información precontractual obligatoria en la compraventa al consumo”, en AA.VV. (Dir. CARRASCO PERERA, A.), *Tratado de la compraventa. Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, t. I, Cizur Menor, Aranzadi, 2013, p. 454 y 455.

¹¹³ PICATOSTE BOBILLO, J., “El derecho...”, cit., p. 8/57; MARIMÓN DURÁ, R., “Información engañosa...”, cit., p. 321, nota 16; y LÓPEZ MAZA, S. y GARCÍA VICENTE, J. R., “Artículo 60...”, cit., p. 827.

orden o rol arbitral que tiene asignado en el mercado¹¹⁴. La información, por tanto, no sólo trata de asegurar una decisión negocial libre y consciente. También aporta transparencia al mercado, garantizando su mejor funcionamiento.

El TRLGDCU contiene distintas referencias al derecho de información con diversa finalidad y contenido (arts. 8, 12, 17, 18, 20 y 60), aunque no todas tienen proyección en el ámbito contractual¹¹⁵. El deber de información precontractual a cargo del empresario se regula, con carácter general, en el art. 60 TRLGDCU. Este precepto se refiere así a la información que ha de ofrecerse al consumidor concreto que muestra interés en contratar. Ello debe distinguirse de la publicidad, aunque ésta pueda presentar un cierto contenido informativo. Y también de la oferta de contrato, dado que el hecho de facilitar esa información no supone una declaración formulada con la seria intención por parte del emisor de quedar obligado para el caso de que recaiga la correspondiente aceptación¹¹⁶.

El art. 60 TRLGDCU disciplina el régimen general de los deberes de información precontractual a través de la articulación de tres reglas distintas. En primer lugar, fija una especie de cláusula general en su apartado 1, conforme al cual “(a)ntes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato y oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas”.

De este precepto pueden extraerse las características básicas de esta información. A saber: Transparencia, dado que la información proporcionada debe ser clara y comprensible. La información será clara y comprensible cuando sea accesible y permita al consumidor aprehenderla sin que le suponga un esfuerzo excesivo¹¹⁷. Proporcionalidad, puesto que la información ha de ponerse a disposición del consumidor de forma “adaptada a las circunstancias” y ser “relevante” y “suficiente”¹¹⁸. Veracidad, toda vez que se trata de permitir el real conocimiento del consumidor sobre las características principales del bien o servicio y de las condiciones jurídicas y económicas del contrato. Y, gratuidad,

¹¹⁴ GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes...*, cit., p. 19; y ACOSTA MÉRIDA, M. P., “Protección del...”, cit., p. 76.

¹¹⁵ PICATOSTE BOBILLO, J., “El derecho...”, cit., p. 3 y ss./57.

¹¹⁶ MARÍN LÓPEZ, M. J., “La formación...”, cit., p. 797 y 798; y LÓPEZ MAZA, S. y GARCÍA VICENTE, J. R., “Artículo 60...”, cit., p. 822.

¹¹⁷ LÓPEZ MAZA, S., “Información precontractual...”, cit., p. 458.

¹¹⁸ MIRANDA SERRANO, L. M., “La protección del...”, cit., p. 45.

impidiendo al empresario que traslade el coste de la información al consumidor (art. 60.4 TRLGDCU)¹¹⁹.

En segundo lugar, el referido precepto establece en su apartado 2 la relevancia de las “obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en esta norma y cualesquiera otras que resulten de aplicación”. Con ello, el legislador se refiere, no sólo a otras obligaciones de información previstas con carácter genérico en el TRLGDCU (como ocurre en el art. 18, relativo al etiquetado y presentación de los productos y servicios), sino también a las obligaciones de información precontractual establecidas con carácter sectorial en el propio TRLGDCU y en otras leyes especiales. En particular, y sin ánimo exhaustivo, las relativas a la contratación a distancia y fuera de los establecimientos mercantiles (art. 97 TRLGDCU), a los viajes combinados (art. 153 TRLGDCU), a la contratación a distancia de servicios financieros (arts. 7 y 8 LCDSFDC), a la contratación de bienes con oferta de restitución del precio (art. 3 LPCCBORP), al aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico (arts. 8 y ss. LCATBUT), a la contratación electrónica (art. 27 LSSICE), o a los créditos al consumo (arts. 10 y ss. LCCC).

Por último, el art. 60.2 TRLGDCU recoge un listado ejemplificativo de las menciones relevantes a los efectos del cumplimiento de los deberes de información precontractual. Éstas se refieren, en concreto, a las siguientes circunstancias: las características principales de los bienes o servicios, en la medida adecuada al soporte utilizado y a los bienes o servicios; la identidad completa del empresario; el precio final completo, incluidos los impuestos y gastos; los procedimientos de pago, entrega y ejecución, y la fecha en que el empresario se compromete a entregar los bienes o a ejecutar la prestación del servicio; las garantías ofrecidas, y la existencia y condiciones de los servicios posventa; la duración del contrato, la existencia de compromisos de permanencia y, en su caso, las penalizaciones; la lengua o lenguas en las que puede formalizarse el contrato, cuando sea distinta de aquella en que se le ha ofrecido la información precontractual; la existencia del derecho de desistimiento que pueda corresponder al consumidor y usuario, el plazo y la forma de ejercitarlo; la funcionalidad de los contenidos digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables; la interoperabilidad relevante del contenido digital; y el

¹¹⁹ Más ampliamente, PICATOSTE BOBILLO, J., “El derecho...”, cit., p. 11 y ss./57; y LÓPEZ MAZA, S. y GARCÍA VICENTE, J. R., “Artículo 60...”, cit., p. 836 y ss.

procedimiento para atender las reclamaciones, así como, en su caso, la información sobre el sistema extrajudicial de resolución de conflictos¹²⁰.

Ahora bien, con carácter general, el incumplimiento de estos deberes de información precontractual no lleva aparejado consecuencias negociales específicas. En rigor, el TRLGDCU guarda silencio sobre este extremo. De ahí que haya de buscarse la solución en la normativa general del propio TRLGDCU y del CC. Así, en el caso de información falsa o inexacta, las declaraciones precontractuales pueden integrar el contenido del contrato conforme a los arts. 61.2 y 116.1 TRLGDCU. Si se omite información precontractual relevante, es posible instar la integración del contrato conforme al principio de la buena fe objetiva (art. 65 TRLGDCU).

Sólo en algunos casos, se prevé legalmente que la información omitida o inexacta se reemplace por otros contenidos predispuestos en la norma (art. 21 LCCC). Además, en principio, el incumplimiento de los deberes de información precontractual no permite resolver el contrato *ex art.* 1124 CC, aunque en algunas modalidades contractuales específicas se reconoce un derecho de desistimiento a favor del consumidor (art. 8.2 LCATBUT) o se prevé la nulidad del contrato (arts. 9.4 LCDSFDC y 6 LPCCBOP).

Por tanto, puede afirmarse que, fuera de los casos particulares previstos por la normativa sectorial, el incumplimiento de los deberes de información precontractual únicamente dará lugar a responsabilidad precontractual por culpa *in contrahendo* o a la responsabilidad *ex art.* 1101 CC. Pero no autoriza al consumidor a solicitar la nulidad o anulabilidad del contrato. Esta posibilidad está reservada únicamente a aquellos casos en los que el incumplimiento de estos deberes de información dé lugar a un vicio del consentimiento, pues esta regulación está llamada a integrar (que no a sustituir) los supuestos de hecho de otras normas¹²¹.

Con esta regulación de los deberes precontractuales de información, el legislador disciplina el modo de proceder de los empresarios cuando los consumidores acuden a ellos con intención de contratar. Es decir, les impone un

¹²⁰ Sobre el contenido de la información, IZQUIERDO CARRASCO, M., “Derecho a...”, cit., p. 292 y ss.; y LÓPEZ MAZA, S. y GARCÍA VICENTE, J. R., “Artículo 60...”, cit., p. 831 y ss.

¹²¹ Acerca de las consecuencias del incumplimiento de los deberes de información precontractual, *vid.*, entre otros, AVILÉS GARCÍA, J., “Las obligaciones...”, cit. p. 13 y 14/16; LÓPEZ MAZA, S., “Información precontractual...”, cit., p. 461 y ss.; PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., “Información precontractual...”, cit., p. 382; MARÍN LÓPEZ, M. J., “La formación...”, cit., p. 801 y ss.; y ÁLVAREZ LATA, N., “Información al consumidor, prácticas comerciales y publicidad”, en BUSTO LAGO, J. M., ÁLVAREZ LATA, N. y PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones de consumo*, Cizur Menor, Aranzadi, 4ª ed., 2020, p. 149 y ss.

modelo de conducta en sus relaciones con los consumidores en la fase previa a la celebración del contrato.

En realidad, la regulación de los deberes de información precontractual contenida en la normativa de consumo constituye el contrapunto en sede contractual de los problemas concurrenciales derivados de los actos y omisiones engañosas. A nadie escapa la estrecha vinculación que existe entre el art. 60 TRLGDCU y los arts. 5 y 7 LCD (actos y omisiones engañosas)¹²². Todas estas normas, en efecto, toman como base la información puesta a disposición de los consumidores y actúan como complemento para garantizar un fin común: la correcta formación de un consentimiento libre e informado por parte de los consumidores y la salvaguarda de un nivel adecuado de transparencia informativa en el mercado.

Esta vinculación ha sido puesta de manifiesto por el legislador comunitario y nacional. En el ámbito comunitario, la Directiva 2008/48/CE dispone en su considerando 18 que “(l)os consumidores deben estar protegidos contra las prácticas desleales o engañosas, especialmente en lo que se refiere a la información facilitada por el prestamista, conforme a lo dispuesto en la Directiva 2005/29/CE (...) No obstante, en la presente Directiva conviene adoptar disposiciones específicas sobre la publicidad relativa a los contratos de crédito y sobre algunos elementos de información básica que deben facilitarse a los consumidores para que puedan comparar diferentes ofertas”¹²³.

En el ámbito nacional, la Exposición de Motivos de la Ley 44/2006 afirma que “en aras de reforzar la protección de los consumidores y la leal competencia se introducen en materia de contratos con los consumidores, diversas modificaciones destinadas a regular aspectos esenciales de las relaciones jurídico privadas con los consumidores” entre las que se encuentra “la necesidad de que la información precontractual obligatoria se facilite al consumidor de forma gratuita, sin costes adicionales”, que tiene “por objeto evitar prácticas lesivas”¹²⁴.

De esta forma, la regulación de los deberes de información precontractual, dentro de la lógica que inspira la regulación consumerista, introduce una matriz procompetitiva orientada al correcto funcionamiento del mercado a través de la

¹²² AVILÉS GARCIA, J., “Usos y...”, cit., p. 12/17; MARIMÓN DURÁ, R., “Información engañosa...”, cit., p. 321, nota 16; y BEDNARZ, Z., “Acciones individuales a...”, cit., p. 2/24.

¹²³ Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo, en *DOUE*, núm. 133, de 22 de mayo de 2008, p. 66 y ss.

¹²⁴ Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de consumidores y usuarios, en *BOE*, núm. 312, de 30 de diciembre de 2006.

promoción de prácticas leales¹²⁵. Con ello, el Derecho de contratos y el Derecho de la competencia desleal se superponen con fines básicamente coincidentes, lo que determina el intercambio de cometidos entre contrato y mercado¹²⁶.

3. El principio de la integración publicitaria del contrato

El modelo contractual clásico plasmado en los Códigos decimonónicos parte de una concepción en la que la igualdad y libertad de las partes, y la propia dinámica del mercado garantizan una libre y adecuada formación del consentimiento negocial. Hijo de su tiempo, este sistema no había tenido en cuenta la importancia que reviste la actividad promocional y publicitaria en la formación del consentimiento contractual, ni –obviamente– los problemas ocasionados por las divergencias entre lo efectivamente contratado y las declaraciones promocionales y publicitarias susceptibles de incidir en el ánimo de los contratantes. No se había extendido a la actividad promocional y publicitaria la responsabilidad por confianza, aunque esta responsabilidad por la conducta precontractual de un contratante contaba con apoyo normativo en el principio de la buena fe (art. 1258 CC)¹²⁷.

Frente a esta situación, el Derecho de consumo establece un nuevo marco normativo que otorga una protección más eficaz al consumidor defraudado por las falsas expectativas económicas generadas por la publicidad y promoción de los empresarios. Y, a tal efecto, reconoce la función y dimensión negocial de la actividad promocional y publicitaria, lo que implica una superación de la clásica dogmática del contrato insensible al influjo de esta actividad empresarial en el proceso de formación del contrato¹²⁸.

Este reconocimiento se plasma normativamente en el derogado art. 8 LGDCU, cuyo contenido –con alguna modificación– pasa al actual art. 61 TRLGDCU. Este último precepto dispone, por un lado, que “(l)a oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación”. Y, por otro, que “(e)l contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta

¹²⁵ CAMARDI, C., “La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul codice del consumo”, en *Jus Civile*, núm. 5, 2013, p. 312.

¹²⁶ AVILÉS GARCIA, J., “Las obligaciones...”, cit., p. 3/16.

¹²⁷ MORALES MORENO, A. M., “Concreción jurisprudencial...”, cit., p. 986.

¹²⁸ PINO ABAD, M., “La integración...”, cit., p. 9 y 10.

en la determinación del principio de conformidad con el contrato”. A lo que añade que “si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, estas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad”.

Este precepto consagra, por tanto, dos reglas o principios distintos en relación con la “oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios”: el *principio de veracidad en la actividad promocional y publicitaria*, y el *principio de la integración publicitaria del contrato*¹²⁹.

El *principio de veracidad* se contempla en el primer apartado del art. 61 TRLGDCU. Este precepto impone a los empresarios la obligación precontractual de realizar la oferta, promoción o publicidad de sus productos o servicios ajustándose a sus características esenciales y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación con el fin de proporcionar a los consumidores una información veraz, clara y suficiente que evite errores a la hora de conformar su voluntad negocial¹³⁰.

Algún autor ha mantenido que este precepto tiene un carácter reglamentario de la actividad publicitaria, en el sentido de exigir los concretos bloques temáticos que deben componer la oferta, promoción y publicidad. Esto es, a través de este precepto se impondría a los empresarios un contenido mínimo de la oferta, promoción y publicidad dirigida a los consumidores¹³¹. Pero, a nuestro juicio (y coincidiendo en ello con un importante sector de nuestra doctrina) el art. 61.1 TRLGDCU sólo consiste en el reconocimiento en sede contractual de la represión de las prácticas engañosas¹³².

En rigor, el TRLGDCU no entra a regular el principio de veracidad. Ni remite de forma genérica a las normas sobre publicidad, como hacía el derogado art. 8 LGDCU. Lo que hace es referirse a la normativa represora de la competencia desleal, conforme a la cual se prohíben las prácticas y omisiones engañosas¹³³. El TRLGDCU toma así conciencia de la importancia que la

¹²⁹ MIRANDA SERRANO, L. M., “La protección de los...”, cit., p. 207.

¹³⁰ PINO ABAD, M., “Comentarios a los artículos 61 y 65. La relevancia negocial de la publicidad comercial: integración publicitaria del contrato celebrado con consumidores”, en AA.VV. (Dirs. REBOLLO, M. e IZQUIERDO, M.), *La defensa de los consumidores y usuarios (Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Madrid, Iustel, 2011, p. 1127 y 1128.

¹³¹ FONT GALÁN, J. I., “Publicidad comercial...”, cit., p. 1142.

¹³² LÓPEZ MAZA, S. y GARCÍA VICENTE, J. R., “Artículo 61. Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato”, en AA.VV. (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, 2ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2015, p. 865; y MORALES MORENO, A. M., “Concreción jurisprudencial...”, cit., p. 1003.

¹³³ MIRANDA SERRANO, L. M. y PANIAGUA ZURERA, M., “La protección...”, cit., p. 88. En un sentido similar, MASSAGUER, J., *Comentario...*, cit., p. 97.

actividad promocional y publicitaria adquiere en la contratación moderna, realizando en sede contractual un llamamiento (si bien, velado) a la disciplina de la competencia desleal.

El *principio de la integración publicitaria del contrato*, por su parte, consiste en el reconocimiento de relevancia negocial a los contenidos promocionales y publicitarios. Implica que las prestaciones contenidas en la publicidad y en la actividad promotora de la contratación forman parte del contrato y son, por tanto, exigibles por los consumidores, aun cuando no estén previstos en el contenido contractual, salvo cuando éste contenga cláusulas más favorables, que prevalecerán sobre el contenido de la actividad promocional y publicitaria.

Se trata, por tanto, de restaurar la correspondencia entre lo ofrecido promocional o publicitariamente y lo exigible contractualmente, para lo que se concede relevancia negocial a las propuestas comerciales que los empresarios vierten al mercado a través de las distintas técnicas de comercialización¹³⁴. Ello implica que el contenido obligacional y prestacional del contrato con consumidores se fija de forma definitiva tras la perfección del contrato con el contenido negocial aportado por las declaraciones promocionales y publicitarias que hubiesen influido en la decisión económica del consumidor¹³⁵.

Este principio de integración publicitaria del contrato es fruto de una evolución doctrinal y jurisprudencial iniciada con las Sentencias del TS de 14 de junio de 1976 (Roj: STS 22/1976) y de 27 de enero de 1977 (Roj: STS 143/1977), que apoyadas en los principios de veracidad y buena fe en el cumplimiento de los contratos (art. 1258 CC) establecieron la eficacia contractual de los mensajes publicitarios en los que los contratantes habían razonablemente confiado¹³⁶. Este mismo fundamento es el que sirve de base a los arts. 8 LGDCU y 61.2 TRLGDCU. En efecto, es lugar común en nuestra doctrina situar el fundamento dogmático y lógico-jurídico del principio de integración publicitaria del contrato en la buena fe *ex art. 1258 CC*¹³⁷.

¹³⁴ MIRANDA SERRANO, L. M. y PANIAGUA ZURERA, M., “La protección...”, cit., p. 88.

¹³⁵ PINO ABAD, M., “La integración...”, cit., p. 10.

¹³⁶ Sobre esta evolución jurisprudencial, *vid.* CABALLERO LOZANO, J. M., “Eficacia contractual de la publicidad comercial en la jurisprudencia”, en *Actualidad Civil*, núm. 1, 1996, p. 293 y ss.; y CUESTA GARCÍA DE LEONARDO, A., “El artículo 8 LGDCU en la jurisprudencia”, en *Aranzadi Civil*, núm. 2, 1996, p. 129 y ss.

¹³⁷ Entre otros, PASQUAU LIAÑO, M., “Comentario al art. 8 LGDCU”, en AA.VV. (Dirs. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y SALAS HERNÁNDEZ, J.), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, Civitas, 1992, p. 161 y ss.; Díez-PICAZO, L., “¿Una nueva...”, cit., p. 1713; REYES LÓPEZ, M. J., “El carácter vinculante de la oferta y de la publicidad en el artículo 8 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, en *Estudios de*

En este sentido, se afirma que, si los contratos obligan “no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”, las declaraciones manifestadas en la promoción y la publicidad deben introducirse en el contenido contractual. Y ello por cuanto que influyen en el ánimo del contratante que, conforme a la buena fe, espera su cumplimiento por la contraparte. De esta forma, la eficacia negocial de la promoción y la publicidad no se funda en la voluntad de quien la emite en obligarse, ni en el engaño o fraude, sino en el hecho objetivo de que las declaraciones promocionales y publicitarias provocan una razonable confianza en la contraparte¹³⁸.

La finalidad del principio de la integración publicitaria del contrato es doble. Por un lado, se trata de una medida orientada a la protección del consumidor que contrata confiando en el contenido informativo proporcionado por el empresario en su actividad promocional y publicitaria, pudiendo exigir su cumplimiento conforme a los instrumentos propios de la responsabilidad contractual. Pero, por otro lado, se persigue un adecuado funcionamiento del sistema competitivo, en la medida en que se tutela a los competidores del empresario que emplea prácticas engañosas y a los consumidores que, como consecuencia de ellas, ven afectadas sus decisiones económicas¹³⁹.

Ambas finalidades se pueden entrecruzar en la disciplina del principio de la integración publicitaria del contrato, cuya caracterización responde básicamente a las siguientes notas. En primer lugar, el art. 61.2 se refiere a la “oferta, promoción o publicidad”, delimitando así un ámbito de aplicación muy extenso. El legislador ha querido incluir en esta norma todas las formas de comunicación empleadas en el mercado por los empresarios y dirigidas a la celebración de un contrato con el consumidor¹⁴⁰. Es indiferente que el contenido promocional o publicitario revista la forma de oferta de contrato, de invitación a formular ofertas o de simple promoción¹⁴¹.

En segundo lugar, el contenido promocional o publicitario susceptible de incorporarse al contrato ha de revestir carácter informativo, dado que es este tipo

Consumo, núm. 43, 1997, p. 62; MIRANDA SERRANO, L. M., “La protección de los...”, cit., p. 209; DÍAZ GÓMEZ, M. A., “Ámbito objetivo y subjetivo de la integración publicitaria prevista en el art. 61 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 2, 2008, p. 75; y PINO ABAD, M., “Comentarios a...”, cit., p. 1110 y ss.

¹³⁸ MORALES MORENO, A. M., “Concreción jurisprudencial...”, cit., p. 1001.

¹³⁹ MARÍN LÓPEZ, M. J., “La formación...”, cit., p. 820; LÓPEZ MAZA, S. y GARCÍA VICENTE, J. R., “Artículo 61...”, cit., p. 865; y LASARTE, C., *Manual sobre...*, cit., p. 126 y 127.

¹⁴⁰ REYES LÓPEZ, M. J., “El carácter...”, cit., p. 62; y MARÍN LÓPEZ, M. J., “La formación...”, cit., p. 823.

¹⁴¹ LÓPEZ MAZA, S. y GARCÍA VICENTE, J. R., “Artículo 61...”, cit., p. 869.

de mensaje y no el meramente sugestivo o laudatorio el que puede generar expectativas legítimas y razonables en los consumidores¹⁴². La delimitación entre estos tipos de mensajes promocionales y publicitarios ha de basarse en el contenido y significado de las declaraciones publicitarias y en las razonables expectativas económicas que generen en los consumidores. Los aspectos concretos sobre los que surge la vinculación contractual vendrán determinados por esa publicidad informativa que puede ir referida a cualquier característica de la prestación, a las condiciones jurídicas y económicas de la operación o a la garantía comercial.

En tercer lugar, la integración de los contenidos promocionales y publicitarios sólo se produce tras la celebración del contrato¹⁴³. Así resulta del tenor literal del art. 61.2 TRLGDCU y de la estrecha vinculación que existe entre este precepto y el art. 1258 CC. En consecuencia, la protección conferida por esta disposición queda circunscrita al derecho del consumidor a exigir que el contenido de las declaraciones promocionales y publicitarias formen parte del contrato ya concluido. Pero no le faculta para compeler al anunciante a que concluya el contrato en los términos publicitados.

En cuarto lugar, el contenido de la publicidad y promoción prevalece con carácter general frente al contrato, no sólo cuando éste no prevea nada al respecto, sino también cuando su contenido regulador no negociado individualmente resulte contradictorio o incompatible con aquél. Es decir, no es necesario que exista una laguna contractual para que las declaraciones formuladas en la actividad promocional y publicitaria pasen a formar parte del contenido del contrato¹⁴⁴.

¹⁴² Entre otros, MORALES MORENO, A. M., “Declaraciones públicas y vinculación contractual (reflexiones sobre una Propuesta de Directiva), en *Anuario de Derecho Civil*, t. LII, fasc. I, 1999, p. 269; DÍAZ GÓMEZ, M. A., “Ámbito objetivo...”, cit., p. 67 y ss.; PINO ABAD, M., “La relevancia...”, cit., p. 1114 y ss.; y ÁLVAREZ LATA, N., “Información al...”, cit., p. 203.

¹⁴³ En esta dirección, entre otros, MORALES MORENO, A. M., “Declaraciones públicas...”, cit., p. 272; PICATOSTE BOBILLO, J., “El derecho...”, cit., p. 27 y ss./57; MIRANDA SERRANO, L. M. y PANIAGUA ZURERA, M., “La protección...”, cit., p. 89; y LÓPEZ MAZA, S. y GARCÍA VICENTE, J. R., “Artículo 61...”, cit., p. 870. No obstante, algún autor se ha posicionado en contra de esta lectura, manteniendo que el consumidor destinatario de la oferta publicitaria puede exigir al empresario oferente celebrar el contrato con el contenido expresado en las declaraciones publicitarias. Para ello se apoya en que la eficacia contractual de la publicidad reside en la confianza negocial generada en el ánimo económico del consumidor y no en el contrato promovido o celebrado. Y esta confianza debe protegerse en todo el proceso de formación del contrato y no sólo tras la celebración de este, puesto que la buena fe debe presidir toda la vida del contrato [Cfr. FONT GALÁN, J. I., “El tratamiento jurídico de la publicidad en la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios”, en AA.VV. (Coords. FONT GALÁN, J. I. y LÓPEZ MENUÑO, F.), *Curso sobre el Nuevo Derecho del Consumidor*, Madrid, Instituto Nacional de Consumo, 1990, p. 55 y ss.; Ídem, “Publicidad comercial...”, cit., p. 1175 y ss.].

¹⁴⁴ MIRANDA SERRANO, L. M., “La protección de los...”, cit., p. 211 y 212; y PINO ABAD, M., “La relevancia...”, cit., p. 1119 y ss. En contra, RUBIO TORRANO, E., “Cuándo vincula al vendedor la

El art. 61.2 y 3 TRLGDC no impide de modo absoluto la eficacia de las cláusulas contractuales menos favorables que lo anunciado, pero para ello es necesario que exista una verdadera voluntad del consumidor en aceptarlas¹⁴⁵. Esto es, que sean cláusulas conocidas por el consumidor con carácter previo a la perfección del contrato, estén individualmente negociadas y sean aceptadas por éste¹⁴⁶.

En cambio, si se trata de cláusulas impuestas unilateralmente por el empresario a las que el consumidor se limita a adherirse, éstas serán ineficaces y el contenido de la publicidad prevalecerá sobre ellas. Este último supuesto, empero, admite una excepción: que la discrepancia entre publicidad y contrato se refiera a los elementos esenciales del contrato (precio y contraprestación). Y es que, en estos casos, pese a encontrarnos ante un contrato sometido a cláusulas predispuestas, la divergencia entre contrato y publicidad difícilmente pasará desapercibida para el consumidor¹⁴⁷.

En quinto lugar, las modificaciones sobrevenidas en el contenido promocional o publicitario que empeoran la posición del consumidor, con carácter general, carecen de relevancia. De modo que la vinculación se establecerá sobre las declaraciones formuladas en primer lugar. No obstante, estas modificaciones sobrevenidas son admisibles en dos situaciones: cuando haya transcurrido el límite temporal de vinculación de las declaraciones publicitarias, si así lo ha previsto el empresario; o cuando, aun no previéndose dicha limitación temporal, el empresario ponga en conocimiento del consumidor, con carácter previo a la celebración del contrato, la declaración modificada y los nuevos términos de la promoción o la publicidad, y el consumidor los acepte de forma expresa¹⁴⁸.

En sexto lugar, el consumidor puede exigir la integración contractual del contenido de la promoción o publicidad al empresario con el que contrata, incluso cuando éste no sea el responsable de la actividad promocional o publicitaria. En estos casos en los que el anunciante no es parte del contrato celebrado con el consumidor cabe entender que el empresario contratante responde del contenido de la publicidad cuando conozca o haya podido conocer

publicidad y promoción precontractual”, en AA.VV. (Dir. CARRASCO PERERA, A.), *Tratado de la compraventa. Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, t. I, Cizur Menor, Aranzadi, 2013, p. 470.

¹⁴⁵ MORALES MORENO, A. M., “Concreción jurisprudencial...”, cit., p. 994.

¹⁴⁶ PICATOSTE BOBILLO, J., “El derecho...”, cit., p. 25/57; LÓPEZ MAZA, S. y GARCÍA VICENTE, J. R., “Artículo 61...”, cit., p. 869; y ÁLVAREZ LATA, N., “Información al...”, cit., p. 204.

¹⁴⁷ MIRANDA SERRANO, L. M. y SERRANO CAÑAS, J. M., “Relevancia negocial...”, cit., p. 4/42.

¹⁴⁸ MARÍN LÓPEZ, M. J., “La formación...”, cit., p. 822 y ss.; y LÓPEZ MAZA, S. y GARCÍA VICENTE, J. R., “Artículo 61...”, cit., p. 870 y ss.

el contenido de la promoción o publicidad, lo que se presume dada su condición profesional. Además, en estos supuestos, el consumidor puede dirigirse igualmente contra el anunciante que es quien crea la situación de confianza, aunque se discute sobre si su responsabilidad es de carácter contractual o extracontractual¹⁴⁹.

Finalmente, en caso de discrepancias entre el contenido de la promoción o publicidad y el régimen contractual, el consumidor dispone de los remedios contractuales generales (cumplimiento, rebaja del precio o resolución) y, en su caso, de los específicos por falta de conformidad (art. 118 y ss. TRLGDCU), a lo que puede sumarse la acción de indemnización de daños y perjuicios, si procede¹⁵⁰.

De todo lo anterior se desprende la intensa conexión entre el Derecho de contratos y el Derecho de la competencia desleal que se manifiesta a través del principio de la integración publicitaria del contrato. Con esta regla el Derecho contractual de consumo deja de concebir contrato y mercado como realidades independientes y desconectadas. En su lugar, configura el contrato como un acto contextualizado en el mercado y, por tanto, permeable a las distintas prácticas y actuaciones que tienen lugar en él. Ello ha determinado la alteración del *iter* formativo clásico del contrato (oferta y aceptación, precedidas, en su caso, de una negociación individualizada) para dar entrada a las nuevas técnicas de promoción y publicidad que se dan en la realidad del tráfico moderno.

En este sentido, el principio de la integración publicitaria del contrato supone el reconocimiento a nivel normativo de la conexión entre la función jurídico-negocial de promoción y preparación del contrato y la función jurídico-promocional inherente a las técnicas publicitarias. De un lado, este principio advierte el apoyo que la actividad promocional y publicitaria presta al contrato, en cuanto que sirve de vehículo a declaraciones obligacionales y actos negociales promotores, preparatorios y formadores del contrato. Esta actividad promocional y publicitaria desborda su original función concurrencial para dar cabida a declaraciones negociales con eficacia jurídico-obligacional propia. Y, de otro

¹⁴⁹ A favor del carácter contractual de este tipo de responsabilidad, entre otros, PASQUAU LIAÑO, M., “Comentario al...”, cit., p. 172 y 173; MIRANDA SERRANO, L. M., “La protección de los...”, cit., p. 213; PINO ABAD, M., “La relevancia...”, cit., p. 1124 y 1125; FONT GALÁN, J. I., “Publicidad comercial...”, cit., p. 1183; y MORALES MORENO, A. M., “Concreción jurisprudencial...”, cit., p. 1028. Se decantan, en cambio, por la naturaleza extracontractual RUBIO TORRANO, E., “Cuándo vincula...”, cit., p. 468; MARÍN LÓPEZ, M. J., “La formación...”, cit., p. 825; y LÓPEZ MAZA, S. y GARCÍA VICENTE, J. R., “Artículo 61...”, cit., p. 873 y ss.

¹⁵⁰ MARÍN LÓPEZ, M. J., “La formación...”, cit., p. 822; LÓPEZ MAZA, S. y GARCÍA VICENTE, J. R., “Artículo 61...”, cit., p. 873; y MORALES MORENO, A. M., “Concreción jurisprudencial...”, cit., p. 1024 y ss.

lado, las declaraciones jurídico-obligacionales preparatorias y formadoras del contrato abandonan su esfera contractual típica para incorporarse a la actividad promocional y publicitaria, sirviendo así de reclamo en la lucha competitiva.

De ahí que ambas funciones –jurídico-contractual y concurrencial– se den cita tanto en las declaraciones negociales evacuadas por los empresarios con el fin de promocionar, preparar y concluir el contrato, como también en la actividad promocional y publicitaria, en tanto que canal comunicativo de un contenido que se integrará en el régimen contractual. Puede decirse así que el art. 61 TRLGDCU actúa como el anclaje normativo del círculo de inherencia funcional y recíproca en acción concomitante que forman publicidad y contrato¹⁵¹.

Pero este precepto no sólo implica el reconocimiento normativo de las conexiones funcionales existentes entre publicidad y contrato, sino que también implica un trasvase de valores e intereses tutelados entre el Derecho de contratos y el Derecho de la competencia desleal.

En el plano contractual, en primer lugar, supone la dilución de la clásica distinción entre oferta e invitación a formular ofertas, toda vez que los mensajes promocionales y publicitarios vinculan negocialmente a quien los emite con independencia de su mayor o menor concreción y de que cumplan o no los requisitos de la oferta *stricto sensu*¹⁵². En segundo lugar, extiende la responsabilidad del contenido publicitario más allá de las partes contratantes, implicando al responsable de la actividad promocional y publicitaria. En tercer lugar, desvincula la respuesta contractual frente a las divergencias entre lo publicitado y lo contratado de la intencionalidad o negligencia del anunciante, en coherencia con el carácter objetivo de los ilícitos sancionados por la normativa concurrencial. Y, en cuarto lugar, traslada a las declaraciones jurídico-negociales preparatorias y formadoras del contrato las exigencias de veracidad y transparencia que deben regir en un sistema competitivo que funcione adecuadamente.

En el plano concurrencial, por su parte, el principio de la integración publicitaria del contrato reviste el mensaje promocional y publicitario de una eficacia negocial desconocida en la teoría clásica del contrato y, sobre todo, contribuye a los fines del Derecho represor de la competencia desleal, puesto que

¹⁵¹ FONT GALÁN, J. I., “Publicidad comercial...”, cit., p. 1152 y ss.

¹⁵² MIRANDA SERRANO, L. M., “La oferta pública de contrato: entre la solución vienesa y el criterio tradicional español”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 27, 2011, p. 22/31 (hemos consultado la versión en línea disponible en la base de datos Aranzadi Instituciones).

se garantiza una competencia efectiva y honesta en el mercado al eliminar por el cauce contractual los efectos perjudiciales derivados de prácticas engañosas¹⁵³.

4. La integración del contrato en los supuestos de falta de información precontractual

Junto a los deberes de información precontractual y el principio de la integración publicitaria del contrato, el Derecho contractual de consumo incorpora una regla que matiza el principio general de integración del contrato recogido en el art. 1258 CC con el fin de desincentivar el incumplimiento de las obligaciones precontractuales de información¹⁵⁴. Se trata del art. 65 TRLGDCU donde se dispone que “(l)os contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante”.

Este precepto introduce en el Derecho contractual de consumo la regla general de integración de los contratos para el caso de que exista una laguna contractual. Esto es, cuando en el contrato no se regulen aspectos concretos que debían haber sido incorporados para que la relación contractual alcanzara sentido propio para las partes¹⁵⁵.

A los efectos que aquí interesan, esta regla de integración se aplica a los supuestos de omisión de información precontractual relevante, lo que supone introducir en sede negocial una solución a los supuestos de ilicitud concurrencial por omisiones engañosas. No obstante, no falta quien invoca la necesidad de admitir una interpretación flexible, en el sentido de extender esta regla de integración a los casos de información incompleta o inexacta. Ello sobre la base de considerar que en estos supuestos también se está omitiendo la información debida, toda vez que no se informa de lo que se debe por hacerlo de modo inexacto¹⁵⁶.

¹⁵³ FONT GALÁN, J. I., “Publicidad comercial...”, cit., p. 1146; MARÍN LÓPEZ, M. J., “La formación...”, cit., p. 820; LÓPEZ MAZA, S. y GARCÍA VICENTE, J. R., “Artículo 61...”, cit., p. 865 y ss.; y ÁLVAREZ LATA, N., “Información al...”, cit., p. 201.

¹⁵⁴ CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario al art. 65 TRLGDCU”, en AA.VV. (Dir. CÁMARA LAPUENTE, S.), *Comentario a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007 y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2011, p. 580.

¹⁵⁵ MARÍN LÓPEZ, M. J., “La formación...”, cit., p. 825; y GARCÍA VICENTE, J. R. y LÓPEZ MAZA, S., “Artículo 65. Integración del contrato”, en AA.VV. (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, 2ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2015, p. 904 y 905.

¹⁵⁶ PICATOSTE BOBILLO, J., “El derecho...”, cit., p. 31/57.

En consecuencia, en los supuestos de omisión de información relevante que vengán acompañados de una laguna contractual, el contrato debe integrarse o completarse con las reglas que puedan deducirse de la buena fe objetiva. Ésta se configura como el estándar jurídico regulador de la conducta negocial del empresario en la promoción y formación de los contratos de consumo, remitiendo a un modelo abstracto de conducta¹⁵⁷.

El significado de la buena fe objetiva como parámetro de integración contractual ha de encontrarse en una valoración equilibrada de los intereses de las partes, que puede encontrarse en el Derecho dispositivo y, en su defecto, en la propia naturaleza del contrato celebrado y de las prestaciones que constituyen su objeto. Pero, además, ha de conectarse, en cuanto que estándar regulador de la conducta negocial del empresario, con el criterio rector de su comportamiento concurrencial en las relaciones con consumidores y usuarios (art. 4 LCD).

El precepto al que ahora nos referimos impone una restricción adicional a la integración conforme a los parámetros de la buena fe objetiva, toda vez que dispone que la integración opera en beneficio del consumidor. De esta forma, la integración contractual no puede empeorar su posición en el contrato.

Ahora bien, el propio criterio de integración, esto es, la buena fe objetiva, impide interpretar y aplicar esta norma jurídica en perjuicio del empresario. El art. 65 TRLGDCU no pretende tanto resolver un conflicto de intereses entre empresario y consumidor, como fijar una regla general (buena fe *ex art.* 1258CC) cuya aplicación redundará en beneficio del consumidor. Pero integración del contrato en beneficio del consumidor no significa *per se* integración en perjuicio del empresario¹⁵⁸. De lo que se trata es de que éste no se beneficie injustamente en perjuicio del consumidor como consecuencia de una laguna contractual, reforzándose así la posición debilitada del consumidor frente a aquellas prácticas que le impiden reaccionar en igualdad de medios ante los abusos de los empresarios¹⁵⁹. De esta forma, el art. 65 TRLGDCU promueve una solución a los supuestos de falta de información relevante consistente en la revisión judicial de la parte del contrato afectada por la información omitida o incorrecta, obligando al juez a valorarla conforme a los criterios objetivos que le suministre el mercado¹⁶⁰.

Con esta norma se establece un remedio conservador en cuanto a su efecto, puesto que a través de él se trata de salvar la validez y vigencia del

¹⁵⁷ GARCÍA VICENTE, J. R. y LÓPEZ MAZA, S., “Artículo 65...”, cit., p. 906.

¹⁵⁸ FONT GALÁN, J. I., “Publicidad comercial...”, cit., p. 1134 y 1135.

¹⁵⁹ AVILÉS GARCÍA, J., “Las obligaciones...”, cit., p. 1/16.

¹⁶⁰ BASOZABAL ARRUE, X., “En torno...”, cit., p. 711.

contrato. El asunto principal, por tanto, es dar una respuesta dentro del interés en el cumplimiento y de la conservación contractual, remediando los defectos de información que aparecen en el marco de un contrato cuyo cumplimiento sigue interesando al consumidor.

En lo que aquí especialmente interesa, este precepto muestra la necesaria conexión que existe entre el Derecho contractual y el concurrencial. Dicha conexión se encuentra precisamente en el origen de esta regla de integración contractual. En efecto, el art. 65 TRLGDCU trae causa del art. 12.6 LGDCU en la redacción dada por la Ley 44/2006, cuya Exposición de Motivos pone de manifiesto su finalidad consistente en “reforzar la protección de los consumidores y la leal competencia”. Y para ello introduce una serie de modificaciones que se completan con “la integración del contrato conforme a la buena fe objetiva, según las reglas de interpretación e integración del Código Civil y las exigencias de la leal competencia”.

Se hace así patente la interacción entre contrato y mercado que encierra este precepto. En su anverso, estableciendo un remedio contractual frente a los comportamientos empresariales consistentes en omisiones engañosas¹⁶¹. Y, en su reverso, concretando normativamente un estándar de comportamiento empresarial en la promoción y formación de los contratos. Éste se manifiesta como una reacción frente a la posibilidad de que los empresarios opten por una publicidad carente de información relevante para los consumidores ante la amenaza que para sus intereses se deriva de la posible aplicación del principio de la integración publicitaria del contrato¹⁶².

5. El régimen de las condiciones generales de la contratación y de los clausulados contractuales predispuestos

El modelo contractual codificado, apoyado en el principio de autonomía de la voluntad y articulado sobre el contrato por negociación, desconoce el fenómeno de la contratación en masa sometida a condiciones generales de la contratación y clausulados predispuestos.

Este sistema de contratación, ampliamente extendido en la práctica en todos los sectores económicos, contrasta abiertamente con el principio de autonomía de la voluntad manifestado en la doble libertad de contratar y de fijar el contenido contractual. Ello por cuanto que, en la contratación por medio de condiciones generales y clausulados predispuestos, la determinación de la

¹⁶¹ LÓPEZ MAZA, S., “Información precontractual...”, cit., p. 459.

¹⁶² PINO ABAD, M., “Comentarios a...”, cit., p. 1130.

regulación contractual queda en manos de uno de los contratantes (el predisponente), mientras que el otro (el adherente) sólo puede decidir si contrata o no lo hace, pero no contribuye a fijar el contenido del clausulado contractual. Por eso esta técnica de contratación genera una situación de desequilibrio negocial, donde el principio de la autonomía de la voluntad aparece fuertemente potenciado para una de las partes en detrimento de la otra¹⁶³.

Además, esta práctica contractual genera importantes carencias informativas que afectan a la formación del consentimiento contractual y, consecuentemente, introducen un factor de ineficacia en el correcto funcionamiento del mercado, al impedir una correcta selección de ofertas¹⁶⁴.

A nadie escapa, por tanto, que este sistema de contratación, surgido al amparo de la necesidad de racionalización de la actividad contractual de los empresarios, plantea importantes problemas dogmáticos y jurídicos derivados de su potencialidad para actuar como un instrumento especialmente hábil para perpetrar todo tipo de prácticas abusivas¹⁶⁵. Situación que se hace especialmente patente en la contratación con consumidores y usuarios. De ahí la necesidad de su regulación, especialmente en el marco de las relaciones de consumo.

La regulación general de este sistema de contratación se encuentra en la LCGC y en los arts. 80 y ss. TRLGDCU, concibiéndose la primera como una regulación de carácter supletorio. Esta disciplina se orienta, en lo sustancial, a la consecución de varios fines: a) permitir que el consumidor adherente conozca la existencia de las condiciones generales aplicables al contrato que celebra y tenga la posibilidad de conocer su contenido; b) garantizar el conocimiento efectivo de los elementos esenciales de dicho contrato; y c) controlar el contenido de su regulación material¹⁶⁶. Por ello somete las condiciones generales y los clausulados predispuestos a distintos mecanismos de control en los que pueden apreciarse ciertas conexiones entre el Derecho de contratos y el Derecho de la competencia desleal.

¹⁶³ VELA TORRES, P. J., “La contratación a través de condiciones generales y clausulados negociales predispuestos”, en MIRANDA SERRANO, L. M., VELA TORRES, P. J. y PRÍES PICARDO, A., *La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 360; MIRANDA SERRANO, L. M., “La protección de los...”, cit., p. 216; y PAGADOR LÓPEZ, J., “Los contratos de consumo celebrados mediante condiciones generales y cláusulas predispuestas”, en AA.VV. (Coords. MIRANDA SERRANO, L. M. y PAGADOR LÓPEZ, J.), *Derecho (privado) de los consumidores*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 100.

¹⁶⁴ RUIZ MUÑOZ, M., “Introducción a la contratación con consumidores”, en *Estudios sobre Consumo*, núm. 47, 1998, p. 72.

¹⁶⁵ Sobre la problemática ocasionada por la contratación sometida a condiciones generales y clausulados predispuestos, *vid.*, por todos, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, Civitas, 1991, p. 38 y ss.; y PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 97 y ss.

¹⁶⁶ PAGADOR LÓPEZ, J., “Los contratos...”, cit., p. 101.

5.1. *El control de transparencia formal*

El *control de transparencia formal* –o de inclusión o de incorporación, en terminología tradicional– hace referencia a las exigencias de forma que ha de cumplir el empresario para asegurarse de que las cláusulas por él predispuestas lleguen a incorporarse al contrato¹⁶⁷. Estas exigencias de forma se configuran a modo de cargas impuestas al empresario para que las cláusulas predispuestas se integren en la oferta y, en su caso, queden amparadas por la aceptación¹⁶⁸.

Mediante este control se trata de garantizar que el consumidor tenga la posibilidad de conocer las cláusulas impuestas por el empresario previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, pero no implica en ningún caso que tengan que ser efectivamente conocidas.

Para que se considere superado este control formal deben cumplirse los siguientes requisitos: perceptibilidad (posibilidad física de que las cláusulas puedan ser leídas atendiendo al tamaño de letra y a su forma de presentación); comprensibilidad (posibilidad de comprensión y conocimiento de forma razonablemente fácil de las cláusulas en atención al lenguaje empleado y la estructura del clausulado); concreción (posibilidad del adherente de formarse una idea suficientemente concreta sobre su posición contractual); y necesidad de entrega o carácter accesible (bien a través de la entrega al consumidor adherente mediante su inserción en el clausulado contractual o en un documento aparte, sin reenvíos a textos o documentos que no se facilitan y a los que debe hacerse referencia en el documento contractual; bien mediante su anuncio en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebre el contrato o de cualquier otro modo que garantice su posible conocimiento al adherente)¹⁶⁹.

Así configurado, este control de transparencia formal impone al empresario un estándar de conducta en la etapa inmediatamente anterior a la celebración y perfección del contrato que debe ser cumplido si quiere que el clausulado contractual predispuesto forme parte del contenido del contrato.

¹⁶⁷ MIRANDA SERRANO, L. M., “El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria”, en *InDret*, núm. 2, 2018, p. 7.

¹⁶⁸ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Artículo 80. Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente”, en AA.VV. (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, 2ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2015, p. 1051.

¹⁶⁹ Sobre estos requisitos, PAGADOR LÓPEZ, J., “Los contratos...”, cit., p. 108 y ss.; MIRANDA SERRANO, L. M., “El control...”, cit., p. 8 y ss.; y BUSTO LAGO, J. M. y PEÑA LÓPEZ, F., “Las estipulaciones contractuales predispuestas por el empresario en las relaciones de consumo: las condiciones generales de los contratos y las cláusulas abusivas”, en BUSTO LAGO, J. M., ÁLVAREZ LATA, N. y PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones de consumo*, Cizur Menor, Aranzadi, 4ª ed., 2020, p. 230 y ss.

No es complicado apreciar un cierto paralelismo entre este control de los clausulados contractuales y la regulación de las prácticas y omisiones engañosas contenida en la LCD. En efecto, esta última sanciona toda conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a sus destinatarios, así como la ocultación de información o su ofrecimiento de forma poco clara, ininteligible o ambigua. Situaciones todas ellas que pueden aparecer si el empresario no proporciona al consumidor un clausulado contractual perceptible, comprensible, concreto y accesible.

Con ello, no obstante, no quiere decirse que todo incumplimiento de los deberes formales de incorporación constituya *per se* una práctica u omisión desleal por engañosa. Ni tampoco que la puesta en práctica de un acto u omisión engañosa determine la no incorporación al contrato de la cláusula o cláusulas afectadas por el engaño. Lo que trata de ponerse de manifiesto es que siendo disciplinas que tutelan intereses parcialmente coincidentes y que afrontan fenómenos económicos comunes, su interpretación debe auxiliarse con un apoyo recíproco que permita una aplicación más coherente y eficaz¹⁷⁰.

5.2. *El control de transparencia material*

El *control de transparencia material* trata de garantizar que el consumidor adherente tenga un efectivo conocimiento del objeto principal o parte económica del contrato a la hora de contratar. Se configura como un control abstracto de validez de las cláusulas predispuestas, cuando éstas se refieren a los elementos esenciales del contrato¹⁷¹.

Su finalidad consiste en que el consumidor conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener; como la carga jurídica, es decir, la definición clara de su posición jurídica en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado y en la asignación de los riesgos¹⁷². Todo ello en aras de salvaguardar “la adecuada elección del consumidor en aquello cuya determinación se confía al mercado y la

¹⁷⁰ Así parece entenderlo la Comisión Europea cuando señala que “a la hora de evaluar la transparencia de la información sustancial y la existencia de una omisión engañosa con arreglo al artículo 7 de la DPCD, debe tenerse en cuenta el recurso a cláusulas contractuales opacas, que no están redactadas de manera clara y comprensible, tal como disponen el artículo 4, apartado 2, y el artículo 5 de la DCCA” (*Guía sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior*, en *DOUE*, C-526, 29 de diciembre de 2021, p. 14).

¹⁷¹ SSTS (Sala 1ª) 241/2013, de 9 de mayo (Roj: STS 1916/2013); y 355/2018, de 13 de junio (Roj: STS 2192/2018).

¹⁷² STS (Sala 1ª) 219/2021, de 20 de abril (Roj: STS 1456/2021).

competencia, lo que supone que más allá de la mera exigencia de claridad de los términos de las cláusulas, se pretende asegurar que el consumidor tenga una posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto”¹⁷³.

Este control de transparencia material se incorporó a nuestro ordenamiento gracias a la labor de la jurisprudencia¹⁷⁴. No obstante, su origen puede residenciarse en la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendentes elaborada en el ordenamiento alemán¹⁷⁵. Por virtud de esta regla, las cláusulas predispuestas que, de acuerdo con sus circunstancias y, en especial, con la naturaleza del contrato, resulten tan insólitas que el adherente al formar sus expectativas no haya podido contar razonablemente con su existencia, no se incorporarán al contrato¹⁷⁶.

En esta dirección, el TS ha afirmado que con este control “(s)e trata de impedir que pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida al consumidor porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se facilitó al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula”¹⁷⁷.

Por tanto, el resultado que trata de obtenerse mediante este control es la emisión de un consentimiento libre y con pleno conocimiento de causa, lo que exige la presencia de un consumidor suficientemente informado sobre los elementos esenciales del contrato.

Ahora bien, no existen medios tasados para obtener este resultado¹⁷⁸. Será necesario valorar todos los elementos potencialmente aptos para que el consumidor tuviera una información adecuada sobre la existencia y trascendencia de la cláusula. En particular, la información precontractual

¹⁷³ STS (Sala 1ª) 705/2015, de 23 de diciembre (Roj: STS 5618/2015).

¹⁷⁴ SSTS (Sala 1ª) 406/2012, de 18 de junio (Roj: STS 5966/2012) y, sobre todo, 241/2013, de 9 de mayo (Roj: STS 1916/2013).

¹⁷⁵ MIRANDA SERRANO, L. M., “El control...”, cit., p. 11.

¹⁷⁶ PAGADOR LÓPEZ, J., “Condiciones generales y cláusulas abusivas”, en AA.VV. (Dirs. REBOLLO, M. e IZQUIERDO, M.), *La defensa de los consumidores y usuarios (Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Madrid, Iustel, 2011, p. 1369. En un sentido similar, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Cizur Menor, Aranzadi, 2005, p. 193 y 194.

¹⁷⁷ STS (Sala 1ª) 211/2021, de 19 de abril (Roj: STS 1452/2021).

¹⁷⁸ SSTS (Sala 1ª) 171/2017, de 9 de marzo (Roj: STS 788/2017); y 533/2020, de 15 de octubre (Roj: STS 3326/2020).

facilitada por el empresario¹⁷⁹, el contenido de las actividades publicitarias y promotoras de la contratación¹⁸⁰, las actuaciones desarrolladas por un fedatario público, la naturaleza del contrato, la ubicación de la cláusula dentro del contrato, etc.

Este control se apoya en dos ideas fundamentales: Por un lado, que las cláusulas delimitadoras del objeto principal o parte económica del contrato y de la adecuación entre precio y retribución no pueden someterse al control de abusividad o de contenido, por ser un asunto que corresponde al mercado y no al Derecho. Y, por otro, que el consumidor que celebra un contrato se forma unas expectativas legítimas y razonables a la luz del tipo de contrato, de su regulación positiva, de la práctica usual del tráfico, de la actividad promocional y publicitaria, y del contexto general en que se celebra¹⁸¹.

Así, el control de transparencia material trata de preservar la libertad contractual y la manifestación de un consentimiento informado sobre los elementos esenciales del contrato¹⁸². De modo que el consumidor pueda elegir con pleno conocimiento de causa entre las distintas ofertas de contratación del producto o servicio.

Puede comprobarse, por tanto, cómo los fines perseguidos por este control de transparencia material se solapan con los propios del régimen represor de la competencia desleal y la estrecha conexión que existe entre la mecánica del control de transparencia material y el supuesto de hecho de los actos y omisiones engañosas¹⁸³. Ello ha de conducir a una interpretación coherente e integrada de

¹⁷⁹ El TJUE ha puesto de manifiesto en varias ocasiones la importancia de la información precontractual en la valoración del control de transparencia material [vid., entre otras, las SSTJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, *RWE Vertrieb* (apdo. 44); de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, *Matei* (apdo. 75); y de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, *Gutiérrez Naranjo* (apdo. 50)]. Sobre la entrega de información precontractual y el cumplimiento del deber de transparencia material, vid. MARTÍNEZ GÓMEZ, S., “La entrega de información precontractual con suficiente antelación como parámetro de validez de la cláusula suelo”, en *CESCO*, 15 de marzo de 2021 (disponible en <http://centrodeestudiosdeconsumo.com>, consultado el 24/03/2021).

¹⁸⁰ La relevancia del contenido de la publicidad y la promoción por parte del empresario también ha sido tomada en consideración por el TJUE en el marco del control de transparencia material [Cfr. STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, *Kásler y Káslerné Rábai* (apdo. 74)].

¹⁸¹ MIRANDA SERRANO, L. M., “El control...”, cit., p. 15 y ss.

¹⁸² Entre otros, PLAZA PENADÉS, J., “Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo”, en *Diario La Ley*, núm. 8112, 2013, p. 10/13 (hemos consultado la versión en línea disponible en el portal de revistas Wolters Kluwer); ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Cláusulas predispuestas que describen el objeto principal del contrato”, en *Almacén de Derecho*, 21 de marzo de 2017 (disponible en www.almacenederecho.org, consultado el 19/05/2021); y PANTALEÓN, F., “10 tesis sobre la falta de transparencia de las cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato”, en *Almacén de Derecho*, 12 de marzo de 2017 (disponible en www.almacenederecho.org, consultado el 19/05/2021).

¹⁸³ En esta dirección, la STS (Sala 1ª) 241/2013, de 9 de mayo (Roj: STS 1916/2013) afirma que “(l)a oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación

estas disciplinas que permita el apoyo en el régimen represor de la competencia desleal para fundar la transgresión de la obligación de transparencia impuesta por este control¹⁸⁴.

5.3. *El control de contenido o de abusividad*

La pieza clave del régimen jurídico de las condiciones generales y cláusulas no negociadas individualmente es la existencia de un control específico sobre el contenido de la regulación material del clausulado incorporado al contrato. Nos referimos al *control de contenido o de abusividad*, consistente en un conjunto de operaciones de naturaleza esencialmente valorativa destinadas a determinar si la regulación material contemplada en el clausulado contractual predispuesto es o no admisible a la luz del principio de buena fe¹⁸⁵.

En este sentido, el art. 82.1 TRLGDCU dispone que “(s)e considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”. Se establece, pues, como patrón básico de la abusividad de una cláusula, el principio de la buena fe, de tal forma que serán nulas, por abusivas, las cláusulas predispuestas que sean contrarias a las exigencias de la buena fe en perjuicio del consumidor o usuario. Buena fe que ha de ser entendida en sentido objetivo. Es decir, analizada a la luz de la regulación de ese contrato conforme al Derecho dispositivo, los usos y la regulación equilibrada de los derechos y obligaciones de las partes¹⁸⁶.

Ahora bien, como ya se ha puesto de manifiesto, este control no tiene por objeto el equilibrio económico del contrato, sino su equilibrio jurídico. De modo que está reservado a aquellas cláusulas predispuestas reguladoras de la relación contractual no relativas al objeto principal del contrato (precio y contraprestación)¹⁸⁷.

permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas”.

¹⁸⁴ En este sentido, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, en *InDret*, núm. 3, 2013, p. 19.

¹⁸⁵ PAGADOR LÓPEZ, J., “Los contratos...”, cit., p. 117.

¹⁸⁶ VELA TORRES, P. J., “La contratación...”, cit., p. 367.

¹⁸⁷ Entre otros, PAGADOR LÓPEZ, J., “De nuevo sobre las cláusulas predispuestas relativas a la parte económica del contrato”, en *Derecho de los Negocios*, núm. 268, 2013, p. 8 y ss.; CÁMARA LAPUENTE, S., “El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE 3 junio 2010 (*Caja Madrid*) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 2013, p. 99 y ss.; y GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Artículo 82...”, cit., p. 1136.

El control de contenido consiste en comparar la regulación de los derechos y obligaciones de las partes contenida en el clausulado predispuesto con la regulación equilibrada que resulte del principio de buena fe. La finalidad de este control estriba así en evitar que el poder fáctico que se deriva de la predisposición e imposición unilateral del clausulado contractual no redunde en un contrato de consumo en el que los derechos y obligaciones que surgen para las partes se encuentren injustificadamente desequilibrados en perjuicio del consumidor¹⁸⁸.

Esta regulación se completa con un listado de condiciones o cláusulas que se consideran en todo caso abusivas. Se trata de una enumeración ejemplificativa y no exhaustiva o tasada con la que se pretende ofrecer a los tribunales una orientación sobre la interpretación y aplicación de los requisitos del control de contenido. Se recogen muchos ejemplos, estructurados en varios grupos: cláusulas que implican vinculación del contrato a la voluntad del profesional (art. 85 TRLGDCU), que limitan los derechos básicos del consumidor y usuario (art. 86 TRLGDCU), que determinan la falta de reciprocidad del contrato (art. 87 TRLGDCU), que imponen al consumidor garantías desproporcionadas o le imponen indebidamente la carga de la prueba (art. 88 TRLGDCU), que resultan desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato (art. 89 TRLGDCU), o que contravienen las reglas sobre competencia y derecho aplicable (art. 90 TRLGDCU).

Pues bien, tanto de la definición legal como del régimen aplicable a este control de contenido resultan una serie de materiales normativos que se conectan e imbrican con la disciplina de la competencia desleal.

En esta dirección, la propia caracterización legal del control de contenido prevista en el art. 82.1 TRDCU extiende la consideración de cláusulas abusivas a las *prácticas no consentidas expresamente*. Este inciso fue introducido en la derogada LGDCU por la Ley 44/2006 “en coherencia con lo previsto en la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales” con el fin de “evitar la imposición a los consumidores de obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos en el contrato”¹⁸⁹. Con este inciso, el legislador trata de extender la normativa sobre cláusulas abusivas (y sus efectos) a las prácticas concurrenciales realizadas por el empresario que no se

¹⁸⁸ BUSTO LAGO, J. M. y PEÑA LÓPEZ, F., “Las estipulaciones...”, cit., p. 245.

¹⁸⁹ Exposición de Motivos (VI) de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

hayan plasmado en el clausulado contractual, pero que produzcan los mismos efectos que aquellas¹⁹⁰.

Sin embargo, un importante sector de nuestra doctrina (a nuestro juicio, de forma acertada) pronto advirtió la falta de rigor técnico de esta solución. Y ello por cuanto que una práctica comercial no incorporada al contrato en forma de cláusula nunca puede ser objeto de un juicio de validez o nulidad. En efecto, el régimen del control de contenido está diseñado sobre un contrato ya perfeccionado que contiene cláusulas abusivas y prevé como efecto su invalidez, lo que difícilmente puede aplicarse a una práctica por sí sola. Además, una práctica comercial no puede alterar el equilibrio de derechos y obligaciones dimanantes del contrato. A lo sumo puede incumplir dicho régimen, pero se tratará en todo caso de un supuesto de incumplimiento contractual y no de una cuestión de validez de las cláusulas contractuales que lo delimitan¹⁹¹.

Ahora bien, pese a la deficiencia técnica jurídica de esta modificación legislativa, lo que late detrás de ella es la preocupación del legislador por las prácticas comerciales desleales que tienen lugar en el mercado y que, en no pocas ocasiones, dan lugar a contratos no queridos o no concebidos por los consumidores en los términos en que finalmente se celebran. Esto es, la necesidad de articular puentes de conexión entre el Derecho de contratos y la disciplina de la deslealtad concurrencial.

Efectivamente, la realidad del tráfico ha puesto de manifiesto la relevante influencia que las prácticas concurrenciales tienen sobre la contratación y sobre la configuración de los clausulados contractuales, lo que ha revelado la necesidad de coordinar la disciplina de las condiciones generales y clausulados predispuestos y el régimen represor de la competencia desleal.

En este sentido, algunos autores han afirmado que la utilización de cláusulas no transparentes o abusivas constituye una práctica comercial desleal¹⁹². Para ello se han apoyado en la amplia definición de práctica comercial

¹⁹⁰ A favor de esta solución, entre otros, BALLUGERA GÓMEZ, C., “Prácticas abusivas...”, cit., p. 2 y ss./27; y AVILÉS GARCIA, J., “Las obligaciones...”, cit., p. 1 y ss./16.

¹⁹¹ En esta dirección, aunque con diversos argumentos, entre otros, CARRASCO PERERA, A., “Invalidez e ineficacia en los contratos con consumidores”, en AA.VV. (Coord. DELGADO ECHEVERRÍA, J.), *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Cizur Menor, Aranzadi, 2007, p. 191; PAGADOR LÓPEZ, J., “Condiciones generales...”, cit., p. 1394, nota 176; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Artículo 82...”, cit., p. 1109; y BUSTO LAGO, J. M. y PEÑA LÓPEZ, F., “Las estipulaciones...”, cit., p. 248 y ss.

¹⁹² ORLANDO, S., “The Use...”, cit., p. 27 y ss.; MARINO, G., “Scorrettezza della...”, cit., p. 174; DUROVIC, M., “The Subtle...”, cit., p. 731; y MATERA, D. M., “Prácticas comerciales...”, cit., p. 118. Así lo entiende también la Comisión Europea en su *Guía sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior*, en DOUE, C-

prevista en la DPCD (“todo acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores”) y en la aplicación de los parámetros de deslealtad contenidos en la cláusula general. Se señala así que el empleo de cláusulas no transparentes o abusivas constituye una conducta directamente relacionada con la venta o suministro de un producto y que, siendo contrario a la diligencia profesional, distorsiona o puede distorsionar el comportamiento económico del consumidor medio.

Esta tesis parece ser la que prevalece en la jurisprudencia del TJUE. Concretamente, en el caso *Pereničová y Perenič* donde se resuelve sobre la abusividad de la cláusula relativa a la TAE contenida en un contrato de crédito al consumo que fijaba un tipo distinto (48,63%) del que realmente aplicaba en la práctica (58,76%). En este caso, el Tribunal remitente pregunta “si la indicación en un contrato de crédito al consumo de una TAE inferior a la real puede considerarse una práctica comercial desleal, en el sentido de la Directiva 2005/29”. Es decir, si la propia cláusula contractual constituye una práctica desleal por engañosa.

Esta cuestión fue resuelta admitiendo que “una práctica comercial como la controvertida en el asunto principal, consistente en indicar en un contrato de crédito una TAE inferior a la real, constituye una información falsa sobre el coste total del crédito y, por consiguiente, sobre el precio contemplado en el artículo 6, apartado 1, letra d), de la Directiva 2005/29. Habida cuenta de que la indicación de dicha TAE hace o puede hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado, lo que corresponde verificar al juez nacional, esta información falsa debe calificarse de práctica comercial «engañosa» con arreglo al artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva”¹⁹³. De esta forma, el TJUE se muestra partidario de aquella interpretación conforme a la cual el clausulado contractual puede constituir una práctica comercial y declararse su deslealtad en la medida en que transgreda las disposiciones de la DPCD.

Sobre esta base, y partiendo del carácter de normativa marco de la DPCD, se ha mantenido que la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas constituye una norma especial respecto de la DPCD. Conforme al art. 3.4 DPCD, “(e)n caso

526, 29 de diciembre de 2021, p. 14. Este es igualmente el criterio seguido por el TJUE en su Sentencia de 10 de junio de 2021, en los asuntos acumulados C-776/19 a 782/19, *BNP Paribas Personal Finance* (apdo. 76 y 77).

¹⁹³ STJUE de 15 de marzo de 2012, en el asunto C-453/10, *Pereničová y Perenič* (apdo. 41).

de conflicto entre las disposiciones de la presente Directiva y otras normas comunitarias que regulen aspectos concretos de las prácticas comerciales desleales, estas últimas prevalecerán y serán aplicables a esos aspectos concretos”.

De esta forma, se entiende que la Directiva 93/13/CEE al contener no sólo medidas de invalidez de las cláusulas abusivas, sino también medidas preventivas (orientadas a la cesación en el uso continuado de cláusulas abusivas *ex art. 7*) constituye una regulación sectorial de las prácticas comerciales en lo que atañe a esta tutela preventiva. Esto es, siendo normativas que regulan un fenómeno económico común, tutelan intereses parcialmente coincidentes y arbitran medidas preventivas idénticas, debe resultar de aplicación el principio *specialia derogant generalibus* recogido en el art. 3.4 DPCD. Por consiguiente, el régimen preventivo contenido en la Directiva 93/13/CEE (cesación en el uso de cláusulas abusivas) prevalecerá sobre las disposiciones de la DPCD¹⁹⁴.

Ahora bien, la DPCD renuncia a la regulación del Derecho de contratos, es decir, al régimen de invalidez de las cláusulas contractuales que den lugar a prácticas comerciales desleales (art. 3.2)¹⁹⁵. Así lo pone de manifiesto el TJUE al declarar que la comprobación del carácter desleal de una práctica comercial que tenga su origen en una cláusula contractual o que haya determinado la aceptación de dicha cláusula no permite determinar automáticamente y por sí solo el carácter abusivo de la cláusula en cuestión¹⁹⁶.

Antes bien, corresponde al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la abusividad de la cláusula tomando en consideración los criterios establecidos en la Directiva sobre cláusulas abusivas (arts. 3 y 4). Y a tal efecto, debe evaluar la abusividad de la cláusula atendiendo a “la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurren en su celebración, así como todas

¹⁹⁴ ORLANDO, S., “The use...”, cit., p. 34 y ss. Esta interpretación es mantenida por la Abogado General TRSTENJAK en sus conclusiones en el asunto C-453/10, *Pereničová y Perenič* (apdos. 81 y ss.).

¹⁹⁵ Algunos autores entienden, no obstante, que en sede de medidas de invalidez la Directiva de cláusulas abusivas también es norma especial respecto de la DPCD, pero que las sanciones derivadas de esta última decaen, toda vez que los remedios contractuales tienen capacidad suficiente para corregir los fallos del mercado en relación a la información asimétrica (Cfr. RUIZ MARTIN, A. M., “«Cláusulas de...”, cit., p. 23). A nuestro juicio, empero, esta tesis debe descartarse por cuanto que, en esta sede, la finalidad de una y otra normativa, aunque parcialmente coincidente, es diferente y los efectos perseguidos por ellas diversos. Por este motivo, entendemos que, a la luz de los fenómenos económicos que constituyen el supuesto de hecho de ambas regulaciones (que pueden coincidir en determinadas situaciones, *ad. ex.* cláusulas predisuestas engañosas), la relación que media entre estas dos disciplinas (invalidez de cláusulas no transparentes y abusivas, y represión de la deslealtad) debe ser de complementariedad y no de especialidad.

¹⁹⁶ SSTJUE de 15 de marzo de 2012, en el asunto C-453/10, *Pereničová y Perenič* (apdo. 44); y de 19 de septiembre de 2018, en el asunto C-109/17, *Bankia* (apdo. 49).

las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa” (art. 4.1)¹⁹⁷. Si bien, dentro de estas circunstancias ha de incluirse el carácter desleal de la práctica de la que provenga la cláusula en cuestión o que sea consecuencia de la propia cláusula. Como afirma el TJUE, “la comprobación del carácter desleal de una práctica comercial constituye un elemento entre otros en los que el juez competente puede basar su apreciación del carácter abusivo de las cláusulas del contrato conforme al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE”¹⁹⁸.

Esto confirma la significativa incidencia que la disciplina represora de la competencia desleal tiene sobre el Derecho de contratos. Y es que, aun cuando la constatación de una práctica desleal no permite invalidar *per se* el contrato o parte del contrato en que se manifiesta, desencadena un efecto indirecto sobre su validez al constituirse en uno de los elementos que el órgano jurisdiccional ha de tomar en consideración a la hora de declarar la abusividad de una cláusula predispuesta. Es más, teniendo en cuenta que estas prácticas comerciales asumen un papel protagonista en la contratación de bienes y servicios, impulsando la celebración de contratos y condicionando el ánimo negocial del consumidor, su deslealtad por engañosa o agresiva aparecerá como un significativo síntoma de abusividad.

Finalmente, estas conexiones normativas entre Derecho contractual y concurrencial alcanzan reconocimiento legal en nuestro ordenamiento, donde se establece el camino de vuelta de la interpretación judicial apenas mencionada. Esto es, si conforme a la doctrina del TJUE la existencia de prácticas comerciales desleales debe ser tomada en cuenta a la hora de valorar la abusividad de una cláusula predispuesta, el TRLGDCU tipifica como abusivas una serie de cláusulas contractuales cuya materialización en la práctica daría como resultado prácticas comerciales desleales. Nos referimos, en concreto, a la prohibición de cláusulas contractuales que impongan la renuncia o limitación de los derechos del consumidor (art. 86.7 TRLGDCU); que establezcan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos en el contrato, la fijación de plazos de duración excesiva o las limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin al contrato (art. 87.6 TRLGDCU); o que impongan al consumidor y usuario la contratación de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.4 TRLGDCU).

¹⁹⁷ En contra de esta solución, algunos autores estiman que “al evaluar el carácter abusivo de una cláusula contractual sólo debería prestarse atención a la naturaleza del contrato y a las cláusulas contractuales en sí; las circunstancias que rodearon la formación del contrato no deberían tenerse en cuenta” (Cfr. EIDENMÜLLER, H., FAUST, F., GRIGOLEIT, H. C., JANSEN, N., WAGNER, G y ZIMMERMANN, R., “Hacia una...”, cit., p. 124).

¹⁹⁸ SSTJUE de 15 de marzo de 2012, en el asunto C-453/10, *Pereničová y Perenič* (apdo. 43); y de 19 de septiembre de 2018, en el asunto C-109/17, *Bankia* (apdo. 49).

En consecuencia, y en coherencia con lo anterior, a la hora de enjuiciar la abusividad de una cláusula, la existencia de una práctica comercial desleal se erige en uno de los elementos que el órgano jurisdiccional debe tomar en consideración, no sólo cuando ésta aparezca como causa de la aceptación de la cláusula predispuesta, sino también cuando la práctica desleal surja como consecuencia de dicha cláusula.

6. El régimen de conformidad de los bienes de consumo con el contrato

En una economía de mercado, en principio, las características y condiciones materiales de los bienes vienen fijadas por el libre juego de las fuerzas económicas. En este contexto, la libre y leal competencia y el principio de racionalidad en las decisiones económicas garantizarían por sí solas que los bienes adquiridos respondan a las legítimas expectativas de los consumidores.

Sin embargo, la realidad demuestra que la situación es bien distinta. La diferente posición de fuerza económica que ostentan empresarios y consumidores, y la situación de asimetría informativa presente en el mercado ponen de manifiesto la necesidad de establecer límites normativos que aseguren la adecuación de los productos a lo que los consumidores pueden legítimamente esperar de ellos¹⁹⁹.

Es por ello que el Derecho de consumo contempla una serie de disposiciones que se encaminan a la protección de los legítimos intereses de los consumidores en obtener productos que satisfagan sus expectativas legítimas y razonables. Dentro de ellas destaca el régimen de conformidad de los bienes de consumo (arts. 114 y ss. TRLGDCU) como manifestación concreta de los derechos de protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores, del derecho a la indemnización y reparación de los perjuicios sufridos y a la información correcta sobre los diferentes bienes que se ofrecen en el mercado (art. 8 TRLGDCU)²⁰⁰.

Este régimen se encarga de delimitar qué es lo que el vendedor está obligado a entregar al consumidor a cambio del precio y, en sentido inverso, qué es lo que el consumidor tiene derecho a esperar que se le entregue cuando adquiere un bien. Consecuentemente, nos encontramos ante una regulación de la

¹⁹⁹ COLLADO-RODRÍGUEZ, N. y PEÑA LÓPEZ, F., “La protección del consumidor frente a la adquisición de bienes defectuosos o que no satisfagan sus legítimas expectativas económicas”, en BUSTO LAGO, J. M., ÁLVAREZ LATA, N. y PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones de consumo*, Cizur Menor, Aranzadi, 4ª ed., 2020, p. 852.

²⁰⁰ PANIAGUA ZURERA, M., “Las garantías en la venta de productos de consumo. La responsabilidad civil por daños y perjuicios causados por bienes o servicios defectuosos”, en AA.VV. (Coords. MIRANDA SERRANO, L. M. y PAGADOR LÓPEZ, J.), *Derecho (privado) de los consumidores*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 292.

obligación de entrega que incumbe al empresario que suscribe contratos de compraventa o asimilados con consumidores²⁰¹.

Se crea así una nueva obligación para el vendedor, la obligación de conformidad. Conforme a ella, el vendedor está obligado a entregar al consumidor bienes que sean conformes con el contrato celebrado, respondiendo de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega. Esta obligación de conformidad se refiere a la dimensión física o material del bien entregado. De modo que este régimen abarca tanto la presencia de vicios ocultos en el producto, como cualquier otro defecto, independientemente de su gravedad o de su carácter aparente u oculto, que presente el producto entregado al consumidor. Así, el concepto de falta de conformidad comprende los defectos de calidad, de cantidad, la inadecuación del producto al uso especial requerido por el consumidor, la trasgresión de las exigencias legales o reglamentarias aplicables al producto y los supuestos de *aliud pro alio*²⁰².

El juicio de conformidad implica un pronunciamiento sobre el cumplimiento o incumplimiento contractual de la obligación de entrega a cargo del vendedor. De ahí que sea necesario acudir, en primer lugar, a los pactos y acuerdos específicos sobre las características, cualidades o prestaciones que debe reunir el producto en cuestión²⁰³. En defecto de pacto sobre estos extremos, el TRLGDCU establece una serie de criterios legales que definen lo que debe considerarse conforme con el contrato²⁰⁴.

²⁰¹ MARTÍN ARESTI, P., “Garantías y servicios posventa”, en AA.VV. (Dir. REBOLLO, M. e IZQUIERDO, M.), *La defensa de los consumidores y usuarios (Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Madrid, Iustel, 2011, p. 1687 y ss.; y MARÍN LÓPEZ, M. J., “Artículo 115. Ámbito de aplicación”, en AA.VV. (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, 2ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2015, p. 1666 y ss.

²⁰² CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARTÍNEZ ESPÍN, P., “Transposición de la Directiva comunitaria sobre venta y garantías de los bienes de consumo”, en *Estudios sobre consumo*, núm. 52, 2000, p. 127; MARTÍN ARESTI, P., “Garantías y...”, cit., p. 1699 y ss.; y MARÍN LÓPEZ, M. J., “Artículo 115...”, cit., p. 1687 y ss.

²⁰³ CASTILLA BAREA, M., “La determinación de la «falta de conformidad» del bien con el contrato a tenor del art. 2 de la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo”, en *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, vol. XXI, 2003, p. 283 y ss.; y COLLADO-RODRÍGUEZ, N. y PEÑA LÓPEZ, F., “La protección...”, cit., p. 868 y ss.

²⁰⁴ Estos criterios, inicialmente previstos en el art. 116 TRLGDCU, han sido modificados por el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores (BOE, núm. 101, de 28 de abril). El nuevo régimen se incorpora para dar cumplimiento a las disposiciones de la Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) nº 2017/2394 y la

Estos criterios se configuran a modo de presunciones de conformidad que deben concurrir de forma acumulativa. Así, salvo prueba en contrario, se entiende que el bien es conforme con el contrato siempre que se cumplan todos los requisitos establecidos en los arts. 115 bis y ter TRLGDCU, excepto en aquellos casos en que alguno de ellos no resulte aplicable.

Los criterios referidos se clasifican en subjetivos (art. 115 bis) y objetivos (art. 115 ter). Ahora bien, a efectos de nuestro estudio sólo interesan algunos de ellos. En primer lugar, la adecuación del producto a su descripción, tipo de bien, cantidad y calidad [art. 115 bis a)]. Se trata de un criterio de carácter subjetivo, donde lo relevante es la información proporcionada por el empresario²⁰⁵. Esta información puede provenir de cualquier declaración de naturaleza precontractual. En particular, de folletos o catálogos, de la publicidad, del contenido de la información precontractual a cargo del empresario (art. 60 TRLGDCU), incluso de las declaraciones verbales emitidas por el empresario durante el proceso de comercialización. De esta forma, este criterio se basa en la conducta previa del vendedor e implica la integración de la obligación de entrega con el contenido de la actividad promocional y publicitaria, toda vez que se exige la conformidad no sólo con lo contratado, sino también con lo ofertado o manifestado previamente al consumidor²⁰⁶.

En segundo lugar, la adecuación del producto a los fines específicos requeridos por el consumidor antes de la celebración del contrato y aceptados por el empresario [art. 115 bis b)]. Por fines específicos debemos entender cualquier fin que ni necesaria, ni habitualmente cumple el bien perteneciente al género y especie del objeto del contrato²⁰⁷. Para que el fin específico sea exigible por el consumidor es necesario que se haya puesto en conocimiento del empresario, lo que puede hacerse por cualquier medio, tanto de forma expresa como tácita, e incluso puede derivar de las circunstancias en que fue celebrado el contrato. Igualmente, es necesario que el empresario haya admitido dicho fin específico.

Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE (*DOUE*, núm. 136, de 22 de mayo). Sobre los nuevos criterios de conformidad, *vid.* MARÍN LÓPEZ, M. J., “Falta de conformidad del bien vendido y derechos del consumidor en la Directiva 2019/771/UE”, en *Diario La Ley*, núm. 9461, 2019, p. 4 y ss./13 (hemos consultado la versión en línea disponible en el portal de revistas Wolters Kluwer); y PAGADOR LÓPEZ, J., “Desafíos de la contratación digital con consumidores: la obligación de conformidad con el contrato”, en AA.VV. (Dir. MIRANDA SERRANO, L. M. y PAGADOR LÓPEZ, J.), *Desafíos del regulador mercantil en materia de contratación y competencia empresarial*, Madrid, Marcial Pons, 2021, p. 87 y ss.

²⁰⁵ PANIAGUA ZURERA, M., “Las garantías...”, *cit.*, p. 299.

²⁰⁶ En esta dirección, VELA TORRES, P. J., “La responsabilidad del fabricante y las garantías en el tráfico contractual”, en MIRANDA SERRANO, L. M., VELA TORRES, P. J. y PRÍES PICARDO, A., *La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 427.

²⁰⁷ COLLADO-RODRÍGUEZ, N. y PEÑA LÓPEZ, F., “La protección...”, *cit.*, p. 873.

Ello puede tener lugar por cualquier acto de aquiescencia a través del cual el empresario, de cualquier forma, incluso por medio de actos concluyentes, acepta las indicaciones dadas por el consumidor. En consecuencia, la declaración expresa o tácita del comprador sobre el fin específico del bien, por el sólo hecho de no ser contradicha por el empresario se convierte en regla integrante del contrato y, por tanto, vincula al empresario²⁰⁸.

En tercer lugar, la adecuación del producto a las cualidades y otras características que el consumidor pueda razonablemente esperar teniendo en cuenta las declaraciones públicas realizadas por el empresario, o en su nombre, o por otras personas en fases previas de la cadena de transacciones, incluido el productor, especialmente en la publicidad o el etiquetado [art. 115 ter d)]. En efecto, el empresario va a quedar vinculado por las declaraciones públicas sobre las características y cualidades concretas del bien objeto del contrato ya provengan de él o de un tercero. El nuevo art. 115 ter d) amplía el ámbito de aplicación de esta presunción a todas las declaraciones públicas que se evacúen en el mercado por parte de cualquier empresario integrado en la cadena de distribución del producto, desde el productor al vendedor, incluidos sus representantes. Ello es consecuencia de las legítimas expectativas que estas declaraciones públicas despiertan en el consumidor que, en muchas ocasiones, contratará movido o inducido por las declaraciones públicas emitidas por los distintos integrantes de la cadena de distribución. La noción de declaraciones públicas debe ser entendida en sentido amplio y no circunscrita sólo a la publicidad y el etiquetado. Por tanto, el consumidor puede exigir la entrega de un bien que se adecúe a las cualidades y características que razonablemente pueda esperar a la luz de cualquier información que sobre estos aspectos se haya manifestado en el mercado cuando provenga de alguno de esos empresarios cuyas declaraciones pueden generar una confianza en el consumidor.

Como puede comprobarse, nos encontramos ante un supuesto de integración de la obligación de entrega del vendedor con el contenido de la actividad promocional y publicitaria. Ahora bien, el empresario no resulta vinculado por tales declaraciones públicas cuando demuestre que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión; que, en el momento de celebración del contrato, la declaración pública hubiera sido corregida del mismo o similar modo en que fue manifestada; o que dicha declaración no pudiera influir en la decisión de adquirir el bien²⁰⁹.

²⁰⁸ MARÍN LÓPEZ, M. J., “Artículo 115...”, cit., p. 1695 y ss.

²⁰⁹ Sobre este criterio antes de la reforma de 2021, CASTILLA BAREA, M., “La determinación...”, cit., p. 309 y ss.; MARTÍN ARESTI, P., “Garantías y...”, cit., p. 1708 y ss.; MARÍN LÓPEZ, M. J., “Artículo

Estos criterios de conformidad del bien con el contrato ponen de manifiesto la importancia que las declaraciones públicas y la actividad precontractual del empresario adquieren en el proceso de formación de la voluntad negocial del consumidor. Éste, a la hora de decantarse por un concreto bien, se basa en la información que con carácter previo a la contratación ponen a su disposición los distintos integrantes de la cadena de distribución del bien en cuestión. No es necesario que se trate de información contenida en la publicidad *stricto sensu*, sino que puede provenir de cualquier declaración o manifestación prenegocial lanzada al mercado por el empresario, siempre que sea susceptible de generar en el ánimo negocial del consumidor unas expectativas económicas legítimas y jurídicamente razonables que, por esta razón, serán tutelables en calidad de intereses legítimos de los consumidores²¹⁰.

Efectivamente, cuando el TRLGDCU fija estos criterios de conformidad, lo que trata de proteger son las legítimas expectativas sobre la calidad y las características específicas del bien que el consumidor se forma a través de la actividad promocional, publicitaria y prenegocial desarrollada por el empresario²¹¹. Es por ello que el vendedor no queda vinculado únicamente por sus propias declaraciones, sino también por las que provengan de otros empresarios integrantes de la cadena de distribución que, por este motivo, pueden generar en el consumidor una confianza legítima en relación con las características y cualidades de los bienes²¹².

Puede apreciarse, por tanto, cómo en el régimen de conformidad del bien con el contrato se conectan e imbrican mercado y contrato. En efecto, esta regulación pone de manifiesto, una vez más, la íntima vinculación existente entre Derecho contractual de consumo y Derecho de la competencia desleal²¹³. Dicha vinculación se manifiesta en un doble sentido.

Por un lado, el régimen de conformidad de los bienes de consumo reconoce de forma específica la relevancia negocial de la actividad promocional y publicitaria. De esta forma, el régimen contractual no queda delimitado únicamente por el acuerdo de voluntades, sino que se integra con el contenido de las declaraciones públicas propaladas en el mercado por los empresarios y

115...”, cit., p. 1700 y ss.; y COLLADO-RODRÍGUEZ, N. y PEÑA LÓPEZ, F., “La protección...”, cit., p. 875 y ss.

²¹⁰ FONT GALÁN, J. I., “Publicidad comercial...”, cit., p. 1146 y 1147.

²¹¹ DÍAZ GÓMEZ, M. A., “Ámbito objetivo...”, cit., p. 84; y MIRANDA SERRANO, L. M. y SERRANO CAÑAS, J. M., “Relevancia negocial...”, cit., p. 3/42.

²¹² MORALES MORENO, A. M., “Concreción jurisprudencial...”, cit., p. 996.

²¹³ MAK, V., “Unfair Commercial Practices and Dutch Private Law”, en *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 6, 2015, p. 247.

dirigidas a influir en el ánimo negocial de los consumidores. Estas declaraciones públicas, por tanto, no quedan circunscritas al ámbito concurrencial, sino que extienden su eficacia al acuerdo contractual, caracterizando el bien objeto del contrato que deberá ser entregado al consumidor en las condiciones y con las cualidades que se manifestaron en la actividad promocional y publicitaria.

Por otro, este régimen de conformidad se configura como una medida jurídica contractual preventiva o disuasoria de las prácticas engañosas cuando en la comunicaciones promocionales y publicitarias se contenga información sobre las características y cualidades de los bienes objeto del contrato²¹⁴. Y es que una declaración pública sobre la calidad o características de un bien de consumo que no se corresponda con las efectivamente entregadas al consumidor puede reconducirse fácilmente a la noción de práctica desleal engañosa²¹⁵. Igualmente, el silencio aquiescente del empresario sobre los fines específicos del bien solicitados por el consumidor puede constituir un supuesto de omisión desleal.

Resulta clara, por tanto, la interacción existente entre las declaraciones publicitarias, promocionales o comerciales del empresario y su eficacia contractual, por cuanto que este régimen anuda consecuencias contractuales a las actuaciones engañosas sobre la naturaleza, calidad, características o funciones del bien objeto del contrato²¹⁶.

7. El derecho de desistimiento en la contratación de consumo

El derecho contractual codificado no contiene mecanismos normativos que protejan a los contratantes que adquieren productos o servicios influenciados por técnicas promocionales y publicitarias engañosas o agresivas, más allá del régimen de los vicios del consentimiento. La insuficiencia de estos remedios contractuales condujo al legislador de consumo a reconocer para determinados contratos o modalidades de contratación un derecho de desistimiento libre a favor del consumidor²¹⁷.

Las distintas iniciativas reguladoras del derecho de desistimiento parten de los impulsos del Derecho comunitario de protección de los consumidores que, de forma paulatina, empezó a consagrar esta facultad en ámbitos normativos

²¹⁴ FONT GALÁN, J. I., “Publicidad comercial...”, cit., p. 1146.

²¹⁵ MATERA, D. M., “Prácticas comerciales...”, cit., p. 120.

²¹⁶ MIRANDA SERRANO, L. M., “La protección del...”, cit., p. 39 y 40; DUROVIC, M., “The Subtle...”, cit., p. 746; y BEDNARZ, Z., “Acciones individuales a...”, p. 8/24.

²¹⁷ RUIZ MUÑOZ, M., “Facultad revocatoria...”, cit., p. 17 y ss.; MIRANDA SERRANO, L. M., “La contratación a distancia (y electrónica)”, en MIRANDA SERRANO, L. M., VELA TORRES, P. J. y PRÍES PICARDO, A., *La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 319; GUIASADO MORENO, A., “Las normas...”, cit., p. 118; y MARÍN LÓPEZ, M. J., “La formación...”, cit., p. 840.

concretos, justificados por las especiales circunstancias en que se celebran los contratos o por las agresivas técnicas de comercialización y marketing que suelen aparecer en estos ámbitos²¹⁸.

Inicialmente, este derecho de desistimiento fue reconocido en el ámbito de la contratación fuera de los establecimientos mercantiles merced a la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales²¹⁹. Posteriormente, se consagró en la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido²²⁰. El siguiente ámbito en el que se reconoce este derecho de desistimiento es el de la contratación a distancia, conforme a lo previsto en la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia²²¹. En relación con esta modalidad de contratación, esta facultad se extiende más tarde a los servicios financieros con la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE²²². Del mismo modo, el derecho de desistimiento se reconoce en el ámbito de los contratos de crédito al consumo gracias a la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo²²³. Finalmente, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo²²⁴ se dicta, entre otros motivos, con la finalidad de armonizar el derecho de desistimiento en los contratos a distancia y fuera de los establecimientos

²¹⁸ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “El derecho de desistimiento”, en AA.VV. (Dir. REBOLLO, M. e IZQUIERDO, M.), *La defensa de los consumidores y usuarios (Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Madrid, Iustel, 2011, p. 1258 y ss.

²¹⁹ DOCE, núm. 372, de 31 de diciembre, p. 31 y ss.

²²⁰ DOCE, núm. 280, de 29 de octubre, p. 83 y ss.

²²¹ DOCE, núm. 144, de 4 de junio, p. 19 y ss.

²²² DOCE, núm. 271, de 9 de octubre, p. 16 y ss.

²²³ DOCE, núm. 133, de 22 de mayo, p. 66 y ss.

²²⁴ DOUE, núm. 304, de 22 de noviembre, p. 64 y ss.

mercantiles, estableciéndose algunas especialidades para los casos en que el contrato a distancia o fuera del establecimiento mercantil tiene por objeto contenidos digitales (ya sean éstos suministrados a través de un soporte material o enteramente en línea)²²⁵.

Pues bien, todas estas disposiciones han sido incorporadas a nuestro ordenamiento, que regula el derecho de desistimiento, con carácter general y supletorio, en los arts. 68 a 79 TRLGDCU y, con carácter sectorial, en los arts. 102 y ss. TRLGDCU –para los contratos celebrados a distancia y fuera de los establecimientos mercantiles–, en el art. 12 LCATBUT –en relación con los contratos de aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico–, en el art. 10 LCDSFDC –en el ámbito de la contratación a distancia de servicios financieros–, en el art. 21.2 LCCPCHSI –para los contratos de intermediación para la celebración de un contrato de préstamo o crédito–, en el art. 28 LCCC –en el marco de los contratos de crédito al consumo–, y en el art. 9 LVPBM –relativo a los contratos de venta a plazos de bienes muebles–²²⁶.

Ahora bien, el derecho de desistimiento no se configura normativamente como una facultad vinculada a la noción de consumidor, toda vez que éste sólo tendrá derecho a desistir del contrato en los supuestos previstos legal o reglamentariamente –recogidos en el régimen sectorial– o cuando se le reconozca este derecho en la oferta, promoción o publicidad –*ex* art. 61.2 TRLGDCU–, o en el propio contrato²²⁷.

De acuerdo con el art. 68 TRLGDCU, el derecho de desistimiento se configura como “la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el

²²⁵ Sobre la Directiva 2011/83/UE y la regulación del derecho de desistimiento en ella recogida, *vid.* MIRANDA SERRANO, L. M., “La Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores: una nueva regulación para Europa de los contratos celebrados a distancia y extramuros de los establecimientos mercantiles”, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 11, 2012, p. 77 y ss. Acerca del derecho de desistimiento en los contratos sobre contenidos digitales celebrados con consumidores, *vid.* MIRANDA SERRANO, L. M., “El derecho de desistimiento en los contratos de consumo sobre contenidos digitales”, en *La Ley Mercantil*, núm. 76, 2021, *passim*.

²²⁶ Algunos autores han criticado esta forma de proceder del legislador por considerar que hubiera sido más correcto extender el derecho de desistimiento a todos los contratos celebrados con consumidores. En esta dirección, entre otros, CARRASCO PERERA, A., “El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Ámbito de aplicación y alcance de la refundición”, en *Aranzadi Civil*, núm. 5, 2008, p. 2217; BERMÚDEZ BALLESTEROS, M. S., “La nueva regulación del derecho de desistimiento a la luz de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLGDCU”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9, 2014, p. 116 y 117; y ÁLVAREZ LATA, N., “Invalidez e ineficacia de los contratos de consumo”, en BUSTO LAGO, J. M., ÁLVAREZ LATA, N. y PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones de consumo*, Cizur Menor, Aranzadi, 4ª ed., 2020, p. 360.

²²⁷ GARCÍA VICENTE, J. R. y MINERO ALEJANDRE, G., “Artículo 68. Contenido y régimen del derecho de desistimiento”, en AA.VV. (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, 2ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2015, p. 978.

contrato celebrado, notificándose así a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase”. Se trata, por tanto, de un derecho potestativo y temporalmente limitado ejercitable extrajudicialmente por el consumidor sin necesidad de alegar justa causa. O, si se prefiere, como un derecho que confiere a su titular el poder unilateral de provocar la ruptura del vínculo contractual durante un plazo de tiempo limitado, sin tener que invocar causa alguna y sin penalización de ningún tipo.

Pero a los efectos que aquí interesan, el derecho de desistimiento se erige en un importante punto de conexión entre la normativa contractual y la disciplina de la competencia desleal, lo que puede apreciarse en el fundamento de esta figura. Sin embargo, si con la actual armonización y generalización del derecho de desistimiento puede hablarse de la unificación de su fundamento, desde su origen los fines que han tratado de conseguirse con este instrumento normativo han sido diversos.

En efecto, en un inicio la doctrina trató de explicar la atribución de un derecho de desistimiento en atención a cada uno de los contratos en los que fue reconocido²²⁸. Así, en el ámbito de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles se habla de la necesidad de proteger al consumidor frente a métodos de comercialización acompañados de una sorpresa y una presión psicológica a la compra, que podían favorecer la realización de prácticas agresivas y limitaban la capacidad de discernimiento del consumidor, impidiendo el conocimiento de las condiciones de mercado²²⁹. En relación con el derecho de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, el reconocimiento del derecho de desistimiento se ha fundado en la necesidad de conceder al adquirente un plazo de reflexión que le permita meditar sobre el contrato celebrado a la luz de las técnicas agresivas de comercialización empleadas en el sector²³⁰. En el

²²⁸ LARROSA AMANTE, M. A., *El derecho de desistimiento en la contratación de consumo*, Tesis Doctoral presentada en la Universidad de Murcia, 2015, p. 153 (disponible en <https://digitum.um.es/digitum/>, consultado el 7 de mayo de 2020).

²²⁹ POLO, E., “La protección...”, cit., p. 893 y 894; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., “La protección de los consumidores en la CEE”, en *Estudios sobre Consumo*, núm. 17, 1990, p. 101; MIRANDA SERRANO, L. M., *Los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Su caracterización en el Derecho español*, Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 55 y ss.; y NAVARRO MENDIZÁBAL, I., “Los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles”, en AA.VV. (Coord. YZQUIERDO TOLSADA, M.), *Derecho del Consumo*, Mataró, Cálamo, 2005, p. 135 y 136.

²³⁰ MUNAR BERNAT, P. A., “Estudio sobre la Directiva 2008/122/CE, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores en los contratos de aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico, adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa e intercambio”, en *InDret*, núm. 4/2009, p. 38; y ÁLVAREZ LATA, N., “Aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio”, en BUSTO LAGO, J. M., ÁLVAREZ LATA, N. y PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones de consumo*, Cizur Menor, Aranzadi, 4ª ed., 2020, p. 1926. En esta dirección se han pronunciado diversas Audiencias Provinciales,

marco de los contratos celebrados a distancia, por su parte, se ha hecho referencia al riesgo de incumplimiento derivado de la falta de correspondencia entre lo ofertado y lo contratado, y producido por una contratación en la que no se tiene la posibilidad de ver el producto o de conocer las características del servicio²³¹.

Ahora bien, la propia evolución de esta institución y su armonización en los distintos sectores normativos implicados han conducido a buscar un fundamento común de este derecho de desistimiento que sea extrapolable a todo contrato celebrado con consumidores en el que esté reconocido. Esta fundamentación o *ratio essendi* del derecho de desistimiento se ha residenciado en la tutela la libre decisión negocial del consumidor. Esto es, en la protección de su voluntad y libertad de contratar, toda vez que los contratos son obligatorios y vinculan a las partes siempre que las voluntades negociales entrecruzadas sean conscientes, racionales y libres.

No en vano, en los distintos sectores donde se reconoce este derecho de desistimiento aparece el riesgo de que la declaración de voluntad de uno de los sujetos contratantes (el consumidor) no sea lo suficientemente consciente, racional y libre. Y ello por cuanto que dicha declaración puede venir afectada por la presión psicológica a la compra que aparece en la contratación fuera del establecimiento mercantil, por el déficit de información y de reflexión que típicamente resulta en la contratación a distancia, o por el empleo de técnicas de comercialización y marketing especialmente agresivas que se dan en el marco de la contratación amparada por el derecho de desistimiento.

De esta forma, la previsión del derecho de desistimiento se orienta a garantizar una auténtica libertad contractual ante ciertos mecanismos y ámbitos de la contratación que no responden al modelo tradicional, actuando como instrumento de defensa del consentimiento del consumidor²³². De ahí que se haya

afirmando que “con el fin de amparar los derechos del consumidor frente al fenómeno de la multipropiedad y sus técnicas de venta agresivas, con publicidad engañosa, acudiendo al reclamo de atractivas ofertas y regalos, y que por la presión que llevan a cabo en los clientes apremiándoles en el acto a la firma inmediata del contrato con merma de su voluntad decisoria, que puede generar la nulidad del contrato, recomendó que los contratos contuvieran obligatoriamente cláusulas por medio de las que el adquirente pudiera retractarse, desistiendo del negocio sin incurrir en responsabilidad alguna” [*vid.*, entre otras, la SAP Las Palmas 304/1999, de 11 de junio (Roj: SAP GC 1649/1999); y la SAP Alicante 341/2000, de 17 de octubre (Roj: SAP A 4564/2000)].

²³¹ CALAIS-AULOY, J., “La venta a domicilio y la venta por correo en el Derecho Francés”, en *Estudios sobre Consumo*, núm. 24, 1992, p. 49; y BOTANA GARCÍA, G., “Los contratos a distancia y la protección de los consumidores”, en *Estudios sobre Consumo*, núm. 46, 1998, p. 59.

²³² En esta dirección se pronuncia un amplio sector de la doctrina, no sólo en relación con la contratación a distancia y fuera de los establecimientos mercantiles (entre otros, MIRANDA SERRANO, L. M., “La contratación fuera de los establecimientos mercantiles”, en MIRANDA SERRANO, L. M., VELA TORRES, P. J. y PRÍES PICARDO, A., *La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 253 y ss.; SCHULZE, R., “Deberes precontractuales...”, cit., p. 33; BOTANA GARCÍA, G. A., “Derecho de desistimiento y otras fórmulas

apreciado una estrecha vinculación entre el derecho de desistimiento y el régimen de los vicios del consentimiento, pues ambos persiguen la consecución de un proceso libre, racional y consciente de formación de la voluntad negocial. En este sentido, se ha mantenido que el derecho de desistimiento trata de dar respuesta a vicios negociales menores o de segundo grado tales como errores no sustanciales, dolos no graves, intimidaciones no inminentes y fatales para el consumidor, y violencias no irresistibles, configurándose como un instrumento auxiliar de la teoría de los vicios del consentimiento²³³.

Este fundamento, asimismo, se focaliza en la situación de inferioridad o debilidad en la que se encuentra el consumidor frente al empresario, lo que hace necesario buscar un equilibrio para otorgar una protección más eficaz al consumidor²³⁴. Con carácter general, este derecho de desistimiento se articula como un medio de protección del consumidor, que tiene por finalidad ofrecerle la posibilidad de reconsiderar y evaluar mejor las consecuencias jurídicas y económicas derivadas del contrato celebrado. Se favorece así la posición contractual del consumidor que puede dejar sin efecto el contrato celebrado sin alegar causa alguna, sin penalización de ningún tipo y sin necesidad de iniciar un procedimiento judicial o extrajudicial. Lo que redundaría en la normalización de determinados sistemas de comercialización y en la potenciación de la contratación²³⁵.

Pero, es más, el reconocimiento de un derecho de desistimiento se erige como un instrumento procompetitivo especialmente hábil para garantizar la

contractuales”, en *Diario La Ley*, núm. 7147, 2009, p. 1; DIÉGUEZ OLIVA, R., “El derecho de desistimiento en el marco común de referencia”, en *InDret*, núm. 2, 2009, p. 7 y 8; y VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L., “Principales novedades que introduce la Ley 3/2014, de 27 de marzo, en el régimen jurídico de los contratos celebrados fuera del establecimiento”, en *InDret*, núm. 4, 2014, p. 22), sino también en el marco de la adquisición de derechos de aprovechamiento por turnos [vid. PINO ABAD, M., “El aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico”, en AA.VV. (Coords. MIRANDA SERRANO, L. M. y PAGADOR LÓPEZ, J.), *Derecho (privado) de los consumidores*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 283], en el ámbito de los contratos de crédito al consumo (MADRINÁN VÁZQUEZ, M., “El derecho de desistimiento en los contratos de crédito al consumo”, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2156, 2013, p. 8 y 9), y en la compraventa a plazos de bienes muebles [PINO ABAD, M., “La compraventa a plazos de bienes muebles”, en AA.VV. (Coords. MIRANDA SERRANO, L. M. y PAGADOR LÓPEZ, J.), *Derecho (privado) de los consumidores*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 245].

²³³ MIRANDA SERRANO, L. M., “La contratación fuera...”, cit., p. 255 y ss. En un sentido similar, RUIZ MUÑOZ, M., “Facultad revocatoria...”, cit., p. 13 y ss.; GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Derecho de...”, cit., p. 1258 y 1259; y GUIZADO MORENO, A., “Las normas...”, cit., p. 118.

²³⁴ TOMÁS MARTÍNEZ, G., “Derecho privado comunitario y evolución de las consecuencias del incumplimiento del deber de informar del derecho de desistimiento: contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 42, 2012, p. 545 y 546; LARROSA AMANTE, M. A., *El derecho...*, cit., p. 154; y ÁLVAREZ LATA, N., “Invalididad e...”, cit., p. 358.

²³⁵ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Derecho de...”, cit., p. 1259; y GARCÍA VICENTE, J. R. y MINERO ALEJANDRE, G., “Artículo 68...”, cit., p. 982.

competencia por eficiencia. En este sentido se ha mantenido que esta institución se configura como un mecanismo indirecto de protección de la competencia, toda vez que permite al consumidor comparar ofertas y comprobar los productos durante un período de tiempo²³⁶. De esta forma, el consumidor puede, durante un plazo limitado, desvincularse de aquellos contratos ya celebrados en los que los bienes o servicios adquiridos no se ajustan a sus preferencias una vez comprobados o comparados con las alternativas que se ofrecen en el mercado. Lo que en cierta medida va a incentivar al empresario a comportarse lealmente si quiere mantener los contratos celebrados²³⁷.

Todo ello puede llevarnos a concebir el derecho de desistimiento como un importante punto de anclaje de las actuales conexiones entre el Derecho de contratos y el Derecho represor de la competencia desleal. No en vano, esta institución permite apreciar que contrato y mercado se imbrican y complementan.

De un lado, al implicar la introducción en la disciplina contractual de consideraciones ligadas a las prácticas comerciales desarrolladas en el mercado. En efecto, en la regulación y, sobre todo, en el fundamento de esta institución se hace patente que el contrato ya no es cosa de dos partes plenamente conscientes, libres, en igualdad de condiciones y ajenas a los avatares del mercado. Antes bien, el reconocimiento del derecho de desistimiento pone de manifiesto, no sólo la asimétrica posición de poder contractual que se da en la contratación con consumidores, sino también la especial relevancia que adquiere el comportamiento concurrencial del empresario manifestado en las distintas técnicas de comercialización y marketing empleadas en el tráfico moderno. Razón por la cual se confiere al consumidor un derecho a poner fin al contrato que haya sido celebrado empleando alguna de estas técnicas de comercialización que se traducen en decisiones de mercado poco informadas o presionadas por la actuación especialmente agresiva del empresario. Así, el derecho de desistimiento puede verse como un instrumento para desvincularse de los contratos celebrados como consecuencia de la puesta en práctica de comportamientos desleales engañosos o agresivos, convirtiéndose en una respuesta contractual a las prácticas comerciales desleales con los consumidores.

Y, de otro lado –y para concluir–, por cuanto que el Derecho de desistimiento actúa como un mecanismo favorecedor de un adecuado

²³⁶ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Derecho de...”, cit., p. 1259; MIRANDA SERRANO, L. M., “La contratación a distancia de consumo: TRDCU y Directiva 2011/83/UE”, en AA.VV. (Coords. MIRANDA SERRANO, L. M. y PAGADOR LÓPEZ, J.), *Derecho (privado) de los consumidores*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 147; y LARROSA AMANTE, M. A., *El derecho...*, cit., p. 155.

²³⁷ GARCÍA VICENTE, J. R. y MINERO ALEJANDRE, G., “Artículo 68...”, cit., p. 980.

funcionamiento del sistema competitivo, al permitir a los consumidores comparar ofertas y probar productos, desligándose de sus decisiones económicas poco meditadas, irreflexivas o influenciadas por técnicas de comercialización especialmente agresivas o cargadas de ciertas dosis de desinformación.

8. El régimen contractual de los envíos no solicitados

La solución al problema de los envíos y suministros no solicitados establecida en el 66 quáter TRLGDCU constituye un significativo punto de conexión entre las disciplinas contractual y concurrencial²³⁸.

Este precepto es el resultado de la incorporación a nuestro ordenamiento de los postulados de la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores²³⁹. La conexión interdisciplinaria resultante de esta disposición aparece reconocida de forma expresa en el Considerando 60 de la mencionada Directiva. En él se afirma que “dado que el suministro no solicitado, que consiste en suministrar a los consumidores bienes o prestarles servicios que no han solicitado, está prohibido por la Directiva 2005/29/CE (...) («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»), pero no se prevé en la misma ninguna vía de recurso contractual, es necesario introducir en la presente Directiva una vía de recurso contractual que permita dispensar al consumidor de la obligación de efectuar pago alguno por dicho suministro o prestación no solicitados”.

Ciertamente, el suministro no solicitado constituye una de las prácticas comerciales desleales *per se* contempladas en la DPCD y prevista en nuestro ordenamiento en el art. 31.2 LCD. Conforme a este precepto, “(s)e considera desleal por agresivo: (...) Exigir el pago inmediato o aplazado, la devolución o la custodia de bienes o servicios suministrados por el comerciante, que no hayan sido solicitados por el consumidor o usuario, salvo cuando el bien o servicio en cuestión sea un bien o servicio de sustitución suministrado de conformidad con lo establecido en la legislación vigente sobre contratación a distancia con los consumidores y usuarios”. Con esta disposición trata de ponerse freno a una

²³⁸ DUROVIC, M., “The Subtle...”, cit., p. 748; y MATERA, D. M., “Prácticas comerciales...”, cit., p. 122.

²³⁹ No obstante, con carácter previo, la prohibición de envíos no solicitados estaba regulada con carácter sectorial en el art. 42 LOCM para las operaciones enmarcadas en el comercio minorista y en el art. 100 TRLGDCU (en la redacción previa a la reforma introducida por la Ley 3/2014, de 27 de marzo) en relación con los contratos celebrados a distancia. Sobre la interacción entre las normas de consumo y de competencia desleal en materia de envíos no solicitados con carácter previo a la modificación introducida por la Ley 3/2014, *vid.*, entre otros, MIRANDA SERRANO, L. M., “La contratación a distancia (y electrónica)”, cit., p. 331 y 332; TATO PLAZA, A., “Prácticas agresivas”, en TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, 1ª ed., Madrid, La Ley, 2010, p. 246 y ss.; y CARBAJO CASCÓN, F., “Artículo 31. Otras prácticas agresivas”, en AA.VV. (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 836 y ss.

práctica bastante extendida en el tráfico, como es el envío no solicitado de bienes y servicios²⁴⁰.

Esta prohibición intenta tutelar a quien recibe en venta un producto sin haberlo solicitado y sin que haya mediado proceso de negociación alguno, y se pretende que quede vinculado por las condiciones de quien se lo vende²⁴¹. Ello puede generar un trastorno para el consumidor, pues lo somete a una presión o coacción psico-negocial en la que se le fuerza a pagar el correspondiente precio, sobre todo cuando los bienes recibidos no tienen excesivo valor y las molestias que originaría su devolución serían probablemente mayores.

Estos envíos no solicitados aparecen, por tanto, como prácticas agresivas por acoso para el consumidor, que es importunado, incomodado o apremiado a pagar el precio o devolver bien, alterando de esta forma su comportamiento económico²⁴². De ahí que se prohíba la reclamación del pago del precio, la devolución o la custodia de los bienes y servicios suministrados por el comerciante sin ser solicitados por el consumidor. Se trata, en suma, de la respuesta en sede concursal al problema generado por la práctica comercial de los envíos no solicitados.

El art. 66 quáter TRLGDCU, por su parte, prevé la solución contractual a este tipo de prácticas. Este precepto parte de prohibir el “envío y el suministro al consumidor y usuario de bienes, de agua, gas o electricidad, de calefacción mediante sistemas urbanos, de contenido digital o de prestación de servicios no solicitados por él, cuando dichos envíos y suministros incluyan una pretensión de pago de cualquier naturaleza”. Esta prohibición, por tanto, afecta a todo tipo de bienes y servicios, alcanzando no sólo al envío del bien principal, sino también al de bienes complementarios o accesorios que no hayan sido solicitados por el consumidor y por los que se pretenda exigir un pago adicional.

²⁴⁰ Un ejemplo de este tipo de prácticas lo constituye la comercialización por parte de un operador de telecomunicaciones de tarjetas SIM en las que se preinstalan y preactivan ciertos servicios, como la navegación por Internet y el servicio de contestador, sin haber informado previamente y de modo adecuado al consumidor de la preinstalación y preactivación de dichos servicios ni de su coste. Así lo estimó el TJUE en su Sentencia de 13 de septiembre de 2018, en los asuntos acumulados C-54/17 y C-55/17, *Wind Tre*.

²⁴¹ MARIMÓN DURÁ, R., “Prácticas comerciales...”, cit., p. 1799.

²⁴² MASSAGUER, J., *El nuevo...*, cit., p. 133. Algunos autores, en cambio, sitúan este supuesto dentro de las prácticas agresivas por coacción [Cfr. EMPARANZA SOBEJANO, A., “Las propuestas...”, cit., p. 160; y Díez Estella, F., “Los nuevos actos de competencia desleal contra los consumidores en la Ley 29/09 de 30 de diciembre, especial referencia a las prácticas agresivas”, en AA.VV. (Dir. Viera González, A. J. y Echebarría Sáenz, J. A.), *Distribución comercial y Derecho de la competencia*, Madrid, La Ley, 2011, p. 558]. Tampoco faltan quienes conciben este tipo de prácticas como casos de influencia indebida [Cfr. Lunas Díaz, M. J., “Artículo 31 LCD. Otras prácticas agresivas”, en AA.VV. (Dir. Lema Devesa, C.), *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores: régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29-2009*, L’Hospitalet de Llobregat, Bosch, 2012, p. 469 y ss.]

En caso de que se incumpla esta prohibición, “el consumidor y usuario receptor no estará obligado a su devolución o custodia, ni podrá reclamársele pago alguno por parte del empresario que envió el bien o suministró el servicio no solicitado”. Consecuentemente, el consumidor puede optar por quedarse el bien o devolverlo. En el primer caso, el consumidor no deberá pagar el precio y el hecho de quedarse el bien sin responder al empresario no se considerará consentimiento. En el segundo caso, el consumidor no responderá de los daños o deterioro sufrido por el bien y tendrá derecho a ser indemnizado por los gastos y por los daños y perjuicios que se le hubieran ocasionado²⁴³.

Los preceptos sumariamente comentados (art. 31.2 LCD y 66 quáter TRLGDCU) actúan, pues, como disposiciones complementarias, regulando el mismo fenómeno económico desde distinto punto de vista. El art. 31.2 LCD en su dimensión concurrencial y el art. 66 quáter en su faceta contractual.

Esta situación deja entrever la sustancial relevancia que las prácticas comerciales desleales adquieren en el mercado y su decisiva influencia sobre la formación del consentimiento negocial del consumidor. Motivo por el cual es necesario proporcionar al consumidor individual remedios contractuales que protejan sus intereses particulares, más allá de los remedios colectivos que se arbitran en la LCD para tutelar el correcto funcionamiento del mercado. Y es que al consumidor individualmente considerado lo que verdaderamente le interesa, al margen de no ser destinatario de este tipo de prácticas siempre incómodas, es que su situación patrimonial no se vea perjudicada por los efectos económicos anudados a dichos comportamientos empresariales.

Pero, es más, esta forma de proceder no sólo consigue una mejor protección de los intereses individuales de los consumidores, sino que también incrementa la tutela del interés general en un correcto funcionamiento del mercado. Y ello por cuanto que la previsión de consecuencias negociales para este tipo de prácticas comerciales desleales supone un elemento disuasorio extra, ya que a las sanciones civiles restauradoras del orden económico-concurrencial se le suma una sanción contractual que impide que el empresario infractor pueda beneficiarse a costa de los perjuicios sufridos individualmente por los consumidores afectados por la práctica.

²⁴³ Más ampliamente, LÓPEZ MAZA, S., “Artículo 66 quáter. Prohibición de envíos y suministros no solicitados”, en AA.VV. (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, 2ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2015, p. 942 y ss.

V. CONEXIONES NORMATIVAS ENTRE EL DERECHO DE CONTRATOS Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN LA DISCIPLINA DE LA DESLEALTAD CONCURRENCIAL

1. Planteamiento

Pese a que la entrada de la tutela de los intereses (colectivos) de los consumidores en el Derecho represor de la competencia desleal se produce con la promulgación de la LCD y la instauración del modelo social de la disciplina, es con la incorporación a nuestro ordenamiento de la DPCD cuando se intensifican en sede concurrencial los puentes de conexión con el Derecho de contratos. En efecto, como hemos advertido más arriba, la incorporación a nuestro ordenamiento de la DPCD da un vuelco a las relaciones entre el Derecho de contratos y el Derecho represor de la competencia desleal en los planos axiológico y funcional²⁴⁴.

En este sentido, el Derecho represor de la competencia desleal deja de concebirse únicamente como un sistema de ordenación y control de las conductas de mercado para dar cabida a otros intereses más próximos al Derecho de la contratación, como es la tutela de la autonomía decisional y negocial de los consumidores y usuarios.

Se parte así de la realidad viva del tráfico económico. En un sistema de economía de mercado, contrato y mercado se imbrican e interactúan en un bucle de retroalimentación donde los comportamientos concurrenciales de los operadores económicos afectan a la decisión final de los consumidores que se manifiesta en la selección de oferentes, en la contratación de bienes y servicios, y en el ejercicio de los derechos contractuales. Y este comportamiento negocial de los consumidores determina a su vez los sujetos que prosperan, prevalecen o perecen en la lucha competitiva.

De ahí que en este nuevo sistema regulador de la competencia desleal el control de las conductas de mercado alcance a todas las fases de la contratación, pues las decisiones económicas de los destinatarios finales de bienes y servicios condicionan el juego competitivo y afectan al correcto funcionamiento del mercado.

Estas conexiones entre contrato y mercado y sus disciplinas reguladoras se trasladan necesariamente al plano normativo y, como ocurre en materia contractual, se incardinan en el ámbito de la protección de los intereses de los consumidores y usuarios. La DPCD confecciona una serie de ilícitos de

²⁴⁴ *Vid. supra* III.

deslealtad que, contruidos sobre la base de la tutela de los intereses económicos de los consumidores y, en particular, de la protección de su libertad de elección (Considerandos 7 y 16) y de su capacidad de adopción de decisiones económicas con el debido conocimiento de causa (Considerandos 6 y 14), extienden el control de los comportamientos concurrenciales de los empresarios no sólo a la fase previa a la contratación, sino también a las fases de celebración y ejecución del contrato. Es precisamente en la configuración de los distintos ilícitos de deslealtad donde se encuentran esas conexiones normativas entre Derecho de contratos y Derecho represor de la competencia desleal.

La DPCD establece, con fines regulatorios, una noción amplia de prácticas comerciales entendidas como “todo acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores” [art. 2.d)]. Y ello sobre la base de la observación de que existen distintas prácticas de mercado ampliamente extendidas que pueden influir en el comportamiento económico de los consumidores. Así, las prácticas comerciales incluyen el comportamiento de todos los comerciantes en relación con las actividades promocionales y publicitarias, invitaciones a contratar, ofertas y todas las actuaciones relacionadas con ellas, así como con la fase de ejecución contractual.

Esta extensión, sin duda, supone un paso al frente del legislador comunitario en el establecimiento de conexiones normativas entre las disciplinas contractual y concurrencial. Y ello por cuanto que es el resultado del reconocimiento por parte de los redactores de la DCPD de que existen prácticas de mercado generalizadas que pueden distorsionar no sólo la percepción de los consumidores sobre los productos, sino también sobre los contratos y sus derechos contractuales. De ahí que las prácticas comerciales incluyan todas las acciones y omisiones de los empresarios que pueden influir en la decisión inicial de los consumidores de celebrar o no un contrato, así como en las numerosas decisiones transaccionales de los consumidores en la fase de ejecución contractual²⁴⁵.

En esta dirección, la DPCD establece un elenco de ilícitos de deslealtad que se articulan en una estructura piramidal. Así, el régimen sustantivo de la DPCD consta de una cláusula general prohibitiva de las prácticas comerciales desleales con los consumidores (art. 5), que se desarrolla y concreta ulteriormente en dos prohibiciones específicas: prácticas comerciales engañosas

²⁴⁵ ORLANDO, S., “The Use...”, cit., p. 40.

(arts. 6 y 7) y prácticas comerciales agresivas (arts. 8 y 9). Estas dos prohibiciones se completan a su vez con una relación aún más específica de prácticas engañosas y agresivas consideradas desleales *per se* y contempladas en el Anexo I de la Directiva.

Como se sabe, este régimen se incorpora a nuestra LCD a través de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre²⁴⁶. Con ella se modifica el ámbito de aplicación objetivo y subjetivo de la LCD y la cláusula general prohibitiva de la deslealtad para dar entrada a los postulados de la Directiva. Los actos de engaño pasan a regularse en los arts. 5 (actos de engaño) y 7 (omisiones engañosas) y se da una nueva redacción al art. 8 para incorporar las prácticas agresivas en la forma prevista en el texto comunitario. Por último, se modifica el capítulo III que pasa a titularse “prácticas comerciales con los consumidores o usuarios”. Dicho capítulo inicia con el art. 19, donde se establecen las disposiciones de la LCD conforme a las cuales puede determinarse si una práctica que perjudica los intereses de los consumidores es desleal. Continúa con la regulación de las “prácticas engañosas por confusión para los consumidores” (art. 20). Y concluye con los arts. 21 a 31 en los que se incorpora la lista de prácticas desleales que figura en el Anexo I de la Directiva²⁴⁷.

²⁴⁶ La primera cuestión que suscitó la incorporación de la DPCD a nuestro ordenamiento fue la relativa a la forma de acometer dicha incorporación: por medio de una ley especial o mediante la reforma de las leyes vigentes en la materia (LCD o TRLGDCU). Pese a que algún autor se manifestó en el sentido de que la mejor solución sería incorporar la DPCD mediante una modificación del TRLGDCU [LÓPEZ SANTOS, O., “La Directiva...”, cit., p. 17, nota 42; REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M., “Protección de...”, cit., p. 354, nota 78; y MENÉNDEZ GONZÁLEZ, A., “Artículo 19 LCD. Prácticas comerciales desleales con los consumidores”, en AA.VV. (Dir. LEMA DEVESA, C.), *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores: régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29-2009*, L’Hospitalet de Llobregat, Bosch, 2012, p. 248], la mayor parte de la doctrina mercantilista se posicionó a favor de introducir la DPCD a través de una modificación de la LCD [entre otros, MASSAGUER, J., MARCOS, F. y SUÑOL, A., “La transposición...”, cit., p. 1939; GARCÍA PÉREZ, R., “Consideraciones preliminares sobre la incidencia en la Ley de Competencia Desleal del Anteproyecto de Ley que incorpora la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales”, en *Diario La Ley*, núm. 7051, 2008, p. 4; CARRASCO PERERA, A., “Modificación del régimen de competencia desleal y protección de consumidores en lo relativo a las prácticas comerciales desleales (Ley 29/2009)”, en *CESCO*, enero de 2010 (disponible en <http://centrodeestudiosdeconsumo.com>, consultado el 03/06/2021); TATO PLAZA, A., “La reforma del Derecho español contra la competencia desleal: rasgos generales”, en *Actas de Derecho Industrial*, t. , 2009-2010, p. 456 y 457; ARPIO SANTACRUZ, J., “Artículo 19. Prácticas comerciales desleales con los consumidores”, en AA.VV. (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 522; y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., “Finalidad y...”, cit., p. 1133 y ss.].

²⁴⁷ La forma en que nuestro legislador ha incorporado la DPCD a nuestro ordenamiento ha sido objeto de diversas críticas por parte de nuestra doctrina. Fundamentalmente, en lo relativo a la escisión que introduce en la disciplina de la competencia desleal en función del sujeto protegido y en lo que atañe a la introducción de las prácticas comerciales desleales previstas en el Anexo I de la DPCD en artículos separados en lugar de en una disposición adicional. Su exposición y análisis exceden del propósito de este estudio, por lo que remitimos a los distintos estudios sobre el tema. Sobre la fragmentación del Derecho represor de la competencia desleal, entre otros, MASSAGUER, J., *El nuevo...*, cit., p. 38 y ss.; TATO PLAZA, A., “Introducción”, cit., p. 51 y ss.; EMPARANZA SOBEJANO, A., “Régimen jurídico...”, cit.,

En las siguientes líneas analizaremos los distintos ilícitos de deslealtad lesivos de los intereses económicos de los consumidores previstos en nuestra LCD con el fin de dilucidar sus conexiones con el Derecho contractual. Primeramente, nos centraremos en la cláusula general prohibitiva de la deslealtad (*infra* 2) y a continuación tanto en los actos y omisiones engañosas (*infra* 3) como en las prácticas agresivas (*infra* 4).

2. La cláusula general prohibitiva de la deslealtad

2.1. Cuestiones generales

La disciplina de la competencia desleal se estructura clásicamente a través del recurso a una cláusula general en la que se formula un criterio delimitador de la deslealtad de carácter abierto, susceptible de ser determinado por la jurisprudencia. Dicha cláusula se acompaña de la tipificación de actos de competencia desleal concretos que se aplican con carácter preferente sobre aquella.

En el Derecho español la cláusula general prohibitiva de la deslealtad competitiva se recoge en el art. 4 LCD. En él se acoge un criterio general de deslealtad en la actuación competitiva que delimita la corrección del comportamiento concurrencial. Y, consecuentemente, el alcance y la aplicación de la prohibición de los actos de competencia desleal que, atendiendo a los fines perseguidos por la LCD, dispone su art. 1²⁴⁸.

La necesidad de una cláusula de este tipo en el Derecho de la competencia desleal resulta más que justificada. De un lado, por la necesidad de disponer de un mecanismo de protección eficaz contra las conductas desleales que vayan apareciendo con la evolución del tráfico, permitiendo la adaptación de la

p. 71 y ss.; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., “Finalidad y...”, cit., p. 1136 y ss.; y ARROYO APARICIO, A., “Prácticas comerciales desleales y Derecho de la competencia: «Prácticas agresivas» (delimitación y análisis de casos)”, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 21, 2017, p. 4 y ss./20 (hemos consultado la versión en línea disponible en el portal de revistas Wolters Kluwer). Entre la doctrina comparada, SIKORSKI, R., “Implementation of the Unfair Commercial Practices Directive in Polish Law”, en *Medien und Recht-International Edition*, núm. 2, 2009, p. 51 y ss.; BALOGH, V. y CSERES, K. J., “Institutional Design in Hungary: A Case Study of the Unfair Commercial Practices Directive”, en *Journal of Consumer Policy*, núm. 36, 2013, p. 356; NAMYSŁOWSKA, M., “To B2C or Not to B2C. Some reflections on the Regulation of Unfair Commercial Practices from a Polish Perspective”, en *Journal of Consumer Policy*, núm. 36, 2013, p. 336; y MASSA, F., “Art. 20. Divieto delle pratiche commerciali scorrette”, en AA.VV. (Ed. CUFFARO, V.), *Codice del consumo*, 5ª ed., Milano Giuffrè, 2019, p. 157. A favor de la introducción del Anexo I de la Directiva como anexo en una disposición adicional de la LCD: MASSAGUER, J., MARCOS, F. y SUÑOL, A., “La transposición...”, cit., p. 1954 y 1956; GARCÍA PÉREZ, R., “Consideraciones preliminares...”, cit., p. 5; y EMPARANZA SOBEJANO, A., “Régimen jurídico...”, cit., p. 72 y 73.

²⁴⁸ GARCÍA-CRUCES, J. A., “Finalidad y...”, cit., p. 1165.

disciplina a las nuevas circunstancias y evitando su obsolescencia²⁴⁹. De otro lado, por la conveniencia de establecer un parámetro de enjuiciamiento de las conductas concurrenciales que eventualmente pueden tener lugar en el mercado, dotando de coherencia sistemática al juicio de deslealtad²⁵⁰.

La incorporación a nuestro ordenamiento de la DPCD ha dado lugar a la bifurcación de la cláusula general. De modo que nuestra LCD cuenta actualmente con una doble cláusula general, donde se recoge un parámetro de deslealtad de naturaleza bifronte. El art. 4.1 LCD, ciertamente, mantiene la que con anterioridad a la reforma de 2009 aparecía como cláusula general en el art. 5 LCD; pero, junto a ella, formula otra de redacción más extensa que, obedeciendo a los postulados de la DPCD, se aplica a las relaciones entre empresarios y consumidores (B2C).

Procediendo de este modo, el legislador español introduce en la regulación de la cláusula general prohibitiva de la deslealtad la misma fragmentación subjetiva de la que parte la DPCD, al formular dos cláusulas generales: una *generalista*, aplicable a las relaciones entre empresarios, y otra *consumerista*, destinada a regular las prácticas comerciales que tienen como destinatarios a consumidores y usuarios.

Ahora bien, pese a esa bifurcación, la cláusula general (en su doble vertiente generalista y consumerista) se caracteriza, en primer lugar, por configurarse como una norma de prohibición con sustantividad propia. Quiere con ello afirmarse que no se trata de un mero principio programático, sino de una norma jurídica en sentido técnico de la que derivan deberes jurídicos para sus destinatarios y cuya infracción constituye un acto de competencia desleal que posibilita el ejercicio de las acciones pertinentes²⁵¹. De ahí que la cláusula general no pueda ser utilizada para combatir conductas que están tipificadas

²⁴⁹ En este sentido, se afirma de manera bastante gráfica que “la competencia desleal es como una hidra cuyas cabezas rebrotan al ser cortadas, porque los empresarios idean nuevos mecanismos para perjudicar al rival cuando alguna de sus prácticas es objeto de reproche jurídico” (GÓMEZ SEGADE, J. A., “La nueva...”, cit., p. 331).

²⁵⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Artículo 4. Cláusula general”, en AA.VV. (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 97; MIRANDA SERRANO, L. M. y PANIAGUA ZURERA, M., “La protección...”, cit., p. 71; MARCO ALCALÁ, L. A., “Las prácticas comerciales desleales con los consumidores en la propuesta del Código Mercantil”, en AA.VV. (Dir. MORAILLAS JARILLO, M. J., PERALES VISCASILLAS, P. y PORFIRIO CARPIO, L. J.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al Profesor Rafael Illescas Ortiz*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 1087 y ss.; y EMPARANZA SOBEJANO, A., “Competencia desleal y protección de los consumidores”, en AA.VV. (Dir. MIRANDA SERRANO, L. M. y COSTAS COMESAÑA, J.), *Derecho de la competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad*, Madrid, Marcial Pons, 2018, p. 96 y 97.

²⁵¹ Entre otros, GÓMEZ SEGADE, J. A., “La nueva...”, cit., p. 337 y 338; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La ampliación...”, cit., p. 397 y 398; y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., “Finalidad y...”, cit., p. 1169.

específicamente en otras disposiciones, ni para integrar o complementar los tipos concretos de deslealtad, supliendo la falta de los requisitos exigidos²⁵².

En segundo lugar y como consecuencia de lo anterior, la cláusula general opera como “válvula de autorregulación” o “norma de cierre” del sistema, toda vez que, al estar construida sobre conceptos jurídicos indeterminados, permite a los jueces y tribunales declarar la deslealtad de conductas que no han sido expresamente tipificadas en los restantes preceptos de la LCD, bien por su carácter marginal o novedoso²⁵³. De esta forma, se articula un instrumento para la permanente actualización de la disciplina de la competencia desleal que posibilita la persecución de las nuevas prácticas desleales que vayan surgiendo en el tráfico, sin necesidad de modificar la LCD.

Finalmente, la cláusula general establece la caracterización del acto de competencia desleal, configurándolo como un ilícito objetivo, de peligro y de naturaleza extracontractual²⁵⁴.

2.2. *La vertiente generalista de la cláusula general*

El primer inciso del art. 4.1 LCD recoge la cláusula general prevista en el art. 5 del texto original de la LCD. Conforme a ella, “(s)e reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”. Buena fe que se conecta con la noción tradicional de buena fe objetiva como límite al ejercicio de los derechos *ex art. 7 CC*.

Pese a ello, el principio de buena fe objetiva consagrado en la LCD no es completamente coincidente con la noción civilista. Ello por cuanto que la buena fe objetiva del art. 4.1 LCD se refiere a la valoración de conductas de mercado que no siempre cristalizan en una relación contractual. Además, se asienta no en

²⁵² Más ampliamente, PATIÑO ALVES, B. y DÍEZ BAJO, A., “Artículo 4 LCD. Cláusula general”, en AA.VV. (Dir. LEMA DEVESA, C.), *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores: régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29-2009*, L’Hospitalet de Llobregat, Bosch, 2012, p. 80 y ss. y jurisprudencia allí citada.

²⁵³ En este sentido, MAMBRILLA RIVERA, V., “Prácticas comerciales y competencia desleal: estudio del Derecho comunitario, europeo y español. La incorporación de la Directiva 2005/29/CE a nuestro Derecho interno (incidencia en los presupuestos generales y en la cláusula general prohibitiva del ilícito desleal) (segunda parte)”, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 5, 2009, p. 20/47 (hemos consultado la versión en línea disponible en el portal de revistas Wolters Kluwer); TATO PLAZA, A., “La nueva...”, cit., p. 70 y ss.; ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “El modelo de conducta en la nueva cláusula general de la Ley de Competencia Desleal. Una crítica breve”, en *Derecho de los Negocios*, núm. 240, 2010, p. 3/17 (hemos consultado la versión en línea disponible en el portal de revistas Wolters Kluwer); y EMPARANZA SOBEJANO, A., “Competencia desleal...”, cit., p. 97.

²⁵⁴ Sobre esta cuestión, MASSAGUER, J., *El nuevo...*, cit., p. 100; MAMBRILLA RIVERA, V., “Prácticas comerciales y competencia desleal: estudio del Derecho comunitario, europeo y español. La incorporación de la Directiva 2005/29/CE a nuestro Derecho interno (incidencia en los presupuestos generales y en la cláusula general prohibitiva del ilícito desleal) (primera parte)”, cit., p. 18 y 19/41; y GARCÍA-CRUCES GONZALEZ, J. A., “Finalidad y...”, cit., p. 1173.

el abuso de un derecho individual, sino en el abuso de un derecho de corte institucional: la libertad de empresa (art. 38 CE). A lo que ha de añadirse, finalmente, que constituye un parámetro de enjuiciamiento superador de la tradicional neutralidad político-económica existente en el Derecho privado. De ahí que no sea acertado efectuar un análisis de la cláusula general de deslealtad con arreglo a criterios puramente civilistas²⁵⁵.

La invocación de la buena fe objetiva supone un avance en el establecimiento del criterio de la deslealtad, en coherencia con el nuevo modelo social de la disciplina que sitúa como bien jurídico protegido la propia institución de la competencia económica en interés de todos los sujetos que participan en el mercado. Así, la aplicación de la cláusula general recogida en el primer inciso del art. 4.1 LCD debe ser objeto de una interpretación funcional que parta de un análisis de la práctica examinada y de sus consecuencias para los diversos intereses implicados²⁵⁶.

Como señala nuestra jurisprudencia, el concepto de buena fe objetiva prescinde de la intencionalidad del sujeto agente y constituye una manifestación del concepto general consagrado en el art. 7.1 CC como límite del ejercicio de los derechos subjetivos. Ésta ha sido entendida como un estándar o patrón de comportamiento justo y honrado reconocido en el tráfico atendiendo a las circunstancias concretas. Esto es, la buena fe en sentido objetivo se ha concebido jurisprudencialmente como una exigencia ética significada por los valores de la honradez, la lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y avenimiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena²⁵⁷.

Sin embargo, no puede desconocerse que la buena fe objetiva como parámetro de la deslealtad supone la afirmación de un modelo de conducta que limita el ejercicio del derecho a la libertad de empresa. Razón por la cual el enjuiciamiento de la deslealtad de la conducta ha de estar presidido por los postulados de protección de la libre competencia consagrados en el marco del sistema económico trazado constitucionalmente: respeto del contenido mínimo de la libertad de empresa y oposición a las conductas que supriman, restrinjan o falseen la competencia, amenazando la estructura competitiva del mercado, la

²⁵⁵ EMPARANZA SOBEJANO, A., “Competencia desleal...”, cit., p. 99 y 100. En un sentido similar, MARTÍNEZ SANZ, F. y PUETZ, A., “Ámbito de...”, cit., p. 9/27.

²⁵⁶ TATO PLAZA, A., “La nueva...”, cit., p. 76.

²⁵⁷ SSTs (Sala 1ª) 593/2000, de 16 de junio (Roj: STS 4966/2000); 348/2002, de 19 de abril (Roj: STS 2776/2002); 754/2005, de 21 de octubre (Roj: STS 6410/2005); y 256/2010, de 1 de junio (Roj: STS 3278/2010).

libre formación de las relaciones económicas y la autodeterminación negocial de sus participantes²⁵⁸.

De esta forma, la consagración de la competencia económica como bien jurídico protegido por la disciplina de la competencia desleal implica que la determinación de la deslealtad descansa en el concepto de competencia económica sobre el que pivota el sistema de economía de mercado, que no es otro que el de competencia por eficiencia o basada en las prestaciones²⁵⁹. En efecto, a través de la cláusula general se trata de conseguir que los agentes económicos compitan por méritos o por eficiencia y no mediante la realización de comportamientos que supriman o restrinjan la estructura competitiva del mercado o la libre formación y desarrollo de las relaciones económicas en el tráfico.

El juicio de deslealtad ha de girar, por tanto, en torno al principio de competencia por eficiencia o basada en las prestaciones, que se convierte en el factor clave para el enjuiciamiento y ponderación de la ilicitud de las conductas concurrenciales. De modo que aquellas exigencias éticas de carácter general han de entenderse subordinadas a los dictados del principio de competencia económica, toda vez que no puede reprimirse con el mero apoyo de límites éticos una conducta que se revele concurrencialmente eficiente, que promueva las prestaciones de quien la ejecuta o de un tercero por sus méritos, sin provocar una alteración en la estructura competitiva o en el normal funcionamiento del mercado²⁶⁰.

Así, es el principio de competencia eficiente o basada en las prestaciones el que debe sobresalir como parámetro de enjuiciamiento de la deslealtad²⁶¹. El principio de competencia basada en las propias prestaciones o por eficiencia

²⁵⁸ MASSAGUER, J., *Comentario...*, cit., p. 154.

²⁵⁹ FONT GALÁN, J. I., “Competencia desleal y prácticas prohibidas en el marco de la Ley de prácticas restrictivas de la competencia”, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 146, 1977, p. 550 y ss.; MENÉNDEZ, A., *La competencia...*, cit., p. 23; y COSTAS COMESAÑA, J., “El concepto...”, cit., p. 12/14.

²⁶⁰ SSTS (Sala 1ª) 1169/2006, de 24 de noviembre (Roj: STS 7599/2006); 311/2007, de 23 de marzo (Roj: STS 2265/2007); y 1167/2008, de 15 de diciembre (Roj: STS 6676/2008).

²⁶¹ Entre otros, MASSAGUER, J., *Comentario...*, cit., p. 154; MARTÍNEZ SANZ, F., “Artículo 5...”, cit., p. 62; RUIZ PERIS, J. I., “La reforma...”, cit., p. 40; TATO PLAZA, A., “La nueva...”, cit., p. 76; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., “Finalidad y...”, cit., p. 1186; y EMPARANZA SOBEJANO, A., “Competencia desleal...”, cit., p. 101. El principio de competencia por eficiencia o basada en las propias prestaciones fue el principio que inspiró la redacción de la LCD. Así resulta del art. 5 del Proyecto de LCD de 1989 donde se establecía que “los preceptos de esta Ley deberán ser interpretados de acuerdo con el principio de competencia de prestaciones”. Este artículo desapareció del texto definitivo de la LCD, pero la razón que motivó está supresión no fue que el legislador se mostrara contrario a dicho principio, que estimaba como inspirador del conjunto del proyecto, sino por la impertinencia de un artículo que contuviera un criterio interpretativo (sobre esta cuestión, COSTAS COMESAÑA, J., “El concepto...”, cit., p. 13/14).

parte de que los competidores pueden ofrecer libremente sus prestaciones en el mercado y los consumidores pueden seleccionar libremente la que más les interese. Pero esa libertad de actuación en el mercado debe ejercitarse para competir en base a la bondad de las propias prestaciones, entendiendo por tales no sólo los productos o servicios, sino también la actividad promocional y publicitaria destinada a convencer a la clientela de la bondad de la oferta²⁶². En consecuencia, una conducta es contraria a la buena fe objetiva cuando la ventaja obtenida por el sujeto agente no depende tanto de la bondad o mejora de sus prestaciones, como de la obstaculización de competidores, del aprovechamiento del esfuerzo o de la reputación ajena, o de la restricción de la libertad o autonomía negocial de los consumidores.

2.3. La vertiente consumerista de la cláusula general

Como apuntamos más arriba, la introducción de la vertiente consumerista en la LCD es fruto de la incorporación a nuestro ordenamiento de la cláusula general prohibitiva de las prácticas comerciales desleales recogida en el art. 5 DPCD. Este precepto constituye el eje básico sobre el que gira el entero sistema de la Directiva²⁶³.

Con esta cláusula general, la Directiva trata de reemplazar los diversos criterios de delimitación de la deslealtad contenidos en las cláusulas generales existentes en los distintos Estados miembros (usos honestos, corrección profesional, lealtad o buena fe) por un nuevo paradigma que unifique a nivel comunitario el parámetro de enjuiciamiento de la deslealtad. Es bastante claro, en este sentido, el Considerando 13 de la DPCD, donde se dice que “(a) fin de conseguir los objetivos comunitarios mediante la eliminación de los obstáculos al mercado interior, es preciso reemplazar las cláusulas generales y principios jurídicos divergentes de los Estados miembros”.

Conforme al art. 5.2 DPCD “(u)na práctica comercial será desleal si: a) es contraria a los requisitos de la diligencia profesional, y b) distorsiona o puede distorsionar de manera sustancial, con respecto al producto de que se trate, el comportamiento económico del consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica, o del miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores”. De esta forma, el legislador comunitario construye la cláusula general sobre un doble requisito: el

²⁶² COSTAS COMESAÑA, J., “El concepto...”, cit., p. 12/14; y TATO PLAZA, A., “La nueva...”, cit., p. 76.

²⁶³ FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., “La Directiva comunitaria sobre prácticas comerciales desleales”, en *Diario La Ley*, núm. 6408, 2006, p. 3/10 (hemos consultado la versión en línea disponible en el portal de revistas Wolters Kluwer).

estándar jurídico al que debe ajustarse el comportamiento empresarial y en cuya infracción se asienta el juicio de desvalor de la conducta –los requisitos de la diligencia profesional–, y sobre el efecto real o potencial de ese comportamiento al que se anuda la formulación del reproche de deslealtad –la distorsión del comportamiento económico del consumidor–²⁶⁴.

La Directiva toma la diligencia profesional como criterio de enjuiciamiento de la deslealtad de las prácticas comerciales frente a los consumidores. La diligencia profesional aparece definida en el art. 2.h) DPCD como “el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe razonablemente esperar del comerciante en sus relaciones con los consumidores, acorde con las prácticas honradas del mercado o con el principio general de buena fe en el ámbito de actividad del comerciante”. En esta definición el legislador comunitario intenta llegar a una solución de compromiso entre las diferentes tradiciones jurídicas de los Estados miembros, recogiendo los distintos elementos empelados por éstos para enjuiciar la deslealtad²⁶⁵.

Así, la Directiva define el estándar de conducta impuesto a los empresarios en su comportamiento concurrencial mediante el recurso a otros dos conceptos indeterminados: las *prácticas honradas del mercado* y el *principio de buena fe*²⁶⁶. Pese a que el primero de ellos puede recordarnos al criterio de “los usos honestos en materia industrial y comercial” recogido en el art. 10 bis del Convenio de la Unión de París de 1883, la diligencia profesional y sus criterios de concreción deben interpretarse con ajenidad a cualquier connotación corporativista y, por tanto, al margen de la percepción subjetiva que puedan tener los operadores de mercado sobre la corrección de la práctica, su común aceptación o su utilización²⁶⁷.

²⁶⁴ MASSAGUER, J., *El nuevo...*, cit., p. 58.

²⁶⁵ MAMBRILLA RIBERA, V., “Prácticas comerciales y competencia desleal: estudio del Derecho comunitario, europeo y español. La incorporación de la Directiva 2005/29/CE a nuestro Derecho interno (incidencia en los presupuestos generales y en la cláusula general prohibitiva del ilícito desleal) (segunda parte)”, cit., p. 20/47; y GARCÍA PÉREZ, R., “La diligencia profesional: un concepto clave del nuevo Derecho contra la competencia desleal”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña*, núm. 14, 2010, p. 28 y 29; y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Artículo 4...”, cit., p. 108 y 109.

²⁶⁶ Algunos autores han visto en este doble criterio, sobre todo, en el relativo a las prácticas honradas del mercado una reincorporativización de la disciplina (ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “El modelo...”, cit., p. 6/17). No obstante, la mayor parte de la doctrina coincide en que no debe interpretarse como una vuelta a los criterios de deslealtad vigentes en el modelo profesional o corporativo de la disciplina. A ello contribuye el hecho de que la DPCD hable de “prácticas honradas de mercado” en lugar de prácticas honradas de los empresarios o de “práctica normal del mercado” como hacía la propuesta de Directiva. En esta dirección, RUIZ PERIS, J. I., “La reforma...”, cit., p. 46; MIRANDA SERRANO, L. M., “La protección...”, cit., p. 72 y 73; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., “Finalidad y...”, cit., p. 1192 y ss.; y MARIMÓN DURÁ, R., “Prácticas comerciales...”, cit., p. 1688.

²⁶⁷ MASSAGUER, J., *El nuevo...*, cit., p. 59.

Atendiendo al tenor literal de la Directiva y a un criterio lógico, *prácticas honradas del mercado* y *principio de buena fe* han sido vistos como fuentes distintas y alternativas de integración de la diligencia profesional²⁶⁸. No obstante, a nuestro juicio, una interpretación teleológica y sistemática de la Directiva pueden llevarnos a afirmar que las exigencias de las prácticas honradas del mercado y del principio de buena fe conducen a un mismo resultado.

En efecto, la Directiva tiene por objeto contribuir al buen funcionamiento del mercado interior y alcanzar un elevado nivel de protección de los consumidores. Esta protección de los consumidores se lleva a cabo mediante la tutela de sus intereses económicos y, en particular, garantizando que el consumidor adopte sus decisiones de mercado de manera libre e informada. Es, por tanto, esta finalidad la que trata de garantizarse a través de la cláusula general. De modo que la adecuación a los requisitos de la diligencia profesional debe llevarse a cabo ponderando los intereses en juego –tutela del consumidor y buen funcionamiento del mercado interior– al objeto de determinar si la conducta empresarial supone una injerencia intolerable en la autonomía negocial del consumidor²⁶⁹. Además, siendo las prácticas honradas del mercado y la buena fe criterios que deben entenderse en términos objetivos, a efectos prácticos la solución lógica pasa por considerarlos como representaciones de dos técnicas diferentes para abordar el mismo problema central²⁷⁰.

La reforma operada en la LCD por la Ley 29/2009 introduce en nuestro ordenamiento esta cláusula general. Así, en el art. 4 LCD se mantiene la que antaño aparecía como cláusula general, pero se añaden dos amplios párrafos y dos nuevos apartados para dar cabida a esta cláusula general destinada específicamente a las relaciones entre empresarios y consumidores. Se dota así a la cláusula general de una vertiente o dimensión consumerista, conforme a la cual

²⁶⁸ MASSAGUER, J., *El nuevo...*, cit., p. 63 y ss.; GÓMEZ SEGADE, J. A., “La nueva...”, cit., p. 340; RUIZ PERIS, J. I., “La reforma...”, cit., p. 44 y 45; y PATIÑO ALVES, B. y DÍEZ BAJO, A., “Artículo 4 LCD...”, cit., p. 70 y ss.

²⁶⁹ En este sentido, GARCÍA PÉREZ, R., “La diligencia...”, cit., p. 29 y ss.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Artículo 4...”, cit., p. 108 y 109; y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., “Finalidad y...”, cit., p. 1195.

²⁷⁰ TWIGG-FLESNER, C., PARRY, D., HOWELLS, G., NORDHAUSEN, A., MICKLITZ, H. W., STUYCK, J. y WILHELMSSON, T., *An Analysis Of The Application And Scope Of The Unfair Commercial Practices Directive. A report for the Department of Trade and Industry* (disponible en <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/>, consultado el 9 de junio de 2021). En este mismo sentido parece entenderlo la Comisión Europea cuando afirma que “(e)l concepto de «diligencia profesional» integra principios que ya estaban arraigados en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros antes de la adopción de la DPCD, tales como los de «prácticas honradas del mercado», «buena fe» y «buena práctica de mercado», y que destacan valores normativos aplicables en el ámbito específico de la actividad empresarial” (*Guía sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior*, en DOUE, C-526, 29 de diciembre de 2021, p. 37).

“(e)n las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores”. Puede comprobarse fácilmente cómo esta cláusula general se apoya en los mismos elementos que la prevista en el texto comunitario.

En lo que se refiere al estándar jurídico de enjuiciamiento de la deslealtad, lo primero que llama la atención es que la diligencia profesional aparece como concreción de la buena fe objetiva *ex art. 4.1 LCD* y no al contrario, como resulta de la DPCD. Con esta forma de proceder, el legislador nacional intenta hacer valer ciertas exigencias de carácter sistemático mediante una vinculación de las dimensiones generalista y consumerista de la cláusula general que explicita una cierta unidad en su concepción legal. De esta forma, bajo la noción de buena fe se formaliza una unidad sistemática y de finalidad, entendiendo que ésta debe concretarse en el ámbito de las prácticas comerciales con los consumidores mediante las exigencias que acoge el segundo inciso del art. 4.1 LCD²⁷¹. Es por ello que la dimensión consumerista de la cláusula general se configura como una especificación de la cláusula general contenida en el primer inciso del art. 4.1 LCD y que, por tanto, el criterio para enjuiciar la deslealtad de la conducta es la buena fe objetiva²⁷².

Ahora bien, ello no puede llevar a la conclusión de que ambas dimensiones de la cláusula general contienen un criterio de valoración idéntico, puesto que si así fuera, dicha especificación carecería de sentido.

En las relaciones con consumidores se entiende conculcador de la buena fe el comportamiento contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado. Este estándar de conducta introduce un importante elemento de variabilidad, puesto que en las relaciones con consumidores el nivel de competencia y cuidados especiales debe ser más

²⁷¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Artículo 4...”, cit., p. 104; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., “Finalidad y...”, cit., p. 1189; y EMPARANZA SOBEJANO, A., “Competencia desleal...”, cit., p. 102.

²⁷² RUIZ PERIS, J. I., “La reforma...”, cit., p. 51; y EMPARANZA SOBEJANO, A., “Competencia desleal...”, cit., p. 103.

alto que el que ha de emplearse en relación con otros empresarios o profesionales²⁷³. De modo que, a la hora de valorar la adecuación de la conducta a los postulados de la buena fe en sentido objetivo, deba incrementarse el nivel de competencia y cuidados exigibles al empresario que actúa frente a los consumidores.

Este nivel de competencia y cuidados especiales ha de evaluarse tomando en consideración las prácticas honestas del mercado, lo que no implica una reincorporativización de la disciplina de la competencia desleal cuando las prácticas comerciales tengan como destinatarios a los consumidores. Antes bien, aparece como un elemento de vinculación de la conducta empresarial a las reglas objetivas que el empresario debe observar en el desarrollo de su actividad²⁷⁴.

Con todo, lo que resulta crucial para enjuiciar la conculcación de la buena fe objetiva en las relaciones con los consumidores, siguiendo la finalidad de la Directiva, es la capacidad o potencialidad del comportamiento empresarial para afectar o perjudicar la autonomía negocial del consumidor atendiendo a sus características objetivas. Así resulta del segundo elemento sobre el que se apoya la dimensión consumerista de la cláusula general: la distorsión del comportamiento económico del consumidor medio. Para precisar el alcance de este requisito es necesario analizar varias cuestiones.

En primer lugar, la delimitación del término comportamiento económico. Este extremo se concreta en el tercer párrafo del art. 4.1 LCD, que entiende por tal toda decisión por la que el consumidor opta por actuar o por abstenerse de hacerlo en relación con: la selección de una oferta u oferente; la contratación de un bien o servicio, así como, en su caso, de qué manera y en qué condiciones contratarlo; el pago del precio, total o parcial, o cualquier otra forma de pago; la conservación del bien o servicio; y el ejercicio de los derechos contractuales en relación con los bienes y servicios.

De acuerdo con el interés tutelado por la DPCD, este extremo debe ser objeto de una interpretación amplia, como cualquier decisión sobre transacciones comerciales y en relación con cualquier fase del *iter* contractual²⁷⁵. Así, dentro

²⁷³ RUIZ PERIS, J. I., “La reforma...”, cit., p. 53 y 54; y MARIMÓN DURÁ, R., “Prácticas comerciales...”, cit., p. 1687.

²⁷⁴ GARCÍA PÉREZ, R., “La diligencia...”, cit., p. 33. En Francia o Portugal, en cambio, la diligencia profesional se vincula a la deontología profesional o a los estándares éticos profesionales, esto es, a las reglas, escritas o no, habitualmente observadas por los profesionales (RAYMOND, G., “Pratiques commerciales déloyales et agressives”, en *JurisClasseur Commercial*, Fasc. 919, 2018 ; y MENEZES LEITÃO, L. M., “As práticas comerciais desleais nas relações de consumo”, en *Revista da Ordem dos Advogados*, núm. 2, 2011, p. 426).

²⁷⁵ GARCÍA ABURUZA, M. P., “Prácticas comerciales...”, cit., p. 14/27; y RUIZ PERIS, J. I., “La reforma...”, cit., p. 57. En la doctrina comparada, DE CRISTOFARO, G., “Voce Pratiche...”, cit., p.

del ámbito de aplicación de la cláusula general también se incluyen todas las prácticas comerciales que, sin ser aptas por sí mismas para determinar la decisión de contratar o condicionar el ejercicio de derechos contractuales, pueden llegar a influir de alguna forma en el proceso de formación de preferencias por parte de los consumidores²⁷⁶.

En segundo lugar, se exige la distorsión de dicho comportamiento económico. En esta dirección, el inciso segundo del art. 4.1 LCD se refiere a la distorsión o posibilidad de distorsión. Se confirma así su configuración como ilícito de peligro. De modo que no se exige la producción de un resultado concreto –la distorsión del comportamiento económico–, sino que basta con su mera potencialidad, es decir, con la aptitud objetiva de la práctica para alcanzar dicho resultado²⁷⁷.

El propio art. 4.1 LCD también define lo que ha de entenderse por distorsionar el comportamiento económico del consumidor. Se trata de “utilizar una práctica comercial para mermar de manera apreciable su capacidad de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, haciendo así que tome una decisión sobre su comportamiento económico que de otro modo no hubiera tomado”. Ahora bien, la distorsión no puede consistir en la mera influencia de la práctica comercial en el ánimo de los consumidores, sino en la influencia que tuerce o deforma su conducta de mercado, perjudicando la autonomía y racionalidad de su comportamiento económico²⁷⁸.

En tercer lugar, el art. 4.1 LCD exige que esta distorsión del comportamiento económico sea significativa. Un importante sector de la doctrina ha visto en la inclusión de este término la adopción de una cláusula de *miminis* o un umbral mínimo de relevancia que, en caso de no ser superado, provocaría la inaplicabilidad de la cláusula general²⁷⁹. Aunque quizá con esta expresión lo quiere darse a entender es que la práctica comercial, atendiendo a sus circunstancias, ha de ser adecuada para ser tenida en cuenta por el consumidor a la hora de decidir su comportamiento económico y, sobre todo, apta para decidir

1092; y MASSA, F., “Art. 20...”, cit., p. 1064. En este sentido se ha pronunciado también el TJUE en el apartado 36 de su Sentencia de 19 de diciembre de 2013, en el asunto C-281/12, *Trento Sviluppo and Centrale Adriatica*.

²⁷⁶ TATO PLAZA, A., “La nueva...”, cit., p. 90.

²⁷⁷ Entre otros, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Artículo 4...”, cit., p. 110; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., “Finalidad y...”, cit., p. 1196 y 1197; y EMPARANZA SOBEJANO, A., “Competencia desleal...”, cit., p. 104.

²⁷⁸ MASSAGUER, J., *El nuevo...*, cit., p. 84 y 85.

²⁷⁹ GÓMEZ SEGADÉ, J. A., “La nueva...”, cit., p. 342; GARCÍA PÉREZ, R., “Consideraciones preliminares...”, cit., p. 4; y EMPARANZA SOBEJANO, A., “Competencia desleal...”, cit., p. 104.

el sentido de dicho comportamiento de mercado, independientemente de la importancia o tamaño del mercado al que afecte²⁸⁰.

Finalmente, el enjuiciamiento de la aptitud de una práctica comercial para distorsionar el comportamiento económico del consumidor debe llevarse a cabo atendiendo a las consecuencias que la práctica en cuestión podría desencadenar en el comportamiento del consumidor medio. De esta forma, tanto la DPCD como la LCD adoptan el prototipo de consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, que ha sido formulado por el TJUE²⁸¹.

2.4. Conexiones entre la cláusula general prohibitiva de la deslealtad con los consumidores y el Derecho de contratos

En rigor, la cláusula general prohibitiva de la deslealtad determina el estándar de comportamiento que deben observar los empresarios en sus relaciones con los consumidores. Se impone así a los empresarios un modelo de actuación que, apoyado en el principio de competencia por eficiencia o por las prestaciones, debe adecuarse al nivel de corrección que cabe esperar de ellos cuando se relacionen con consumidores.

Este estándar de comportamiento se vincula indisolublemente, de acuerdo con las finalidades de la DPCD y del principio de competencia por eficiencia que inspira la LCD, con el comportamiento económico del consumidor o, más correctamente, con la autonomía y racionalidad de sus decisiones económicas. De modo que, cuando la conducta empresarial tenga como destinatarios a los consumidores, el empresario debe evitar aquellos comportamientos que supongan una injerencia intolerable en su autonomía negocial. Esto es, el empresario puede despertar el interés del consumidor, mover su ánimo negocial, atraerlo hacia sí y contratar con él sirviéndose de distintas conductas y técnicas concurrenciales,

²⁸⁰ En esta dirección, entre otros, MASSAGUER, J., *El nuevo...*, cit., p. 87; TATO PLAZA, A., “La nueva...”, cit., p. 87; TATO PLAZA, A. y FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., “Actos de engaño y omisiones engañosas”, en TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, 1ª ed., Madrid, La Ley, 2010, p. 117; MIRANDA SERRANO, L. M. y PANIAGUA ZURERA, M., “La protección...”, cit., p. 73; y MARIMÓN DURÁ, R., “Prácticas comerciales...”, cit., p. 1690. En la doctrina comparada, LIBERTINI, M., “Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette”, en *Contrato e Impresa*, núm. 1, 2009, p. 9/23 (hemos consultado la versión en línea disponible en la base de datos Leggi d’Italia Legale); y DE CRISTOFARO, G., “Voce Pratiche...”, cit., p. 1093. Especialmente ilustrativa resulta en esta sede la STJUE de 16 de abril de 2015, en el asunto C-388/13, *UPC Magyarország* (apdos. 31 y ss.). Esta solución es la que adopta nuestra jurisprudencia [STS (Sala 1ª) 435/2018, de 11 de julio (Roj: STS 2742/2018)].

²⁸¹ Más ampliamente, MASSAGUER, J., *El nuevo...*, cit., p. 88 y ss.; y TATO PLAZA, A., “La nueva...”, cit., p. 94 y ss.; En la doctrina comparada, DE CRISTOFARO, G., “Voce Pratiche...”, cit., p. 1094 y ss.

pero no puede perjudicar, restringir ni limitar la autonomía y racionalidad de sus decisiones de mercado mediante comportamientos contrarios a las reglas objetivas que deben guiar el desarrollo de su actividad.

Este estándar de comportamiento o patrón de conducta impuesto a los empresarios se extiende a todas las fases del *iter* contractual. Desde que el empresario capta la atención del consumidor, hasta que se ejecuta el contrato, pasando, por supuesto, por el momento de la contratación. Es aquí donde radica la conexión entre el Derecho contractual de consumo y el Derecho represor de la competencia desleal, toda vez que desde la disciplina concurrencial se exige un modelo de conducta que debe presidir las distintas fases de la contratación y que sirve para delimitar las cargas, derechos y obligaciones del empresario en sus relaciones con los consumidores. Y es que el comportamiento desarrollado en el mercado por los empresarios influye, y mucho, en la contratación.

Como consecuencia de la estrecha conexión entre una práctica comercial y un contrato, el establecimiento del deber de actuar en el mercado conforme a la buena fe objetiva ha traído de la mano la introducción de un deber general que se aplica al empresario como parte contractual en todas las fases y aspectos de una relación negocial entre un comerciante y un consumidor. Es por ello que este estándar de conducta va a servir para interpretar e integrar el contenido normativo de los distintos mecanismos contractuales de tutela del consumidor.

En efecto, está presente a la hora de concretar el cumplimiento de los deberes precontractuales de información a cargo del empresario en las relaciones de consumo; permite determinar cuándo el contenido del contrato ha de integrarse con el contenido publicitario; se sitúa en la base del reconocimiento de ciertos derechos a favor de los consumidores, como el derecho de desistimiento; y se erige en elemento de valoración a la hora de enjuiciar cuestiones propias del Derecho contractual de consumo como la falta de transparencia y la abusividad de las cláusulas no negociadas individualmente.

Es precisamente en este último ámbito donde las relaciones entre las disciplinas contractual y concurrencial han sido especialmente reclamadas. Así lo demuestra el hecho de que, en el proceso de tramitación de la Directiva, el Parlamento Europeo presentara una enmienda (núm. 108) a la definición de diligencia profesional contenida en la Propuesta de Directiva sobre prácticas comerciales desleales²⁸². En ella se demandaba que la diligencia profesional se

²⁸² Informe sobre la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior por

definiera como “el grado de pericia y cuidado especiales y de buena fe ejercidos por un comerciante de conformidad con los requisitos de la práctica normal del mercado respecto a los consumidores en su ámbito de actividad en el mercado interior, y los requisitos de buena fe con arreglo a las disposiciones establecidas en la Directiva del Consejo 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”. Lo que se justificó sobre la base de que “la cláusula general debería basarse en criterios precisos y objetivos para evitar interpretaciones divergentes en la legislación o la jurisprudencia de los Estados miembros”. Aunque esta enmienda no fue acogida por la Posición común del Consejo, muestra a las claras la relevancia que el comportamiento concurrencial del empresario adquiere en la contratación y la necesidad de establecer puentes normativos de conexión entre una y otra disciplina.

Esta conexión ya ha sido puesta de manifiesto por el TJUE, no sólo cuando ha admitido la relevancia de la deslealtad de la conducta empresarial en el enjuiciamiento de la abusividad de las cláusulas no negociadas individualmente²⁸³, sino también cuando extiende el concepto de consumidor medio construido en el marco de las prácticas comerciales desleales al ámbito de los controles de este tipo de cláusulas negociales. En este sentido, el TJUE utiliza el modelo de consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, como punto de referencia para verificar si una cláusula contractual ha sido redactada de manera transparente²⁸⁴. De esta forma, el TJUE llena el vacío que existía anteriormente en el Derecho contractual europeo y permite que un concepto definido por la DPCD penetre en el Derecho contractual.

3. Actos de engaño y omisiones engañosas

3.1. Consideraciones preliminares

Los actos de engaño constituyen una de las prohibiciones básicas de la disciplina de la competencia desleal. No en vano, es uno de los actos de competencia desleal tradicionalmente tipificados en nuestro ordenamiento²⁸⁵.

El fundamento de esta prohibición estriba en los efectos perniciosos que este tipo de conductas producen en el mercado, afectando tanto a consumidores como a competidores, toda vez que provocan una decisión de la clientela que no

la que se modifican las Directivas 84/450/CEE, 97/7/CE y 98/27/CE (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales) (Cooperación reforzada entre comisiones -artículo 162 bis) [2003/0134(COD)].

²⁸³ *Vid. supra* IV.5.3.

²⁸⁴ STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, *Kásler y Káslerné Rábai* (apdo. 74).

²⁸⁵ MASSAGUER, J., *Comentario...*, cit., p. 214 y ss.; y BARONA VILAR, S., *Competencia desleal...*, cit., p. 382 y ss.

se apoya en las prestaciones realmente ofrecidas, sino en actuaciones que inducen a error.

El acto de engaño se erige en el paradigma de deslealtad frente a los consumidores, pues su construcción parte del papel esencial que el consumidor desempeña en el mercado. El consumidor, con sus preferencias, comportamientos y decisiones determina el éxito de los competidores y contribuye al funcionamiento eficiente del mercado. De ahí la estrecha vinculación que existe entre la prohibición del engaño y la tutela del interés general en el correcto funcionamiento del mercado. Y de ahí también que la represión de estos comportamientos se revele como un instrumento fundamental para salvaguardar la transparencia en el mercado y, por tanto, para garantizar la competencia por eficiencia o por las prestaciones. En efecto, el engaño no conlleva una selección y aceptación de ofertas y oferentes basada en las bondades o mejoras de las prestaciones, sino en conductas y declaraciones que alteran la libertad y racionalidad de los comportamientos económicos de los consumidores²⁸⁶.

Ello supone la instauración en nuestro ordenamiento de un *principio de veracidad*. En un modelo de competencia que pivota sobre la competencia por eficiencia, este principio aparece como uno de los ejes fundamentales del Derecho represor de la competencia desleal. Y ello por cuanto que la competencia basada en las prestaciones presupone la transparencia del mercado, donde los empresarios deben presentar sus ofertas de forma clara, comprensible y veraz. Consecuentemente, las prácticas competitivas que, lejos de generar transparencia en el mercado, provoquen el engaño de los consumidores, han de estar prohibidas. Asimismo, las declaraciones promocionales y publicitarias emitidas por los empresarios deben ser veraces a fin de que a través de ellas los consumidores puedan obtener la información necesaria para adoptar decisiones económicas con pleno conocimiento de causa. Sólo de esta forma el consumidor puede desempeñar el papel de árbitro del proceso competitivo que tiene asignado en un sistema de economía de mercado²⁸⁷.

²⁸⁶ En esta dirección, MASSAGUER, J., *Comentario...*, cit., p. 216 y 217; MARIMÓN DURÁ, R., “Prácticas comerciales...”, cit., p. 1697; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Apuntes de Derecho Mercantil*, 21ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2020, p. 391; y CAMPUZANO, A. B., “Capítulo 6. La competencia desleal”, en CAMPUZANO, A. B., PALOMAR OLMEDA, A. y CALDERÓN, C., *Derecho de la competencia*, 2ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019, p. 436.

²⁸⁷ FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., “La Directiva...”, cit., p. 4/10; y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., “Artículo 5. Actos de engaño”, en AA.VV. (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 119; y MARIMÓN DURÁ, R., “La OPS como acto de competencia desleal. Fundamentación de una acción colectiva”, en AA.VV. (Dir.

De esta forma, la finalidad perseguida por la prohibición de los actos y prácticas engañosas estriba en que los consumidores adopten sus decisiones de mercado con pleno conocimiento de causa²⁸⁸. Se trata así de tutelar la autodeterminación negocial de los consumidores basada en la libertad y en la racionalidad de sus decisiones de mercado. Es precisamente en esta línea donde se incardina la modificación introducida por la DPCD, que pone el foco en el perjuicio que estas prácticas generan en la capacidad del consumidor para elegir con el debido conocimiento de causa y, en consecuencia, de manera eficiente.

La DPCD prohíbe por separado y de manera autónoma las prácticas engañosas por acción (art. 6) y por omisión (art. 7). Dentro de la primera categoría se incluyen las prácticas engañosas en sentido estricto, así como ciertos supuestos de confusión, de publicidad comparativa y de incumplimiento de códigos de conducta, lo que se completa con un catálogo o lista negra de prácticas engañosas que se consideran desleales “en cualquier circunstancia”. La segunda categoría, por su parte, se construye sobre la base de la información sustancial que no se proporciona al consumidor o que se oculta y que puede conducir a la adopción de decisiones sobre transacciones económicas sin pleno conocimiento de causa.

3.2. Las prácticas engañosas por acción

3.2.1. Las prácticas engañosas en sentido estricto

La prohibición de las prácticas engañosas por acción se contiene en el art. 5 LCD. Este precepto establece una pequeña cláusula general referida a los actos de engaño aplicable tanto a las relaciones entre empresarios, como a las relaciones entabladas entre éstos y los consumidores. Conforme a ella, se considera desleal por engañosa la práctica comercial consistente en la difusión de información falsa o de información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación sea susceptible de inducir a error a sus destinatarios sobre ciertos extremos en los que típicamente se basa su conducta de mercado, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico. Esto es, a través de esta prohibición se trata de evitar aquellas conductas que, por la razón que sea, generan en sus destinatarios una impresión falsa que no se compadece con la realidad de las cosas.

MARIMÓN DURÁ, R.), *La oferta pública de suscripción de acciones desde la perspectiva judicial: análisis de la OPS de Bankia de 2011*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, p. 78 y 79.

²⁸⁸ ZURIMENDI ISLA, A., “Artículo 7...”, cit., p. 101; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., “Artículo 5...”, cit., p. 128; y MIRANDA SERRANO, L. M. y PANIAGUA ZURERA, M., “La protección...”, cit., p. 74.

En consecuencia, el elemento que determina el engaño no es la inexactitud o la falsedad de la información, sino el error. Así, la tipificación del acto de engaño como acto de competencia desleal expresa un principio de veracidad o exactitud subjetiva y no un principio de exactitud objetiva. Es decir, no se exige que la información difundida sea correcta. Lo que se exige es que dicha información sea veraz, en el sentido de que pueda ser correctamente entendida por sus destinatarios. Ello supone la correspondencia entre la realidad de las cosas y la impresión inducida en los destinatarios de la información, lo que deberá ser apreciado en atención a las distintas circunstancias que rodean el caso²⁸⁹. De modo que existirá error y, por tanto, engaño si la realidad no coincide con las expectativas que la información ha generado, pues es en estos casos cuando se perjudica la libertad de decisión del consumidor, que se dejará llevar por dicho error en sus decisiones de mercado²⁹⁰.

De acuerdo con el art. 5 LCD, para que una práctica comercial pueda calificarse como engañosa es necesario que concurren dos presupuestos distintos. De un lado, la conducta típica: la difusión de información falsa o de información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios; y, de otro, la idoneidad de la práctica para incidir en su comportamiento económico.

Por consiguiente, desde un punto de vista objetivo, las prácticas engañosas pueden consistir bien en la difusión de información falsa o inexacta, bien en la difusión de información veraz, pero que por su contenido o presentación sea apta para inducir a error a sus destinatarios.

Por un lado, la información falsa es aquella que no se corresponde con la realidad y que, por ende, no es veraz. La calificación de esta información como incorrecta o falsa precisa que las declaraciones o manifestaciones expresadas por el empresario tengan un contenido empírico y objetivamente comprobable. La utilización de esta información por parte del empresario se considera indebida. Y ello, sin necesidad de acreditar que puede inducir a error a sus destinatarios, pues se presume que la decisión que éstos adopten no se basará en las bondades de las prestaciones, sino en una representación de la realidad inducida por la

²⁸⁹ MASSAGUER, J., *Comentario...*, cit., p. 218; y MARTORELL ZULUETA, P., “Actos y omisiones engañosas”, en AA.VV. (Dir. RUIZ PERIS, J. I.), *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal (Estudios sobre 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 mejora de la protección de los consumidores y usuarios)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 84.

²⁹⁰ ZURIMENDI ISLA, A., “Artículo 7...”, cit., p. 109.

información falsa que no se corresponde con la real²⁹¹. Ahora bien, la difusión de información falsa sólo será engañosa si viene referida a alguno de los extremos considerados relevantes por el art. 5 LCD²⁹².

Por otro lado, el carácter engañoso de la conducta también puede predicarse de la difusión de información veraz, siempre que esta pueda inducir a error a sus destinatarios como consecuencia de su contenido o de su presentación. En estos casos, el carácter engañoso de la información no deriva de su falsedad o inexactitud, sino de las distintas circunstancias que rodean el acto y que pueden desencadenar falsas expectativas en sus destinatarios. En la determinación de dichas expectativas habrá de estarse al conjunto de circunstancias internas y externas a la información, incluida su presentación y la oportunidad de su difusión y recepción, así como al tipo de consumidor que en cada caso sea destinatario de la práctica²⁹³. Sin embargo, en ningún caso será necesario que se produzca un error efectivo en los destinatarios del acto, siendo suficiente con la mera potencialidad del acto para inducir a error.

Pero el acto no sólo ha de ser apto para inducir a error, sino que también es necesario que sea susceptible de alterar el comportamiento económico de sus destinatarios. En coherencia con el art. 4 LCD, esto implica que la difusión de información que lleva a error a sus destinatarios ha de ser susceptible de mermar de forma apreciable su capacidad de adoptar una decisión sobre una transacción con pleno conocimiento de causa, haciendo así que tome una decisión sobre su comportamiento económico que de otro modo no hubiera tomado.

Este comportamiento económico se extiende a todo el iter contractual, abarcando tanto el proceso previo de formación de preferencias, como la adopción de decisiones sobre la contratación y las decisiones relativas al ejercicio y cumplimiento de los derechos dimanantes del contrato. De esta forma, el ámbito de la ilicitud se extiende a todas las prácticas que, por su naturaleza, objeto, contenido y circunstancias de realización y difusión, resulten adecuadas para influir negativamente en las elecciones y decisiones de los consumidores.

²⁹¹ MASSAGUER, J., *El nuevo...*, cit., p. 104; TATO PLAZA, A., “Prácticas comerciales engañosas con los consumidores”, en *Actas de Derecho Industrial*, t. 29, 2008-2009, p. 533; TATO PLAZA, A. y FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., “Actos de...”, cit., p. 107; y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., “Artículo 5...”, cit., p. 122.

²⁹² MASSAGUER, J., *El nuevo...*, cit., p. 104; LEMA DEVESA, C., “Los actos de engaño en la Ley de Competencia Desleal”, en AA.VV. (Dir. GÓMEZ SEGADE, J. A. y GARCÍA VIDAL, A.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI, Libro homenaje a Fernández-Nóvoa*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 358; CUENCA GARCÍA, A., “Prácticas comerciales...”, cit., p. 115; y MARTORELL ZULUETA, P., “Actos y...”, cit., p. 85.

²⁹³ MASSAGUER, J., *El nuevo...*, cit., p. 105; y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., “Artículo 5...”, cit., p. 125.

3.2.2. Las prácticas comerciales engañosas por confusión

Dentro de las prácticas engañosas por acción la LCD recoge en su art. 20 las “prácticas engañosas por confusión para los consumidores”. De acuerdo con este precepto “(e)n las relaciones con consumidores y usuarios, se reputan desleales aquéllas prácticas comerciales, incluida la publicidad comparativa, que, en su contexto fáctico y teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, creen confusión, incluido el riesgo de asociación, con cualesquiera bienes o servicios, marcas registradas, nombres comerciales u otras marcas distintivas de un competidor, siempre que sean susceptibles de afectar al comportamiento económico de los consumidores y usuarios”.

A través de este precepto, que trae causa en el art. 6.2.a) DPCD, el legislador (tanto comunitario como nacional) subsume los actos de confusión dentro de las prácticas comerciales engañosas, convirtiendo el riesgo de confusión en un supuesto específico de riesgo de engaño. Y es que dicho riesgo de confusión puede desencadenar el error en los consumidores sobre el origen empresarial de los productos o servicios, en coherencia con los distintos extremos sobre los que puede recaer el engaño *ex arts. 6.1.f) DPCD y 5.1g) LCD* (identidad del comerciante y sus derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual)²⁹⁴.

La ilicitud de la conducta se hace descansar en un doble presupuesto. Por un lado, la existencia de un riesgo de confusión, que incluye el riesgo de asociación; y, por otro, la susceptibilidad de la práctica para afectar el comportamiento económico del consumidor, lo que coincide con el presupuesto establecido para los actos de engaño en sentido estricto.

La LCD no define lo que ha de entenderse por riesgo de confusión. De ahí que algunos autores estimen necesario acudir al concepto de riesgo de confusión manejado por el Derecho marcario²⁹⁵. Sin embargo, a nuestro juicio, el riesgo de confusión desleal no se corresponde con el riesgo de confusión marcario, sino que existen importantes diferencias derivadas fundamentalmente del distinto carácter que revisten (fáctico en la disciplina de la competencia desleal y abstracto en la regulación marcario)²⁹⁶.

²⁹⁴ TATO PLAZA, A. y FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., “Actos de...”, cit., p. 138.

²⁹⁵ TATO PLAZA, A. y FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., “Actos de...”, cit., p. 140; y CUENCA GARCÍA, A., “Prácticas comerciales...”, cit., p. 129.

²⁹⁶ Sobre las diferencias entre riesgo de confusión marcario y desleal *vid. CASADO NAVARRO, A., El nombre comercial*, Madrid, Marcial Pons, 2020, p. 286 y ss.

Sin ánimo exhaustivo, puede decirse que existe un amplio consenso doctrinal y jurisprudencial en conferir a la confusión desleal el contenido más amplio posible²⁹⁷. Así, en el concepto de confusión desleal se incluyen tanto la confusión en sentido estricto –mediata e inmediata–, como la confusión en sentido amplio –o riesgo de asociación–.

De un lado, la confusión en sentido estricto es aquella que se produce cuando existe un error acerca de la identidad de la empresa de la que procede la prestación, es decir, al considerar que ambas prestaciones derivan de la misma empresa. Dentro de la confusión en sentido estricto podemos diferenciar entre confusión inmediata o directa, que es aquella que se genera en el consumidor al considerar que los medios de identificación empresarial son los mismos; y confusión mediata o indirecta, que es la que se produce cuando el consumidor aprecia la diferencia entre los medios de identificación empresarial, pero su parecido le lleva a entender que ambas prestaciones o actividades proceden de la misma empresa.

De otro lado, la confusión en sentido amplio es la que surge cuando el consumidor, aun distinguiendo las prestaciones o actividades y asignándoles un diferente origen empresarial, supone equivocadamente que entre las empresas oferentes de cada una de las prestaciones existen relaciones económicas, comerciales o de organización²⁹⁸.

Frente al Derecho de los signos distintivos, donde la valoración del riesgo de confusión está condicionada por un alto grado de abstracción que no tiende directamente –o al menos, no fundamentalmente– a la represión de las falsas representaciones en el tráfico, en la normativa represora de la competencia desleal, el análisis de la confusión se centra esencialmente en la potencialidad del riesgo. Por ello, la determinación de la existencia del riesgo de confusión desleal parte de principios distintos de los que inspiran el régimen marcario de la confusión y exige la valoración de las distintas circunstancias concurrentes en el supuesto concreto. Y es que, sentado el carácter fáctico de la confusión desleal,

²⁹⁷ En este sentido, entre otros, DE LA CUESTA RUTE, J. M., “Supuestos de competencia desleal por confusión, imitación y aprovechamiento de la reputación ajena”, en AA.VV. (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.), *La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991*, Madrid, BOE-Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1992, p. 338 y 339; MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario...*, cit., p. 172 y 173; MONTEAGUDO, M., “El riesgo de confusión en Derecho de marcas y en Derecho de la Competencia Desleal”, en *Actas de Derecho Industrial*, t. 15, 1993, p. 96; y GARCÍA PÉREZ, R., *Ley de Competencia Desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2008, p. 164 y 165. En la jurisprudencia, *vid.* STS (Sala 1ª) 395/2010, de 25 de junio (Roj: STS 3528/2010).

²⁹⁸ PORTELLANO DÍEZ, P., *La imitación en el Derecho de la competencia desleal*, Madrid, Civitas, 1995, p. 268.

su examen ha de realizarse caso por caso, no existiendo, por tanto, reglas generales abstractas²⁹⁹.

Lo anterior explica que no baste con la mera confrontación de los signos e identificativos empresariales enfrentados y la semejanza de las prestaciones o actividades. Aunque estos factores son especialmente relevantes en la valoración del riesgo de confusión desleal, deben complementarse con el recurso a otros elementos de juicio, como la forma en que el empresario presente sus prestaciones, el grado de implantación de las prestaciones e identificativos empresariales en el mercado, la atención prestada por el consumidor medio o el ámbito territorial en el que se extiende la prestación o la utilización del signo o identificativo empresarial³⁰⁰.

3.2.3. La publicidad comparativa

Siguiendo la línea del art. 6.2.a) DPCD, el art. 20 LCD recoge la publicidad comparativa como una de las modalidades publicitarias susceptibles de generar un engaño por confusión entre los consumidores. En la Directiva 84/450/CE sobre publicidad engañosa³⁰¹ ya se contemplaba la posibilidad de generar un riesgo de confusión en el mercado como uno de los supuestos en que la publicidad comparativa estaba prohibida, aunque dicho supuesto no era el único que daba lugar a una publicidad comparativa inadmisibles. No obstante, el legislador comunitario –y con él, el nacional– parece concebir este supuesto como el que atenta de forma más directa contra los intereses económicos de los consumidores. Y ha optado por reiterar estos requisitos de licitud en el marco de las prácticas comerciales desleales, lo que ha sido objeto de severas críticas doctrinales³⁰².

Con todo, no puede desconocerse que la publicidad comparativa, en tanto que puede llevar a los consumidores a formarse representaciones mentales incorrectas sobre el empresario, sus prestaciones o las condiciones de la oferta o del contrato, constituye un supuesto de engaño derivado de la falsedad de las

²⁹⁹ MASSAGUER, J., *Comentario ...*, cit., p. 174.

³⁰⁰ Un estudio detallado del art. 20 LCD puede encontrarse en MARCO ARCALÁ, L. A., “Artículo 20. Prácticas engañosas por confusión para los consumidores”, en AA.VV. (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 545 y ss.; y RIBÓN SEISDEDOS, E., “Artículo 20 LCD. Prácticas engañosas por confusión para los consumidores”, en AA.VV. (Dir. LEMA DEVESA, C.), *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores: régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29-2009*, L’Hospitalet de Llobregat, Bosch, 2012, p. 273 y ss.

³⁰¹ Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de publicidad engañosa, en *DOCE*, núm. 25, de 19 de septiembre de 1984.

³⁰² Sobre esta cuestión, TATO PLAZA, A. y FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., “Actos de...”, cit., p. 143 y ss.; y MARCO ARCALÁ, L. A., “Artículo 20...”, cit., p. 596 y ss.

afirmaciones realizadas o de su aptitud para inducir a error y, por tanto, de la generación de falsas expectativas.

La falta de previsión en el art. 20 LCD de los distintos requisitos exigidos para determinar la licitud de la publicidad comparativa (homogeneidad de productos o servicios y esencialidad, pertinencia, verificabilidad y relevancia de las características comparadas) puede salvarse mediante el recurso a la cláusula general de los actos de engaño y la amplia relación de extremos acerca de los cuales puede producirse un error relevante³⁰³.

3.2.4. El incumplimiento de los compromisos asumidos en códigos de conducta

El art. 5.2 LCD introduce un supuesto especial de práctica engañosa consistente en el incumplimiento por parte del empresario de los compromisos asumidos en virtud de su adhesión o vinculación a un código de conducta. A este respecto, el precepto bajo consideración señala que “(c)uando el empresario o profesional indique en una práctica comercial que está vinculado a un código de conducta, el incumplimiento de los compromisos asumidos en dicho código, se considera desleal, siempre que el compromiso sea firme y pueda ser verificado, y, en su contexto fáctico, esta conducta sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de sus destinatarios”.

Este ilícito de deslealtad se refiere al incumplimiento de los compromisos asumidos por el empresario en virtud de un código de conducta. No a la falsa afirmación de pertenencia o vinculación a dicho código, pues dicho supuesto es calificado como desleal *per se* por el art. 21.1.a) LCD³⁰⁴. Por tanto, para que pueda declararse la deslealtad de la conducta *ex art.* 5.2 LCD es necesario que se cumplan de forma acumulativa una serie de requisitos.

En primer lugar, el empresario ha de estar adherido a un código de conducta en el que se recojan compromisos firmes y verificables. A estos efectos, por compromiso firme se ha de entender el derivado de una obligación específica de emprender una acción o de adoptar una línea de conducta respecto al consumidor en lo que se refiere a las prácticas comerciales cubiertas por la

³⁰³ MASSAGUER, J., *El nuevo...*, cit., p. 116 y ss.

³⁰⁴ Algún autor ha manifestado la inadecuada configuración de este ilícito de deslealtad, afirmando que “si la intención del art. 5.2 LCD era regular el incumplimiento de un código de conducta como un acto de engaño, su configuración no es la más adecuada y si lo que se quería sancionar era, además de lo anterior, la ventaja competitiva obtenida por la infracción de los mismos, se debió ubicar en otro precepto distinto y, tal vez éste debiera haber sido el art. 15 LCD” [Cfr. VIERA GONZÁLEZ, J. A., “La tipificación de los ilícitos concursionales en la reforma del Derecho español competencia desleal”, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 7, 2010, p. 13/25 (hemos consultado la versión en línea disponible en el portal de revistas Wolters Kluwer)].

DPCD, lo que exige su distinción respecto de las declaraciones programáticas o meras aspiraciones. Además, que el compromiso sea verificable significa que sea comprobable positiva o negativamente en relación con su contenido³⁰⁵.

En segundo lugar, la adhesión a dicho código de conducta debe haber sido difundida por el empresario, lo que ha de entenderse en sentido amplio. En efecto, el art. 5.2 LCD exige que esta difusión se indique en una práctica comercial. De modo que este requisito se entiende cumplido cuando el empresario ha dado cualquier tipo de difusión pública a su compromiso de respetar el código de conducta en cuestión³⁰⁶.

En tercer lugar, se exige que el empresario haya incumplido los compromisos incluidos en el código a los que efectivamente se encuentra sometido. Estos incumplimientos pueden derivar de la contravención de los compromisos de carácter sustantivo, de los relativos al sometimiento a los procedimientos de resolución de controversias previstos en el código de conducta, así como de la inobservancia de las decisiones que adopten los organismos encargados de su aplicación³⁰⁷.

Por último, la práctica comercial que supone el incumplimiento del código de conducta debe ser apta para distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de sus destinatarios. Para la apreciación de este requisito, la conducta debe valorarse en relación con su contexto fáctico, lo que exige atender a las distintas circunstancias que rodean la práctica comercial³⁰⁸.

3.3. *Las prácticas engañosas por omisión*

Siguiendo la estela de la DPCD, la LCD tipifica como desleales las omisiones engañosas como modalidad autónoma respecto de los actos de engaño. Y, al igual que ocurre en relación con estos últimos, la LCD prevé una regulación aplicable tanto a las relaciones entre empresarios como a las relaciones que éstos entablen con los consumidores. Así, el art. 7 LCD establece que “(s)e 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

³⁰⁵ FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y SALGADO ANDRÉ, E., “Actos de engaño y omisiones engañosas en la Ley de Competencia Desleal (análisis de los arts. 5 y 7 LCD)”, en *Actas de Derecho Industrial*, t. 30, 2009-2010, p. 233; y MARTORELL ZULUETA, P., “Actos y...”, cit., p. 87.

³⁰⁶ TATO PLAZA, A. y FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., “Actos de...”, cit., p. 147; y FERNANDO MARGAZO, M. R., “Códigos de conducta”, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 7, 2010, p. 111.

³⁰⁷ MASSAGUER, J., *El nuevo...*, cit., p. 118 y 119; y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., “Artículo 5...”, cit., p. 142.

³⁰⁸ MARTORELL ZULUETA, P., “Actos y...”, cit., p. 88.

información que se ofrece es poco clara, ininteligible, ambigua, no se ofrece en el momento adecuado, o no se da a conocer el propósito comercial de esa práctica, cuando no resulte evidente por el contexto”.

De esta forma, la LCD configura las omisiones engañosas por referencia a la información sustancial que no se proporciona al consumidor en relación con los bienes o servicios que se ofrecen en el mercado, lo que le lleva a adoptar una decisión sobre su comportamiento económico que no habría adoptado de contar con dicha información.

La finalidad esencial de esta prohibición estriba en garantizar la adecuada formación de la voluntad negocial del consumidor mediante la consagración de un deber de información a cargo del empresario que le permita adoptar sus decisiones económicas con pleno conocimiento de causa y comprender mejor los compromisos asumidos en virtud de la contratación. Así, mediante la prohibición de las prácticas engañosas por omisión se instaura una obligación a cargo de los empresarios en virtud de la cual deben procurar a los consumidores la información necesaria para que éstos adopten sus decisiones económicas de forma racional³⁰⁹.

Esta regulación se orienta a facilitar la adopción de decisiones racionales por parte de los consumidores. Sobre todo, en aquellos ámbitos en los que el sistema o modo de contratación puede plantear problemas específicos (contratación a distancia o fuera del establecimiento mercantil), o en los que el objeto de la contratación es especialmente complejo (por ejemplo, servicios financieros o aprovechamiento por turno de bienes muebles)³¹⁰.

El art. 7 LCD define la conducta típica de un modo amplio. Siguiendo el texto de la norma, podemos distinguir dos grupos de conductas. En el primer grupo aparecen la *omisión* u *ocultación* de información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa. Omisión y ocultación se

³⁰⁹ CUENCA GARCÍA, A., “Prácticas comerciales...”, cit., p. 122; LEIÑENA MENDIZÁBAL, E. e IRACULIS ARREGUI, N., “La reforma del Derecho Español en materia de competencia desleal, protección de los consumidores y comercio minorista por la Ley 29/2009”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6, 2010, p. 96; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., “Artículo 5...”, cit., p. 122; y MORALEJO MENÉNDEZ, I., “Artículo 7. Omisiones engañosas”, en AA.VV. (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 164 y 165. En esta dirección, la Comisión Europea señala que el art. 7 DPCD “establece en términos muy generales la obligación positiva para el comerciante de suministrar toda la información que el consumidor medio necesite para tomar una decisión de compra con conocimiento de causa” (*Guía sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior*, en *DOUE*, C-526, 29 de diciembre de 2021, p. 50).

³¹⁰ MARIMÓN DURÁ, R., “Prácticas comerciales...”, cit., p. 1706 y 1707.

configuran así como supuestos distintos. La omisión hace referencia al supuesto en que la información no es proporcionada por el empresario. La ocultación, por su parte, se refiere a aquella información que está disponible para el consumidor, pero que se encubre o disimula por el empresario de cualquier forma, lo que debe ponderarse en atención al contexto en el que se produce.

El segundo grupo recoge un abanico más amplio de conductas. En concreto, el suministro de información de forma poco clara, ininteligible o ambigua; el ofrecimiento intempestivo de la información; o el supuesto en que no se da a conocer el propósito comercial de la práctica.

La información poco clara, ininteligible o ambigua es aquella que se pone a disposición del consumidor, pero éste no llega a comprender su significado por las condiciones en que se plasma o manifiesta, por el lenguaje empleado para su difusión, por las contradicciones que encierra o por los distintos significados que pueden asignársele.

Por su parte, la alusión al suministro de información en el momento adecuado hace referencia a que la información se proporcione en un momento en el que el consumidor pueda servirse de ella para adoptar sus decisiones de mercado.

Finalmente, el art. 7 LCD se refiere a la publicidad encubierta con la exigencia de que el empresario dé a conocer el propósito comercial de la práctica. Ello ha de ponerse en relación con el art. 26 LCD que califica como desleal en cualquier circunstancia “incluir como información en los medios de comunicación, comunicaciones para promocionar un bien o servicio, pagando el empresario o profesional por dicha promoción, sin que quede claramente especificado en el contenido o mediante imágenes y sonidos claramente identificables para el consumidor o usuario que se trata de un contenido publicitario”³¹¹.

Ahora bien, este tipo de conductas no se reputan desleales en todo caso. Antes bien, se precisa que la información omitida, ocultada, proporcionada en términos poco claros, ininteligible, ambigua, no proporcionada en el momento adecuado, o no reveladora de su carácter comercial ha de ser *necesaria* (o sustancial, en terminología de la DPCD) para que el consumidor adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa.

³¹¹ Sobre la conducta típica recogida en el art. 7 LCD *vid.*, entre otros, en FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y SALGADO ANDRÉ, E., “Actos de...”, cit., p. 236 y ss.; MORALEJO MENÉNDEZ, I., “Artículo 7...”, cit., p. 173 y ss.; y MARIMÓN DURÁ, R., “Prácticas comerciales...”, cit., p. 1717 y ss.

De esta forma, información necesaria será aquella relativa a los datos básicos que objetiva y típicamente el consumidor medio toma en cuenta para adoptar sus decisiones económicas. Se trata de un concepto jurídico indeterminado que habrá de valorarse caso por caso, teniendo en cuenta la naturaleza y características de los productos o servicios promocionados, el medio o espacio de realización de la práctica, las circunstancias particulares del grupo de consumidores a los que se dirige la práctica, así como al resto de circunstancias concurrentes en el contexto fáctico en el que se desarrolla la práctica³¹².

No obstante, tanto el legislador comunitario como el nacional aclaran lo que ha de entenderse por información necesaria en determinados supuestos. Por un lado, se estima que es información necesaria la que debe proporcionarse con arreglo a las normas comunitarias de aplicación directa o a las normas nacionales que incorporen normas comunitarias sobre medicamentos, etiquetado, presentación y publicidad de los productos, indicación de precios, aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, crédito al consumo, comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores, comercio electrónico, inversión colectiva en valores mobiliarios, y normas de conducta en materia de servicios de inversión, oferta pública o admisión a cotización de valores y seguros, incluida la mediación³¹³.

Por otro lado, respecto a las prácticas comerciales que incluyan información sobre las características del bien o servicio y su precio, posibilitando que el consumidor tome una decisión sobre la contratación, se establece una serie de extremos sobre los que hay que informar de forma obligatoria (características principales del producto o servicio, identificación del comerciante, precio...) ³¹⁴.

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en relación con los actos de engaño, la conducta omisiva de información necesaria no ha de traer como resultado el engaño o la posibilidad de que se produzca³¹⁵. Si en el antiguo art. 7 LCD el juicio de deslealtad se fundaba en la omisión de información que ocasionaba en sus destinatarios una representación mental distinta de la real, la nueva configuración de este precepto pone el acento en la falta de información relevante para que el consumidor adopte sus decisiones de mercado. Así,

³¹² MASSAGUER, J., *El nuevo...*, cit., p. 126; y MORALEJO MENÉNDEZ, I., “Artículo 7...”, cit., p. 168.

³¹³ Anexo II DPCD y art. 19.4 TRLGDCU.

³¹⁴ Art. 7.4 DPCD y art. 20 TRLGDCU.

³¹⁵ En contra, TATO PLAZA, A. y FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., “Actos de...”, cit., p. 122; MARIMÓN DURÁ, R., “Prácticas comerciales...”, cit., p. 1720 y 1721; y CAMPUZANO, A. B., “Capítulo 6...”, cit., p. 438.

mientras que los actos de engaño parecen quedar reservados para las prácticas susceptibles de inducir a error a sus destinatarios como consecuencia del contraste entre lo que se declara y lo que se silencia; las omisiones engañosas se construyen sobre el silenciamiento de la información sustancial, así como sobre el ofrecimiento de forma que los consumidores no puedan percibirla y la ocultación de su carácter comercial³¹⁶.

En consecuencia, la deslealtad de la omisión pasa a valorarse conforme a un criterio objetivo, consistente en la concurrencia de la información necesaria para que el consumidor adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa. Y es que con este precepto el legislador, tanto comunitario como nacional, impone un *deber general de información suficiente y tempestiva* a cargo de los empresarios. Sólo así puede explicarse el solapamiento entre las prácticas engañosas derivadas de una información veraz que por su contenido o presentación pueda inducir a error a los destinatarios y las conductas omisivas consistentes en la facilitación de información poco clara, ininteligible o ambigua.

Finalmente, se exige que la omisión de información necesaria sea susceptible de alterar el comportamiento económico del consumidor, impulsándole a tomar decisiones sobre una transacción que, de haber mediado dicha información, no habría tomado. Esta exigencia, empero, no está expresamente prevista en el art. 7 LCD, a diferencia de lo establecido por el legislador comunitario en el art. 7.1 DPCD. Pero ello no impide colmar esta laguna mediante el recurso a la cláusula general en su vertiente consumerista y a la interpretación del Derecho nacional conforme al ordenamiento comunitario³¹⁷.

La valoración de la deslealtad de la conducta debe llevarse a cabo en un plano global, si bien referido al caso concreto, tomando en consideración el contexto y las circunstancias que lo rodean. A tal efecto, el art. 7.2 LCD señala que “se atenderá al contexto fáctico en que se producen, teniendo en cuenta todas

³¹⁶ En esta dirección, MASSAGUER, J., *El nuevo...*, cit., p. 123 y ss.; CUENCA GARCÍA, A., “Prácticas comerciales...”, cit., p. 126 y 127; MORALEJO MENÉNDEZ, I., “Artículo 7...”, cit., p. 163 y ss.; y CARRASCO PERERA, A., “Un mapa de situación: Directivas de cláusulas abusivas, de prácticas desleales y de «derechos» de los consumidores”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 1, 2012, p. 83 y ss. Así se desprende del Documento de trabajo de los servicios de la Comisión, *Guía para la implementación/aplicación de la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales*, COM(2016) 320 final. En ella, las prácticas engañosas aparecen caracterizadas por su susceptibilidad de inducir a error a los consumidores (p. 62), mientras que la configuración de las omisiones engañosas responde a una “obligación positiva para el comerciante de suministrar toda la información que el consumidor medio necesite para tomar una decisión de compra con conocimiento de causa”, sin aludir en ningún momento a la inducción a error (p. 74).

³¹⁷ FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y SALGADO ANDRÉ, E., “Actos de...”, cit., p. 241.

sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación utilizado”.

Así, en primer lugar, ha de atenderse a la importancia de la información omitida, lo que entronca con el requisito de la necesidad de la información. En segundo lugar, es necesario examinar el grado de conocimiento de la información omitida. De modo que el empresario sólo está obligado a revelar los datos relevantes para la adopción de decisiones de mercado que sean desconocidos por la mayoría de los consumidores y no aquellos que son comúnmente conocidos. Finalmente, la ilicitud de la conducta debe valorarse atendiendo el medio empleado para la difusión de la información.

En este contexto, el propio art. 7.2 LCD advierte que “cuando el medio de comunicación utilizado imponga limitaciones de espacio o de tiempo, para valorar la existencia de una omisión de información se tendrán en cuenta estas limitaciones y todas las medidas adoptadas por el empresario o profesional para transmitir la información necesaria por otros medios”. Pero ello no implica que la omisión de información necesaria en una declaración pública pueda compensarse siempre y en todo caso con la posibilidad del consumidor de adquirir la información por otro cauce. De ahí que se estime que el mensaje principal debe cumplir los siguientes presupuestos: que contenga una referencia expresa a los restantes medios a los que el consumidor puede acudir para suplir la falta de información, que estos medios sean de fácil acceso y que tengan por finalidad completar la información, sin limitarla o contradecirla³¹⁸.

3.4. Las prácticas engañosas desleales per se

La LCD completa la tipificación de las distintas modalidades de prácticas comerciales engañosas por acción y omisión con la inclusión en su Capítulo III de un catálogo o lista negra de prácticas comerciales que se consideran engañosas en cualquier circunstancia (arts. 21 a 27). En este Capítulo, el legislador incorpora la lista negra de prácticas comerciales desleales con los consumidores previsto en el Anexo I DPCD, donde se contemplan un total de 31 prácticas (23 engañosas y 8 agresivas).

Con este catálogo el legislador comunitario persigue una aplicación uniforme, al menos en lo que se refiere a las prácticas comerciales en él incluidas, en todos los Estados miembros. De ahí su carácter exhaustivo y la

³¹⁸ FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y SALGADO ANDRÉ, E., “Actos de...”, cit., p. 241 y ss.; y TATO PLAZA, A. y FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., “Actos de...”, cit., p. 123 y ss.

imposibilidad de incluir nuevas prácticas sin la previa reforma del propio texto comunitario.

Las prácticas comerciales engañosas incluidas en este catálogo se caracterizan por dos notas fundamentales. En primer lugar, por tratarse de prácticas en las que el destinatario de la información ofrecida por el empresario es siempre un consumidor. Y, en segundo lugar, por configurarse como prácticas comerciales desleales *per se*. Es decir, se trata de prácticas que han de calificarse “en todo caso y en cualquier circunstancia (como) prácticas comerciales desleales con los consumidores” (art. 19.2 LCD). Ello implica que, en el enjuiciamiento de la deslealtad de la práctica, no es necesario que se acrediten las condiciones que determinan el carácter engañoso del acto³¹⁹. Por tanto, la valoración de la ilicitud de la conducta se basa en criterios estrictamente objetivos. De modo que no es necesario probar que el consumidor ha incurrido en un error como consecuencia de la práctica y que ello ha alterado su comportamiento económico³²⁰.

Ahora bien, la formulación de muchos de los tipos de ilicitud impide la efectividad de ese juicio de deslealtad automático, lo que dificulta la consecución del objetivo perseguido por la DPCD de lograr una aplicación uniforme en todos los Estados miembros. En efecto, la utilización de expresiones como “sin revelar la existencia de motivos razonables”, “con la intención de promocionar”, “crear la impresión falsa”, “para inducir de manera deliberada”, etc. nos conducen al ámbito de los juicios de valor, demandando un análisis detenido de las circunstancias en que se ha desarrollado la práctica³²¹.

En cualquier caso, cuando nos encontremos ante algunas de estas prácticas calificadas como desleales *per se*, en primer lugar, ha de comprobarse si se corresponde con alguna de las prácticas enumeradas en los arts. 21 a 27 LCD. Si es así, el reproche de deslealtad será automático, sin necesidad de ulteriores análisis que vayan más allá del que derive, en su caso, de los juicios de valor establecidos en el tipo correspondiente. En cambio, si la práctica no puede subsumirse en alguno de estos tipos específicos, deberá analizarse si reúne los requisitos necesarios para ser calificada como acto de engaño u omisión engañosa *ex arts. 5 y 7 LCD*, respectivamente. Y es que, con el establecimiento de este catálogo de prácticas comerciales expresamente tipificadas como engañosas, el legislador ha pretendido reflejar algunos de los ejemplos más

³¹⁹ GARCÍA-CRUCES, J. A., “La prohibición de los actos de engaño y omisiones engañosas”, en AA.VV. (Dir. GARCÍA-CRUCES, J. A.), *Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 1221.

³²⁰ CUENCA GARCÍA, A., “Prácticas comerciales...”, cit., p. 128.

³²¹ MASSAGUER, J., *El nuevo...*, cit., p. 119; LEMA DEVESA, C., “Los actos...”, cit., p. 363; y TATO PLAZA, A. y FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., “Actos de...”, cit., p. 150.

extendidos de esta categoría y dotar de cierta seguridad jurídica su enjuiciamiento. Pero no ha pretendido prejuzgar la licitud de aquellas prácticas que no reúnan los requisitos necesarios para subsumirse en algunos de los tipos específicamente calificados como desleales *per se*. Asimismo, el análisis de estas prácticas específicas ofrece valiosas pautas interpretativas a la hora de determinar el alcance de los presupuestos necesarios para calificar como engañosa una práctica que no cuente con una tipificación expresa³²².

En la confección de este catálogo o lista negra de prácticas comerciales desleales con los consumidores, el legislador comunitario no ha seguido ningún criterio de orden sistemático. El legislador español introduce esta enumeración de prácticas comerciales desleales con los consumidores en sus arts. 21 a 31, dedicando los arts. 21 a 27 a las prácticas desleales engañosas.

Destaca, en primer lugar, la calificación como engañosas de prácticas comerciales que podrían ser calificadas como agresivas, como es el caso de la prohibición de realizar “afirmaciones inexactas o falsas en cuanto a la naturaleza y la extensión del peligro que supondría para la seguridad personal del consumidor y usuario o de su familia, el hecho de que el consumidor o usuario no contrate el bien o servicio” (art. 27.2 LCD); o que fueron catalogadas como agresivas por el legislador comunitario, como la prohibición de “(c)rear 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 existe 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”.

En segundo lugar, también llama la atención que junto a prácticas que constituyen supuestos tradicionales de engaño, como las falsas afirmaciones de una limitación de existencias o de tiempo de duración de la oferta, o las declaraciones no veraces sobre las propiedades curativas de un bien o servicio; se incluyan otras de importancia residual, como la falta de advertencia sobre el idioma en que se prestará el servicio posventa cuando es distinto de aquel que se utilizó en la operación comercial³²³.

El art. 21 LCD tipifica las “prácticas engañosas sobre códigos de conducta u otros distintivos de calidad”. En concreto, se reputa desleal por engañoso las

³²² TATO PLAZA, A. y FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., “Actos de...”, cit., p. 149 y 150.

³²³ MASSAGUER, J., *El nuevo...*, cit., p. 121 y 122; LEMA DEVESA, C., “Los actos...”, cit., p. 363; y TATO PLAZA, A. y FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., “Actos de...”, cit., p. 150 y 151.

prácticas consistentes en afirmar sin ser cierto que el empresario está adherido a un código de conducta; que un código de conducta ha recibido el refrendo de un organismo público o cualquier otro tipo de acreditación; que el empresario, sus prácticas comerciales, o un bien o servicio ha sido aprobado, aceptado o autorizado por un organismo público o privado, o hacer esa afirmación sin cumplir las condiciones de la aprobación, aceptación o autorización; así como la exhibición de un sello de confianza o de calidad o de un distintivo equivalente, sin haber obtenido la necesaria autorización.

Se trata, en suma, de una serie de prácticas consistentes en la difusión de información falsa o incorrecta susceptible de inducir a error a los consumidores por proyectar una falsa confianza sobre el modelo de actuación del empresario o el nivel calidad de sus prestaciones. No obstante, la deslealtad de la conducta deriva únicamente de la mera alegación falsa o incorrecta sobre la adhesión al código de conducta, el refrendo o acreditación del código, la aprobación o autorización del organismo público o privado, o la exhibición del sello de confianza o distintivo de calidad, sin necesidad de acreditar el engaño o la alteración del comportamiento económico³²⁴.

El art. 22 LCD se ocupa de la regulación de las “prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas”. Su ilicitud estriba en la potencialidad de la práctica para alterar el comportamiento económico del consumidor, creando en él la falsa impresión de que la oferta de un bien o servicio reúne unas condiciones especialmente favorables, sobre todo a la vista de que dicha oferta no será duradera, no llevará aparejada la prestación de un servicio gratuito, o no conllevará la entrega de un regalo o premio³²⁵. El precepto bajo consideración se configura a modo de lista de conductas o prácticas que tienen como denominador común una oferta o promoción en la que existe un engaño directo o indirecto.

En particular, en sus apartados 1, 2 y 3 se contemplan las prácticas señuelo a través de las cuales el empresario utiliza la promesa de venta de un bien o servicio a un precio determinado o en unas condiciones específicas como gancho para atraer a la clientela. Entre ellas se contemplan: la realización de ofertas de bienes o servicios a un precio determinado sin revelar la existencia de motivos

³²⁴ Más ampliamente, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Artículo 21. Prácticas engañosas sobre códigos de conducta u otros distintivos de calidad”, en AA.VV. (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 603 y ss.; y RIBÓN SEISDEDOS, E., “Artículo 22 LCD. Prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas”, en AA.VV. (Dir. LEMA DEVESA, C.), *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores: régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29-2009*, L’Hospitalet de Llobregat, Bosch, 2012, p. 323 y ss.

³²⁵ MIRANDA SERRANO, L. M. y PANIAGUA ZURERA, M., “La protección...”, cit., p. 76.

razonables que hagan pensar al empresario que dichos bienes o servicios u otros equivalentes no estarán disponibles al precio ofertado durante un período suficiente y en cantidades razonables; la realización de una oferta de bienes o servicios a un precio determinado para luego, con la intención de promocionar un bien o servicio diferente, negarse a mostrar el bien o servicio ofertado, no aceptar pedidos o solicitudes de suministro, negarse a suministrarlo en un período de tiempo razonable, enseñar una muestra defectuosa del bien o servicio promocionado, o desprestigiarlo; y las prácticas comerciales relativas a las ventas en liquidación cuando no sea cierto que el empresario o profesional se encuentre en alguno de los supuestos previstos en la LOCM o que, en cualquier otro supuesto, afirmen que el empresario está a punto de cesar en sus actividades o de trasladarse sin que vaya a hacerlo.

Por su parte, los apartados 4, 5 y 6 se refieren a las prácticas promocionales engañosas, encaminadas a atraer la atención del público y, en su caso, lograr la contratación mediante ofertas engañosas consistentes en el ofrecimiento de premios, regalos y otras ventajas que no son tales. En concreto, se reputa desleal por engañoso: el ofrecimiento de un premio, de forma automática, o en un concurso o sorteo, sin conceder los premios descritos u otros de calidad y valor equivalente; describir un bien o servicio 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 por su entrega; y 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 no existe tal premio o ventaja equivalente, o la realización del acto relacionado con la obtención del premio o ventaja equivalente está sujeto a la obligación de efectuar un pago o incurrir en un gasto³²⁶.

Bajo el título “prácticas engañosas sobre la naturaleza y propiedades de los bienes y servicios, su disponibilidad y los servicios posventa”, el art. 23 contempla una serie de supuestos calificados como desleales por su aptitud para alterar el comportamiento económico del consumidor mediante indicaciones

³²⁶ *In extenso*, SÁNCHEZ BARRIOS, J. L., “Artículo 22. Prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas”, en AA.VV. (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 611 y ss.; RIBÓN SEISDEDOS, E., “Artículo 22 LCD. Prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas”, en AA.VV. (Dir. LEMA DEVESA, C.), *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores: régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29-2009*, L’Hospitalet de Llobregat, Bosch, 2012, p. 323 y ss.; y MARIMÓN DURÁ, R., “Prácticas comerciales...”, cit., p. 1750 y ss.

incorrectas o falsas sobre las características de los bienes o servicios, sus propiedades, su disponibilidad o sobre los servicios posventa.

En este sentido, se reputa desleal por engañoso: afirmar o crear por otro medio la falsa impresión de que un bien o servicio puede ser comercializado legalmente; alegar que los bienes o servicios pueden facilitar la obtención de premios en juegos de azar; afirmar falsamente que un bien o servicio puede curar enfermedades, disfunciones o malformaciones; proclamar, no siendo cierto, que el bien o servicio sólo estará disponible durante un período de tiempo muy limitado o que sólo estará disponible en determinadas condiciones durante un período de tiempo muy limitado a fin de inducir al consumidor o usuario a tomar una decisión inmediata; comprometerse a proporcionar un servicio posventa sin advertir claramente a los consumidores antes de contratar que el idioma en el que este servicio estará disponible no es el utilizado en la operación comercial; así como crear la impresión falsa de que el servicio posventa del bien o servicio promocionado está disponible en un Estado miembro distinto de aquel en el que se ha contratado su suministro³²⁷.

El art. 24 LCD tipifica como desleales las prácticas de venta piramidal. Estas prácticas constituyen, en esencia, una deformación de las técnicas de distribución multinivel, que se produce cuando el lucro que pretenden obtener quienes la utilizan no proviene de la transmisión de bienes o servicios, sino de la inclusión de nuevos miembros en la red de distribución, que han de satisfacer una determinada cuota de inscripción o bien realizar unos costosos cursos de formación³²⁸. Se trata, por tanto, de una práctica que genera en los consumidores un engaño que altera su comportamiento económico, toda vez son atraídos bajo la promesa de obtener beneficios como consecuencia de la venta o suministro de unos productos, cuando en realidad tales beneficios derivan de los pagos realizados por los nuevos consumidores que entran en el negocio³²⁹.

³²⁷ Sobre este precepto, TATO PLAZA, A. y FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., “Actos de...”, cit., p. 163 y ss.; BUITRAGO RUBIRA, J. R., “Artículo 23. Prácticas engañosas sobre la naturaleza y propiedades de los bienes o servicios, su disponibilidad y los servicios posventa”, en AA.VV. (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 685 y ss.; y RIBÓN SEISDEDOS, E., “Artículo 23 LCD. Prácticas engañosas sobre la naturaleza y propiedades de los bienes o servicios, su disponibilidad y los servicios posventa”, en AA.VV. (Dir. LEMA DEVESA, C.), *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores: régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29-2009*, L’Hospitalet de Llobregat, Bosch, 2012, p. 338 y ss.

³²⁸ MARIMÓN DURÁ, R., “Prácticas comerciales...”, cit., p. 1767.

³²⁹ Un estudio más detallado de este precepto puede encontrarse en VAREA SANZ, M., “Artículo 24. Prácticas de venta piramidal”, en AA.VV. (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 705 y ss.

En el art. 25 LCD se regulan las “prácticas engañosas por confusión”. Conforme a este precepto “(s)e reputa desleal por engañoso promocionar un bien o servicio similar al comercializado por un determinado empresario o profesional para inducir de manera deliberada al consumidor o usuario a creer que el bien o servicio procede de este empresario o profesional, no siendo cierto”. En estos casos, el reproche de deslealtad viene determinado por la forma en que se lleva a cabo la promoción de un bien o servicio similar al de un competidor y no por la promoción misma. Nos encontramos, por tanto, ante un supuesto cuya deslealtad deriva de la conducta del empresario que provoca un riesgo de confusión en los consumidores en la medida en que trata de hacer pasar una prestación como si fuera de otro empresario. Pero para declarar la ilicitud de la conducta no basta con la mera posibilidad de que ésta cause un resultado confusorio, sino que además es necesario que dicho resultado sea buscado de forma deliberada por el imitador, tratando de confundir al consumidor sobre el origen de las prestaciones³³⁰.

El art. 26 LCD se refiere a las “prácticas comerciales encubiertas”. Con su tipificación legal se persigue prohibir aquellas conductas empresariales encaminadas a ocultar a los consumidores el carácter comercial o publicitario de las comunicaciones sobre un bien o servicio realizadas en un medio de comunicación, pagando el empresario por dicha promoción. En estos casos, para declarar la deslealtad de la conducta es necesario que la práctica se desarrolle en un medio de comunicación, que se camufle como información lo que en realidad es una comunicación promocional o publicitaria, que el empresario pague por dicha promoción y que no exista una indicación del carácter comercial o publicitario claramente identificable por el consumidor³³¹.

Finalmente, el art. 27 LCD, bajo el título “otras prácticas engañosas”, agrupa las prácticas comerciales engañosas con los consumidores previstas en el Anexo I DPCD que no encuentran acomodo en ninguno de los preceptos anteriores. Se trata de una especie de cajón de sastre donde se recogen una serie de prácticas que no guardan una relación directa entre sí más allá de constituir supuestos específicos de engaño para los consumidores.

³³⁰ Más ampliamente, CURTO POLO, M. M., “Artículo 25...”, cit., p. 721 y ss.

³³¹ MARIMÓN DURÁ, R., “Prácticas comerciales...”, cit., p. 1775. Sobre este precepto, ÁVILA DE LA TORRE, A., “Artículo 26. Prácticas comerciales encubiertas”, en AA.VV. (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 733 y ss.; y PATIÑO ALVES, B. y DíEZ BAJO, A., “Artículo 26 LCD. Prácticas comerciales encubiertas”, en AA.VV. (Dir. LEMA DEVESA, C.), *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores: régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29-2009*, L’Hospitalet de Llobregat, Bosch, 2012, p. 367 y ss.

En concreto, este precepto reputa desleal por engañoso: presentar los derechos que otorga la legislación a los consumidores como si fueran una característica distintiva de la oferta del empresario; realizar afirmaciones inexactas o falsas en cuanto a la naturaleza y la extensión del peligro que supondría para la seguridad personal del consumidor o de su familia, el hecho de no contratar el bien o servicio; transmitir información inexacta o falsa sobre las condiciones de mercado o sobre la posibilidad de encontrar el bien o servicio, con la intención de inducir al consumidor a contratarlo en condiciones menos favorables que las condiciones normales de mercado; incluir en la documentación de comercialización una factura o un documento similar de pago que dé al consumidor la impresión de que ya ha contratado el bien o servicio comercializado, sin que éste lo haya solicitado; afirmar de forma fraudulenta o crear la impresión falsa de que un empresario no actúa en el marco de su actividad empresarial, o presentarse de forma fraudulenta como un consumidor³³².

3.5. Conexiones entre las prácticas engañosas y el Derecho de contratos

Si, como apuntábamos anteriormente, la cláusula general prohibitiva de la deslealtad con los consumidores establece un estándar de conducta que debe presidir la actuación empresarial a lo largo de las distintas fases de la contratación, con la prohibición de los actos y omisiones engañosas el legislador concreta este parámetro de conducta en lo relativo a la información que ha de proporcionarse a los consumidores con el fin de que éstos puedan adoptar sus decisiones de mercado con el debido conocimiento de causa. Este estándar informativo impuesto a los empresarios se traduce en la instauración en nuestro ordenamiento de un *principio de veracidad* y de un *deber general de proporcionar a los consumidores información suficiente y tempestiva*.

En efecto, a través de la prohibición de los actos de engaño se establece un principio de veracidad o exactitud subjetiva que exige que la información difundida en el mercado por el empresario sea veraz y, por tanto, pueda ser correctamente entendida por sus destinatarios para que no se formen expectativas incorrectas sobre el empresario, sobre el bien o servicio contratado, sobre las

³³² Un estudio detallado de estas prácticas comerciales engañosas puede encontrarse en TATO PLAZA, A. y FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., “Actos de...”, cit., p. 171 y ss.; MARTÍN ARESTI, P., “Artículo 27. Otras prácticas engañosas”, en AA.VV. (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 741 y ss.; y LUNAS DÍAZ, M. J., “Artículo 27 LCD. Otras prácticas engañosas”, en AA.VV. (Dir. LEMA DEVESA, C.), *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores: régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29-2009*, L’Hospitalet de Llobregat, Bosch, 2012, p. 402 y ss.

condiciones de la contratación o sobre el ejercicio de sus derechos contractuales. Igualmente, tanto la DPCD como la LCD configuran las omisiones engañosas por referencia a la información sustancial que no se proporciona a los consumidores sobre las prestaciones ofertadas y los distintos extremos de la contratación. Y, en esta dirección, se prohíbe la omisión, la ocultación y la difusión de forma poco clara, ambigua o intempestiva de información necesaria para que el consumidor pueda adoptar sus decisiones de mercado de forma racional y consciente.

Este principio de veracidad en la difusión de información por parte del empresario y este deber general de proporcionar información suficiente y tempestiva impregnan todo el proceso de contratación con consumidores. El empresario debe proporcionar información veraz y suficiente en las distintas fases del *iter* negocial. De modo que los consumidores puedan formarse una imagen más o menos fiel, pero siempre basada en información correcta, veraz y suficiente, sobre el empresario del que provienen las prestaciones, sobre las propias prestaciones que van a contratar, sobre los distintos extremos de la contratación y sobre los derechos y obligaciones que derivan de ésta.

Es aquí precisamente donde estriba la conexión entre el Derecho de contratos y el Derecho represor de la competencia desleal. Si, conforme al modelo clásico de contratación cada contratante debía procurarse la información necesaria para formar su voluntad negocial, en la contratación con consumidores y usuarios se hace recaer sobre el empresario la carga de cumplir unos deberes de información. Estos deberes aparecen formulados, de forma más o menos amplia y con unas consecuencias más o menos rigurosas, en la normativa contractual de consumo.

Sin embargo, esto no puede desviar la atención sobre el hecho de que su consagración como modelo de conducta a seguir por los empresarios encuentra su sede en la disciplina de la competencia desleal. Es por ello que estas normas reguladoras de los deberes de información a cargo del empresario, tanto contractuales como concurrenciales, han de ser objeto de una interpretación sistemática que permita su integración y complemento.

De esta forma, las normas concurrenciales prohibitivas de los actos de engaño y de las omisiones informativas deben servir para interpretar e integrar el contenido normativo de los distintos mecanismos de tutela del consumidor referidos a la información necesaria para la adopción de sus decisiones sobre transacciones económicas. En particular, este modelo de conducta empresarial en relación con los consumidores puede servir para concretar el cumplimiento de los

deberes de información precontractual a cargo del empresario; para determinar el alcance de la aplicación del principio de integración publicitaria del contrato; para delimitar los supuestos de integración del contrato *ex art. 65 TRLGDCU*, así como la extensión de la integración; para valorar los requisitos de incorporación de las cláusulas contractuales predispuestas y enjuiciar su carácter no transparente o abusivo; o para comprobar la falta de conformidad del bien con el contrato en determinados casos.

En sentido inverso, las normas contractuales de consumo pueden actuar como un importante complemento interpretativo para la interpretación de las disposiciones de la LCD. Así, por ejemplo, los deberes de información precontractual aparecen como un instrumento especialmente útil para determinar cuándo la información difundida puede inducir a error a los consumidores o qué información se estima necesaria a los efectos de apreciar la deslealtad de la omisión.

La prohibición de los actos de engaño y de la omisión de información relevante tienen por finalidad que los consumidores tomen sus decisiones de mercado con el debido conocimiento de causa. Es decir, a través de estas disposiciones la disciplina de la competencia desleal trata de tutelar la autonomía decisional del consumidor y con ella una autodeterminación negocial libre y consciente. El consumidor desempeña en el mercado un rol de primer orden, seleccionando los oferentes y las prestaciones que mejor satisfacen sus intereses y que, por tanto, deben prevalecer en la lucha competitiva. Con estas normas se permite que el consumidor pueda desarrollar ese papel de forma adecuada, impidiendo que adopte decisiones de mercado que de otra forma (esto es, si la información recibida hubiera sido veraz, suficiente y tempestiva) no hubiera adoptado.

Puede apreciarse así la estrecha conexión que existe entre la prohibición de los actos y omisiones engañosas y el régimen de los vicios del consentimiento. En particular, en lo que se refiere al error y al dolo. Y es que entre la regulación de los actos y omisiones engañosas y el régimen del error vicio y del dolo se aprecia un cierto solapamiento derivado del hecho de que unas y otras normas tratan de tutelar la autonomía negocial de los contratantes. En concreto, la libertad de saber, que queda conculcada cuando el consumidor no conoce verdaderamente, al emitir su consentimiento negocial, qué está contratando o cuáles son algunas de sus características principales.

El *error vicio* consiste en una falsa representación mental de la realidad que vicia el proceso formativo del querer interno y que opera como presupuesto

para la realización del negocio. Esto es, quien contrata lo hace manteniendo una representación equivocada de la realidad que da lugar a la conclusión de un contrato que de otra forma no se hubiese celebrado o se hubiese realizado en otras condiciones³³³.

El error, sin embargo, debe ser apreciado con cautela. Y ello por cuanto que a través de este régimen trata de protegerse no sólo la correcta formación del consentimiento contractual de uno de los contratantes, sino también el interés de la contraparte que confió en la corrección de la declaración a la conservación del negocio y el interés en la seguridad del tráfico, asentado en el respeto a lo pactado³³⁴.

Es por ello que, de acuerdo con la jurisprudencia, para invalidar el consentimiento contractual, deben cumplirse una serie de requisitos³³⁵. En primer lugar, el error ha de recaer sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele su esencialidad. El error es esencial cuando recae sobre aquellas circunstancias que hubiesen sido determinantes para la celebración del contrato según resulte de la conducta contractual³³⁶. En segundo lugar, no debe ser imputable a quien lo padece. En tercer lugar, ha de existir un nexo causal entre el error sufrido y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado³³⁷. Y, finalmente, el error debe ser excusable, en el sentido de que no hubiera podido evitarse por el que lo padeció empleando una diligencia media o normal³³⁸.

³³³ Entre otros, DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, t. I, 10ª ed., Madrid, Tecnos, 2012, p. 53; OLIVA BLÁZQUEZ, F., “Comentario a la Sentencia de 12 de noviembre de 2010”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 86, 2011, p. 1302; FENOY PICÓN, N., “La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de diversos textos jurídicos”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. LXX, 2017, p. 641.

³³⁴ DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “El dolo in contrahendo”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 16, 2006, p. 9/46 (hemos consultado la versión en línea disponible en la base de datos Aranzadi Instituciones); VÁZQUEZ GARCÍA, D., “Contratación de productos bancarios complejos: examen de la reciente jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo”, en *Diario La Ley*, núm. 8536, 2015, p. 18/45 (hemos consultado la versión en línea disponible en el portal de revistas Wolters Kluwer); y BERROCAL LANZAROT, A. I., “Los deberes de información en la comercialización de productos de inversión. Las consecuencias de su incumplimiento”, en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núm. 12, 2018, p. 200.

³³⁵ SSTs (Sala 1ª) 791/2000, de 26 de julio (Roj: STS 6314/2000); y 23/2016, de 3 de febrero (Roj: STS 91/2016).

³³⁶ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., p. 182 y ss.; y FENOY PICÓN, N., “La revisión...”, cit., p. 644 y ss.

³³⁷ PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos...*, cit., p. 90 y 91; y PACHECO GALLARDO, M., “El contrato y sus elementos esenciales”, en *Diario La Ley*, núm. 8740, 2016, p. 11/35 (hemos consultado la versión en línea disponible en el portal de revistas Wolters Kluwer).

³³⁸ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., p. 184 y 185; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “El error excusable por pérdidas en la adquisición de valores: análisis en relación a las obligaciones necesariamente

Como puede comprobarse, la declaración de anulabilidad del contrato por error vicio dista bastante del juicio de deslealtad que conduce a la apreciación de actos u omisiones engañosas. Por un lado, los intereses protegidos por uno y otro régimen son diversos. A través de la regulación de los vicios del consentimiento trata de tutelarse el interés en la correcta formación del consentimiento de quien contrata, el interés de la contraparte en el mantenimiento del contrato y el interés en la seguridad del tráfico. En cambio, la disciplina de los actos y omisiones engañosos persigue la protección de la autonomía decisional de los consumidores y del interés general en el correcto funcionamiento del mercado.

Por otro lado, el régimen de los vicios del consentimiento circunscribe su ámbito de aplicación al proceso de formación del consentimiento negocial. Sin embargo, la disciplina de la competencia desleal cubre un espectro más amplio que va desde la selección de oferentes hasta la ejecución del contrato, pasando, obviamente, por la formación del consentimiento contractual y el momento de celebración del contrato.

Además, en el enjuiciamiento del error vicio ha de llevarse a cabo un análisis de las circunstancias concretas de cada contrato y de las personas que en él participaron. El juicio de deslealtad, empero, se funda sobre un análisis que admite un mayor grado de abstracción, tomando en consideración las circunstancias típicamente concurrentes en el mercado de referencia, el tipo medio de consumidor y las circunstancias habituales.

Por último, la anulabilidad del contrato por error vicio exige la constatación de unos requisitos de esencialidad y excusabilidad mucho más restrictivos que los presupuestos que exige la LCD para declarar la ilicitud de la conducta por engaño u omisión de información necesaria. Se ha de notar, en este sentido, que la prohibición de los actos de engaño y omisiones de información se extiende a una pluralidad de conductas que afectan a extremos que difícilmente van a determinar la esencialidad del error. Piénsese, por ejemplo, en los supuestos de engaño sobre códigos de conducta (arts. 5.2 y 21 LCD), o en los casos consistentes en proporcionar un servicio posventa a los consumidores sin advertirles claramente de que el idioma en el que está disponible no es el utilizado en la operación comercial (art. 23.5 LCD).

Ahora bien, lo anterior no implica negar el solapamiento o intersección que existe entre estos regímenes en los supuestos de prácticas engañosas por acción u omisión especialmente graves. En efecto, una práctica engañosa relativa

convertibles en acciones”, en *Diario La Ley*, núm. 8562, 2015, p. 3/8 (hemos consultado la versión en línea disponible en el portal de revistas Wolters Kluwer).

a alguno de los elementos esenciales del contrato o a determinadas circunstancias contractuales particularmente tenidas en cuenta por el consumidor al contratar puede conducir a la apreciación de un error en el consentimiento. Pero, es más, el régimen de las prácticas engañosas y de las omisiones de información necesaria puede convertirse en un instrumento especialmente útil para integrar e interpretar los presupuestos del error vicio.

En este sentido, tanto el catálogo de aspectos sobre los que ha de recaer el engaño (art. 5.1 LCD), como los distintos extremos respecto de los cuales la información se estima necesaria (arts. 19.4 y 20.1 LCD) pueden servir como guía para determinar la esencialidad del engaño. Igualmente, la concurrencia de una práctica desleal por engañosa o por omisión de información necesaria, aunque no conlleva necesariamente la apreciación del error, puede incidir sobre su apreciación, especialmente en cuanto al requisito de la excusabilidad. Y es que, si el consumidor estaba necesitado de información y el empresario obligado a suministrarla de forma veraz, suficiente y tempestiva, el conocimiento equivocado e insuficiente sobre el bien o servicio contratado o sobre las condiciones contractuales le es excusable al consumidor.

El *dolo*, por su parte, consiste en el engaño causado maliciosamente por una parte contratante para captar la voluntad de la otra que tiene por efecto generar en ella una representación fraudulenta de la realidad, induciéndole a celebrar un contrato que de otro modo no habría concluido³³⁹. En este sentido, el art. 1269 CC establece que “(h)ay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho”.

El elemento central del dolo viene constituido por la estratagema que se utiliza para que se produzca una percepción errónea en el otro contratante y por ello se considera que, en definitiva, el dolo induce a un error, aunque lo que adquiere relevancia en este vicio de la voluntad no es tanto el resultado, sino la maquinación que se utiliza para llegar a él³⁴⁰. Se trata, en suma, de proteger la correcta formación del consentimiento negocial de una de las partes frente a la conducta insidiosa de la otra.

³³⁹ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., p. 170 y 17; O'CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho Civil*, t. 2., vol. 1, Madrid, Edersa, 2004 (hemos consultado la versión en línea disponible en la biblioteca virtual Tirant onLine); y AGÜERO ORTIZ, A., “El consumidor como inversor de alto riesgo: la impugnación por vicios del consentimiento de los contratos de adquisición de participaciones preferentes y swaps, una opción sólo al alcance de algunos”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8, 2013, p. 464.

³⁴⁰ STS (Sala 1ª) 30/2010, de 16 de febrero (Roj: STS 554/2010).

La existencia del dolo exige la concurrencia de los siguientes requisitos. En primer lugar, una conducta insidiosa intencionada o dirigida a provocar la declaración negocial, utilizando para ello palabras o maquinaciones adecuadas³⁴¹. A través de este comportamiento una de las partes realiza manifestaciones falsas o engañosas, incurriendo en una infracción del principio de la buena fe y de los deberes de lealtad precontractual. Ahora bien, el dolo abarca no sólo la maquinación directa sino también la reticencia del que calla o no advierte debidamente a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe³⁴². Junto a ello, el dolo exige la intención o propósito de engañar (*animus decipiendi*) a fin de que la otra parte emita de una declaración de voluntad negocial, lo que ha de entenderse en el sentido de consciencia del engaño y propósito de servirse de él³⁴³.

En segundo lugar, dicha conducta ha de ser grave y generar de forma efectiva el error o engaño perseguido. Ello implica que el dolo debe ser determinante de la voluntad manifestada por la parte engañada. Y es que, en otro caso, nos encontraremos ante un supuesto de dolo incidental que sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios³⁴⁴.

Y, en tercer lugar, el dolo ha de ser empleado por una sola parte. El dolo empleado por un tercero ajeno al contrato no es causa de anulabilidad del contrato, sin perjuicio de la acción de daños que pueda ejercitarse contra él³⁴⁵. No obstante, si el tercero mantiene algún tipo de relación con una parte del contrato (societaria o de colaboración empresarial) el dolo se considerará como derivado de la parte contratante³⁴⁶.

Al igual que ocurre en relación con el error vicio, la deslealtad de una práctica por engaño o por omisión de información necesaria no permite anular en todo caso el contrato por dolo³⁴⁷. Y ello por cuanto que la apreciación del dolo

³⁴¹ DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “El dolo...”, cit., p. 1 y ss./46.

³⁴² SSTs (Sala 1ª) 285/1994, de 29 de marzo (Roj: STS 15282/1994); 751/2006, de 19 de julio (Roj: STS 4361/2006); y 798/2007, de 11 de julio (Roj: STS 5021/2007).

³⁴³ DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “El dolo...”, cit. p. 3 y ss./46; y CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017 (hemos consultado la versión en línea disponible en la base de datos Aranzadi Instituciones).

³⁴⁴ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., p. 172 y 173; y OSSORIO MORALES, J., “Elementos esenciales del contrato”, en AA.VV. (Coord. SÁNCHEZ CALERO, F. J.), *Curso de Derecho Civil: Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*, 6ª ed., Valencia, Tirant lo blanch, 2012, p. 178.

³⁴⁵ PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos...*, cit., p. 98; y OSSORIO MORALES, J., “Elementos esenciales...”, cit., p. 179.

³⁴⁶ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., p. 175; y CARRASCO PERERA, A., *Derecho...*, cit.

³⁴⁷ Esta idea también ha sido puesta de relieve en la doctrina italiana. Sobre ella, *vid.* GUFFANTI PESENTI, L., *Scorrettezza delle pratiche commerciali e rapporto di consumo*, Napoli, Jovene Editore, 2020, p. 227 y ss.

exige unos requisitos más estrictos que los que determinan la deslealtad de una práctica engañosa u omisiva, sobre todo en lo relativo al *animus decipiendi*, a la gravedad y a la causalidad.

Sin embargo, no puede descartarse que determinadas conductas engañosas u omisivas de información necesaria puedan integrar los presupuestos del dolo y dar lugar a la anulabilidad del contrato. Es más, los distintos presupuestos de las prácticas engañosas y omisivas de información necesaria pueden servir para integrar e interpretar los diversos requisitos del dolo. En efecto, la concurrencia de una práctica desleal por engañosa puede determinar la existencia de una maquinación insidiosa, al igual que la omisión de información relevante puede paragonarse a la conducta objetiva requerida por el dolo negativo. Del mismo modo, los distintos extremos sobre los que recae el engaño o la omisión de información pueden servir para integrar los requisitos de gravedad y causalidad del dolo.

4. Prácticas agresivas

4.1. Cuestiones preliminares

Las prácticas agresivas no fueron objeto de una regulación específica en la redacción original de la LCD. El previgente art. 8 LCD, intitulado “obsequios, primas y supuestos análogos”, se refería a actos como la entrega de obsequios con fines publicitarios o prácticas análogas, orientados a poner al consumidor en el compromiso de contratar la prestación principal; la oferta de ventajas o primas que pudiera inducir a error al consumidor acerca del nivel de precios de otros productos o servicios o que dificultara la apreciación del valor efectivo de la oferta o su comparación con otras ofertas; así como la subordinación de la conclusión de un contrato a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guardaran relación con el objeto principal del contrato³⁴⁸. Sin embargo, ello no era impedimento para someter las prácticas agresivas al reproche de deslealtad en virtud de la cláusula general³⁴⁹.

La regulación expresa de este tipo de prácticas por la LCD es fruto de la incorporación a nuestro ordenamiento de la DPCD, cuyos arts. 8 y 9 definen las prácticas agresivas y establecen los distintos elementos que han de valorarse para apreciar si la conducta enjuiciada se corresponde con la conducta relevante. Se

³⁴⁸ Más ampliamente, MASSAGUER, J., *Comentario...*, cit., p. 263 y ss.; y ZURIMENDI ISLA, A., “Artículo 8. Obsequios, primas y supuestos análogos”, en AA.VV. (Dir. MARTÍNEZ SANZ, F.), *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid, Tecnos, 2009, p. 115 y ss.

³⁴⁹ MASSAGUER, J., “Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 27, 2011, p. 18.

pone así de manifiesto cómo legislador comunitario ha llegado a tomar conciencia de la relevancia que paulatinamente adquieren en el mercado distintas actuaciones y comportamientos empresariales enderezados a intimidar o forzar a la clientela y, particularmente, a los consumidores a realizar alguna operación. Por eso establece la deslealtad de este tipo de comportamientos con el fin de garantizar una toma de decisiones económicas plenamente libre.

En rigor, estamos ante una nueva categoría de prácticas desleales que entronca directamente con la publicidad molesta, en la que encuentra su antecedente más cercano³⁵⁰. Bien es verdad que dentro de esta nueva categoría tienen cabida otros supuestos como la indebida presión de compra³⁵¹. Realmente lo que ocurre es que el legislador comunitario parte de la figura de la publicidad molesta y la reelabora, creando una nueva categoría cuyo fundamento estriba en el significativo efecto pernicioso que este tipo de prácticas generan en el mercado, influyendo en la capacidad de decisión del consumidor a la hora de contratar determinados bienes y servicios. Su tipificación va enderezada a frenar en lo posible aquellas prácticas abiertamente incómodas para el consumidor por colocarlo en situaciones coactivas, intimidatorias, amenazantes o de presión, que le impiden tomar sus decisiones de mercado de forma completamente libre³⁵².

Ahora bien, pese a tratarse de conductas especialmente molestas o incómodas para los consumidores, la prohibición de esta categoría de prácticas no pretende proteger de la invasión de la esfera privada de los consumidores, sino garantizar su libertad de decisión en el mercado (en concreto, su libertad de querer)³⁵³. En efecto, aunque se trata de conductas que por su naturaleza colocan al consumidor en una situación molesta, incómoda o de presión que no es la que debe presidir la contratación de bienes y servicios, lo relevante es que a través de ellas el comportamiento empresarial sea susceptible de mermar de forma

³⁵⁰ FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., “La Directiva...”, cit., p. 7/10; TATO PLAZA, A., “Una primera aproximación al régimen jurídico de las prácticas agresivas en la Directiva sobre prácticas desleales con los consumidores”, en *Actas de Derecho Industrial*, t. 27, 2006-2007, p. 430 y 431; y GONZÁLEZ PONS, E., *Las prácticas...*, cit., p. 77.

³⁵¹ MASSAGUER, J., *El nuevo...*, cit., p. 131; VIERA GONZÁLEZ, J. A., “La tipificación...”, cit., p. 14/25; y ARROYO APARICIO, A., “Artículo 8. Prácticas agresivas”, en AA.VV. (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 212.

³⁵² EMPARANZA SOBEJANO, A., “Régimen jurídico...”, cit., p. 81; DÍEZ ESTELLA, F., “Los nuevos...”, cit., p. 547; y ZUBIRI DE SALINAS, M., “Las prácticas...”, cit., p. 1433.

³⁵³ FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., “La Directiva...”, cit., p. 7/10; y PALAU RAMÍREZ, F., “Prácticas agresivas”, en AA.VV. (Dir. RUIZ PERIS, J. I.), *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal (Estudios sobre 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 mejora de la protección de los consumidores y usuarios)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 152.

significativa la libertad de elección del destinatario o de alterar su comportamiento económico en relación con el bien o servicio de que se trate³⁵⁴.

Por tanto, el elemento central de la noción de prácticas agresivas ha de encontrarse en la torsión de la libertad de elección del consumidor³⁵⁵. Con su realización por los empresarios se produce una injerencia indebida en la autonomía de decisión del consumidor, consistente bien en la inducción efectiva o potencial a decidir para evitar así una situación peligrosa, embarazosa o simplemente incomoda; bien en la consecución de decisiones insuficientemente meditadas; bien en la inducción a abandonar reclamaciones o peticiones con el fin de evitar los costes de transacción que llevan implícitos³⁵⁶.

Para aproximarnos al régimen jurídico de las prácticas comerciales agresivas con los consumidores es necesario partir de la compleja estructura que la regulación de este tipo de prácticas adopta en la LCD. Ésta parte de tres elementos centrales: el concepto de práctica comercial agresiva; la enumeración de las circunstancias que deben ser tomadas en consideración a la hora de calificar una práctica como agresiva; y, por último, la confección de un catálogo de conductas calificadas *per se* como agresivas³⁵⁷.

4.2. Las prácticas agresivas

Las prácticas agresivas se encuentran tipificadas en el art. 8 LCD, cuyo contenido responde a la refundición de los arts. 8 y 9 DPCD. De acuerdo con su primer apartado, “(s)e considera desleal todo comportamiento que teniendo en cuenta sus características y circunstancias, 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 del destinatario en relación al bien o servicio y, por consiguiente, afecte o pueda afectar a su comportamiento económico”. Se trata, en suma, de prohibir aquellas conductas empresariales que conllevan una presión física, psicológica o social, susceptibles de mermar la libertad de elección del destinatario y que, por tanto, afectan real o potencialmente a su comportamiento económico.

³⁵⁴ RUIZ PERIS, J. I., “Una reforma consumerista de la ley de competencia desleal o reforma no siempre significa mejora”, en AA.VV. (Dir. RUIZ PERIS, J. I.), *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal (Estudios sobre 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 mejora de la protección de los consumidores y usuarios)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 21; y DÍEZ BAJO, A., “Artículo 8 LCD. Prácticas agresivas”, en AA.VV. (Dir. LEMA DEVESA, C.), *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores: régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29-2009*, L’Hospitalet de Llobregat, Bosch, 2012, p. 210 y 211.

³⁵⁵ ARROYO APARICIO, A., “Artículo 8...”, cit., p. 212.

³⁵⁶ MASSAGUER, J., “Las prácticas...”, cit., p. 24.

³⁵⁷ TATO PLAZA, A., “Práctica agresivas”, cit., p. 187 y ss.

Al igual que sucede en relación con los actos y omisiones engañosas, este precepto se ubica sistemáticamente en el Capítulo II LCD. De modo que resulta de aplicación tanto a las prácticas que tienen por destinatarios a empresarios como a consumidores, aunque lo cierto es que la norma se adapta tipológicamente mejor a la prohibición de abuso frente a los consumidores, que se encuentran típicamente en una situación de inferioridad o debilidad respecto de los empresarios³⁵⁸. En este asunto, siguiendo la orientación general de este estudio, nos centraremos en las prácticas agresivas que tienen por destinatarios a los consumidores.

Para declarar el carácter agresivo de una práctica comercial y, consecuentemente, su deslealtad, el art. 8 LCD exige la concurrencia cumulativa de dos requisitos. Por un lado, la utilización de unos determinados medios: acoso, coacción e influencia indebida. Y, por otro, la consecución de un resultado, aunque sea de forma potencial: la susceptibilidad de mermar de manera significativa la libertad de elección o conducta del consumidor en relación con un determinado bien o servicio.

Por consiguiente, para calificar una práctica comercial como agresiva, ésta debe consistir, en primer lugar, en una conducta constitutiva de acoso, coacción o influencia indebida. Las diferencias entre estos supuestos no son fáciles de establecer, a lo que contribuye el hecho de que la DPCD (y, tras ella, la LCD) sólo defina el concepto de influencia indebida, así como la heterogeneidad de las prácticas calificadas como desleales *per se*. De ahí que la mejor forma de integrar las nociones de acoso, coacción e influencia indebida pase por acudir a la propia DPCD. En particular, a los criterios que se establecen en su art. 9 (art. 8.2 LCD) para establecer si la práctica enjuiciada se vale de estos medios para arrancar una decisión económica al consumidor y a los supuestos concretos de prácticas agresivas calificados como desleales en todo caso³⁵⁹.

En concreto, el art. 8.2 LCD dispone que “(p)ara determinar si una conducta hace uso del acoso, la coacción o la influencia indebida se tendrán en cuenta: a) El momento y el lugar en que se produce, su naturaleza o su persistencia; b) El empleo de un lenguaje o un comportamiento amenazador o insultante; c) La explotación por parte del empresario o profesional de cualquier infortunio o circunstancia específicos lo suficientemente graves como para mermar la capacidad de discernimiento del destinatario, de los que aquél tenga conocimiento, para influir en su decisión con respecto al bien o servicio; d)

³⁵⁸ PALAU RAMÍREZ, F., “Prácticas agresivas”, cit., p. 148.

³⁵⁹ MASSAGUER, J., “Las prácticas...”, cit., p. 26 y 27.

Cualesquiera obstáculos no contractuales onerosos o desproporcionados impuestos por el empresario o profesional cuando la otra parte desee ejercitar derechos legales o contractuales, incluida cualquier forma de poner fin al contrato o de cambiar de bien o servicio o de suministrador; e) La comunicación de que se va a realizar cualquier acción que, legalmente, no pueda ejercerse”.

En lo que atañe al *acoso*, la LCD no proporciona ninguna definición. No obstante, puede entenderse por tal aquella conducta consistente en perseguir, importunar, incomodar o apremiar al consumidor como medio para obtener su atención o su decisión respecto de una oferta o de una conducta contractual sin que sea necesario el contacto personal directo entre oferente y destinatario³⁶⁰. Se trata así de evitar que los empresarios ejerzan sobre el consumidor una presión que provoque que éste se vea abocado a adoptar una decisión irreflexiva sobre una determinada transacción comercial³⁶¹. Para calificar una conducta como acoso habrá de tomar en consideración la distintas circunstancias que rodean el caso, tales como el momento y lugar en que se desarrolla la práctica, su persistencia [art. 8.2.a) LCD], el carácter vulnerable del consumidor (art. 4.3 LCD) o las especiales circunstancias en que éste se encuentre [art. 8.2.c) LCD]³⁶².

La *coacción* tampoco ha sido definida por la LCD. No obstante, esta figura parece vincularse al uso de la fuerza, sea física o de otra naturaleza, incluida la amenaza de su uso, con la finalidad de presionar al consumidor³⁶³. Podría definirse como aquella práctica a través de la cual se genera en una persona la impresión de que debe adoptar una decisión económica si quiere evitar una situación negativa o alcanzar un determinado beneficio, siempre que la situación negativa sea ilegítima o el beneficio irreal³⁶⁴. La calificación de una conducta como coacción exige atender a sus características y circunstancias, donde juegan un papel de especial relevancia el empleo de un lenguaje o comportamiento amenazador o insultante, la imposición de comportamientos no contractuales onerosos o desproporcionados cuando el consumidor desee ejercitar derechos legales o contractuales, o la comunicación de que se va a

³⁶⁰ MASSAGUER, J., “Las prácticas...”, cit., p. 27.

³⁶¹ GONZÁLEZ PONS, E., *Prácticas agresivas...*, cit., p. 89.

³⁶² Más ampliamente, TATO PLAZA, A., “Práctica agresivas”, cit., p. 191 y ss.; ARROYO APARICIO, A., “Artículo 8...”, cit., p. 215 y ss.; y ZUBIRI DE SALINAS, M., “Las prácticas...”, cit., p. 1435 y 1436.

³⁶³ MASSAGUER, J., *El nuevo...*, cit., p. 134; ARROYO APARICIO, A., “Artículo 8...”, cit., p. 217; DÍEZ BAJO, A., “Artículo 8...”, cit., p. 217; y MARIMÓN DURÁ, R., “Prácticas comerciales...”, cit., p. 1739. Sobre la distinción entre la coacción que deriva del uso de la fuerza y la que no, GONZÁLEZ PONS, E., *Prácticas agresivas...*, cit., p. 100 y ss.

³⁶⁴ TATO PLAZA, A., “Práctica agresivas”, cit., p. 196.

realizar cualquier acción que legalmente no puede ejercerse [art. 8.2.b), d) y e) LCD]³⁶⁵.

Por su parte, la *influencia indebida* se encuentra definida en el inciso final del art. 8.1 LCD. Conforme a él, “se considera influencia indebida la utilización de una posición de poder en relación con el destinatario de la práctica para ejercer presión, incluso sin usar fuerza física ni amenazar con su uso”. Así configurada, esta figura exige la concurrencia de una posición de poder y su utilización para ejercer presión. La posición de poder debe entenderse en sentido amplio, de modo que puede derivar de una situación de subordinación jerárquica o laboral, pero también de una relación personal o económica de cualquier tipo³⁶⁶. Lo relevante es que dicha posición permita ejercer sobre el consumidor una influencia especial o extraordinaria³⁶⁷. Además, es necesario que dicha posición de poder se emplee para ejercer presión sobre el consumidor, explotando dicha posición para afectar a su comportamiento económico.

Junto a lo anterior, la conducta de acoso, coacción o influencia indebida debe ser apta para mermar de forma significativa la libertad de elección del consumidor medio, haciéndole adoptar una decisión sobre su comportamiento económico que de otra forma no hubiera tomado. Este requisito es plenamente coherente con la estructura de la LCD y, en particular, con la cláusula general prohibitiva de la deslealtad prevista en su art. 4. En consecuencia, es necesario valorar la posible incidencia de la conducta en el comportamiento económico del consumidor. De modo que sólo cabrá calificarla como agresiva cuando pueda mover al consumidor a adoptar la decisión económica en las condiciones propuestas con el fin de liberarse del acoso, la coacción o la influencia indebida. Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre en el régimen de los vicios del consentimiento, no se exige que el comportamiento agresivo sea la causa exclusiva de la alteración del comportamiento económico, sino que basta con que pese en la decisión adoptada³⁶⁸.

En primer lugar, habrá de evaluarse la aptitud potencial de la conducta para influir en el comportamiento económico del consumidor, atendiendo a las características de la práctica y a las circunstancias en que tiene lugar. En segundo lugar, esta valoración de la aptitud objetiva de la conducta para provocar la

³⁶⁵ ARROYO APARICIO, A., “Artículo 8...”, cit., p. 217 y 218; y ZUBIRI DE SALINAS, M., “Las prácticas...”, cit., p. 1437.

³⁶⁶ RUIZ PERIS, J. I., “Una reforma...”, cit., p. 21; LEIÑENA MENDIZÁBAL, E. e IRACULIS ARREGUI, N., “La reforma...”, cit., p. 109; y ARROYO APARICIO, A., “Artículo 8...”, cit., p. 218.

³⁶⁷ TATO PLAZA, A., “Práctica agresivas”, cit., p. 200.

³⁶⁸ RUIZ PERIS, J. I., “Una reforma...”, cit., p. 21; y ARROYO APARICIO, A., “Artículo 8...”, cit., p. 220.

alteración del comportamiento económico del consumidor debe llevarse a cabo desde la perspectiva del consumidor medio o del miembro medio del grupo al que se dirige la práctica. Finalmente, se exige que esa alteración sea significativa, en el sentido de que sea apta para incidir o determinar de forma efectiva las decisiones de mercado de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz³⁶⁹.

4.3. *Las prácticas agresivas per se*

Al igual que la DPCD, la LCD completa la tipificación de las prácticas agresivas con un catálogo o lista negra de prácticas consideradas agresivas en todo caso y en cualquier circunstancia. A ello se destinan los arts. 28 a 31 LCD. En estos preceptos se contemplan una serie de modalidades de prácticas agresivas desleales que tienen como denominador común el hecho de que sus destinatarios son consumidores y que su ilicitud proviene del acoso o la coacción que algunos empresarios ejercen sobre los consumidores a través de determinadas prácticas comerciales. Por tanto, la deslealtad estriba en la falta de una decisión económica adoptada libremente por los consumidores que es consecuencia de la presión directa o indirecta promovida por el empresario³⁷⁰.

Siendo calificadas como prácticas comerciales desleales con los consumidores “en todo caso y en cualquier circunstancia”, el juicio de deslealtad no requiere la comprobación de que la conducta empresarial constituye un supuesto de acoso, coacción o influencia indebida, ni tampoco de su aptitud para mermar la libertad de elección y decisión de los consumidores. Únicamente es necesaria la constatación de que se trata de una práctica comercial subsumible en alguno de los supuestos comprendidos en los arts. 28 a 31 LCD. Ahora bien, al igual que ocurría en relación con las prácticas comerciales engañosas con los consumidores (arts. 21 a 27 LCD), son varios los supuestos de prácticas comerciales agresivas cuyo enjuiciamiento no depende de circunstancias puramente objetivas, sino que precisa de la realización de juicios de valor. Tal es el caso del art. 28 LCD, que exige comprobar el entendimiento del consumidor (“que hagan creer al consumidor”); del art. 29.2 LCD, que precisa del examen de las circunstancias para determinar cuando la conducta está justificada; del art. 30 LCD, que requiere la valoración de cuándo nos encontramos ante una “exhortación directa”; o del art. 31.1 LCD, que impone la necesidad de evaluar

³⁶⁹ TATO PLAZA, A., “Práctica agresivas”, cit., p. 204 y 205.

³⁷⁰ EMPARANZA SOBEJANO, A., “Las propuestas...”, cit., p. 158.

qué documentos no son “razonablemente necesarios” o cuándo se deja “sistemáticamente” sin responder³⁷¹.

En cualquier caso, una vez comprobado que concurren los elementos del tipo de la práctica concreta, su calificación como agresiva será automática y el reproche de deslealtad directo. Sin embargo, ello no significa que, si no concurren los elementos del tipo, la práctica ha de entenderse leal y, por tanto, lícita. Antes bien, en estos casos habrá de analizarse si la práctica reúne los requisitos necesarios para ser calificada como agresiva *ex art. 8 LCD*. Y es que con este catálogo de prácticas agresivas *per se* el legislador sólo ha pretendido reflejar algunos de los ejemplos de esta categoría de prácticas desleales y dotar su enjuiciamiento de un cierto grado de seguridad jurídica, pero en ningún caso ha tratado de prejuzgar la licitud de aquellas prácticas que no cumplen los requisitos necesarios para subsumirse en alguno de los tipos incluido en este catálogo³⁷².

En la confección de este catálogo o lista negra de prácticas comerciales agresivas con los consumidores, el legislador nacional agrupa las distintas prácticas agresivas contenidas en el Anexo I DPCD en cuatro artículos diferentes, pero sin introducir un criterio sistemático claro. Así, mientras que en algunos casos toma como referencia la conducta (arts. 28 y 29 LCD), en otros, parte del destinatario (art. 30 LCD), para finalmente reagrupar en el art. 31 LCD aquellas prácticas agresivas que no tienen un encuadre claro en ninguno de los preceptos anteriores.

El art. 28 LCD tipifica como “prácticas agresivas por coacción” la conducta consistente en hacer creer al consumidor que no puede abandonar el establecimiento del empresario o el local en el que se realice la práctica comercial sin haber contratado. Este precepto se refiere de forma implícita a aquellos supuestos en los que la práctica comercial se lleva a cabo con motivo de una reunión concertada en el establecimiento del empresario o en un lugar distinto. Parte de la percepción del consumidor sobre la posibilidad o no de abandonar el establecimiento del empresario o el lugar donde se desarrolle la conducta sin haber contratado. Ello exige valorar las distintas circunstancias que concurren en el supuesto, el lenguaje y el comportamiento empleado por el empresario y la forma de percibirlo por parte de un consumidor medio. El legislador, sin duda, está pensando en determinados tipos de prácticas

³⁷¹ MASSAGUER, J., “Las prácticas...”, cit., p. 31 y 32.

³⁷² TATO PLAZA, A., “Práctica agresivas”, cit., p. 207 y 208.

comerciales que han sido frecuentemente utilizadas en el pasado, sobre todo en el ámbito del aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico³⁷³.

El legislador nacional se aparta del tenor de la DPCD para incluir junto al término “local” el establecimiento del empresario y cualquier otro lugar en el que tenga lugar la conducta. Ello ha llevado a algunos autores a darle al término establecimiento un contenido lo más amplio posible, susceptible de abarcar los supuestos de comisión de estas prácticas a través de internet o fuera del establecimiento mercantil³⁷⁴.

En su inciso final, el propio art. 28 LCD excluye su aplicación cuando la conducta empresarial sea constitutiva de infracción penal, lo que implica que en estos casos el ilícito de deslealtad queda absorbido por el ilícito penal.

Bajo el título “prácticas agresivas por acoso”, el art. 29 LCD incluye dos supuestos distintos cuya tipificación trata de evitar que los consumidores se vean sometidos a situaciones de acoso físico o circunstancial generadas de forma voluntaria por los empresarios con la finalidad de que terminen aceptando una determinada oferta³⁷⁵.

El primer apartado del precepto se refiere a las visitas del empresario al domicilio del consumidor, ignorando sus peticiones para que el empresario abandone su casa o no vuelva a personarse en ella. Se parte aquí del principio general de licitud de las visitas comerciales al domicilio del consumidor, pero con dos excepciones.

La primera establece que la visita comercial será desleal cuando, habiéndose producido una visita previa del empresario, éste hubiese recibido la petición del consumidor de no volver a personarse en su domicilio, no siendo necesario para ello que exista una declaración expresa del consumidor en tal sentido, al bastar que esa voluntad pueda deducirse de forma inequívoca del comportamiento del consumidor.

La segunda excepción prevé que la visita comercial también será desleal cuando el empresario ignore la petición del consumidor de abandonar su casa, lo

³⁷³ MONGE GIL, A. L., “Artículo 28. Prácticas agresivas por coacción”, en AA.VV. (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 783; y MARIMÓN DURÁ, R., “Prácticas comerciales...”, cit., p. 1783 y 1784.

³⁷⁴ LUNAS DÍAZ, M. J., “Artículo 28 LCD. Prácticas agresivas por coacción”, en AA.VV. (Dir. LEMA DEVESA, C.), *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores: régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29-2009*, L’Hospitalet de Llobregat, Bosch, 2012, p. 421; y GONZÁLEZ PONS, E., *Prácticas agresivas...*, cit., p. 109.

³⁷⁵ EMPARANZA SOBEJANO, A., “Las propuestas...”, cit., p. 162; y MIRANDA SERRANO, L. M. y PANIAGUA ZURERA, M., “La protección...”, cit., p. 77.

que no exige una visita previa del empresario, al poder acontecer dicha situación en la primera visita que éste realice al domicilio del consumidor³⁷⁶.

El segundo apartado del art. 29 LCD, por su parte, contempla el supuesto relativo a las propuestas no deseadas y reiteradas por teléfono, fax, correo electrónico u otros medios de comunicación a distancia, salvo en las circunstancias y en la medida en que esté justificado legalmente para hacer cumplir una obligación contractual. Con este precepto, el legislador no persigue, al menos de forma directa, tutelar la privacidad de los consumidores (a diferencia de la regulación que sobre esta materia se contiene en la LSSICE), sino proteger sus intereses económicos frente a determinadas prácticas que puedan alterar su comportamiento económico. Razón por la cual estas modalidades publicitarias difundidas a través de medios de comunicación a distancia sólo se califican como desleales en la medida en que sean persistentes y no deseadas³⁷⁷.

En cuanto a la persistencia, se exige la repetición o reiteración del contacto con el consumidor a través del medio de comunicación a distancia, lo que ha de determinarse en atención a las circunstancias que rodean la práctica (hora, lugar de recepción, tipo de consumidor, etc.).

En lo que atañe al carácter no deseado de las comunicaciones, la LCD exige que el consumidor se oponga a ellas. Para ello, el propio art. 29 LCD establece dos medidas adicionales. De un lado, que el empresario utilice sistemas que permitan al consumidor dejar constancia de su oposición a seguir recibiendo propuestas comerciales. Y, de otro, que, en el caso de llamadas telefónicas, éstas se realicen desde un número identificable con el fin de que el consumidor pueda manifestar su oposición a recibir propuestas comerciales no deseadas³⁷⁸.

Este apartado se completa con una previsión ulterior, que prevé que “(e)ste supuesto se entenderá sin perjuicio de lo establecido en la normativa vigente sobre protección de datos personales, servicios de la sociedad de la

³⁷⁶ Más ampliamente, TATO PLAZA, A., “Práctica agresivas”, cit., p. 211 y ss.; ZUBIRI DE SALINAS, M., “Artículo 29. Prácticas agresivas por acoso”, en AA.VV. (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 788 y ss.; y LUNAS DÍAZ, M. J., “Artículo 29 LCD. Prácticas agresivas por acoso”, en AA.VV. (Dir. LEMA DEVESA, C.), *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores: régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29-2009*, L’Hospitalet de Llobregat, Bosch, 2012, p. 431 y ss.

³⁷⁷ TATO PLAZA, A., “Práctica agresivas”, cit., p. 230; DÍEZ ESTELLA, F., “Los nuevos...”, cit., p. 556; y MARIMÓN DURÁ, R., “Prácticas comerciales...”, cit., p. 1791. En contra, EMPARANZA SOBEJANO, quien sostiene que el fundamento de esta prohibición estriba en la invasión inesperada que este tipo de prácticas genera en la esfera privada del consumidor (Cfr. “Las propuestas...”, cit., p. 169 y ss.).

³⁷⁸ Sobre esta cuestión, EMPARANZA SOBEJANO, A., “Las propuestas...”, cit., p. 174 y ss.; y ZUBIRI DE SALINAS, M., “Artículo 29...”, cit., p. 797 y 798.

información, telecomunicaciones y contratación a distancia con los consumidores o usuarios, incluida la contratación a distancia de servicios financieros”. De modo que la declaración de deslealtad de la práctica no elimina la aplicación de las normas especificadas. E, igualmente, la falta de los presupuestos necesarios para declarar la ilicitud de la conducta no impide su calificación como ilícita conforme a aquellas normas.

El art. 30 LCD se encarga de la regulación de las “prácticas agresivas en relación con los menores”³⁷⁹. Al respecto establece que “(s)e reputa desleal por agresivo, incluir en la publicidad una exhortación directa a los niños para que adquieran bienes o usen servicios o convenzan a sus padres u otros adultos de que contraten los bienes o servicios anunciados”.

En rigor, en este precepto se regulan dos conductas distintas. De una parte, la inclusión en la publicidad de una exhortación directa a los niños para que adquieran bienes o usen servicios; y, de otra, la inclusión de una exhortación dirigida a menores para que éstos convenzan a sus padres u otros adultos de que contraten los bienes o servicios anunciados³⁸⁰. Ciertamente es que ambas conductas parten de unos presupuestos comunes: que el mensaje publicitario esté dirigido a niños y que dicho mensaje incluya una exhortación directa.

Para estimar si el mensaje publicitario está dirigido a niños hay que examinar las circunstancias del caso y, en particular, el tipo de producto que se anuncia, el diseño y las características del mensaje, así como las circunstancias

³⁷⁹ Este precepto debe ponerse en relación con el art. 3.b) LGP, que considera ilícita “(l)a publicidad dirigida a menores que les incite a la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores”. Frente a este precepto, el art. 30 LCD realiza un juicio de desvalor de un tipo de publicidad ya efectuada que se califica desleal *per se*. LGP y LCD abordan el mismo fenómeno, pero examinado *ex ante* o *ex post*. La publicidad en la que se incita al menor a la compra de un bien o a que influya en sus padres o adultos para que lo hagan es ilícita, por lo que debe evitarse. Pero, una vez que se lleva a cabo la práctica, si se contiene una exhortación directa, es desleal por agresiva. De ahí que se entienda que la publicidad agresiva dirigida a menores es la especie del género publicidad ilícita [ZUBIRI DE SALINAS, M., “Artículo 30. Prácticas agresivas en relación con los menores”, en AA.VV. (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 809].

³⁸⁰ Algún autor estima que, mientras que la primera conducta contempla un supuesto específico de acoso, la segunda constituye un caso de influencia indebida [TATO PLAZA, A., “Práctica agresivas”, cit., p. 235; y EMPARANZA SOBEJANO, A., “Las propuestas...”, cit., p. 162 y 163. En un sentido similar, LUNAS DÍAZ, M. J., “Artículo 30 LCD. Prácticas agresivas en relación con los menores”, en AA.VV. (Dir. LEMA DEVESA, C.), *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores: régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29-2009*, L’Hospitalet de Llobregat, Bosch, 2012, p. 454 y ss.]. Otros, en cambio, consideran que estas conductas no sólo son ajenas al prevalimiento de una posición de poder constitutivo del núcleo de la influencia indebida, sino que tampoco pueden encuadrarse bien dentro de los supuestos de acoso y coacción (MASSAGUER, J., *El nuevo...*, cit., p. 132).

que rodean la difusión del mensaje publicitario, tales como el soporte de la publicidad o el contexto en el que se produce³⁸¹.

Por su parte, la existencia de una exhortación directa exige que se trate de declaraciones en tono imperativo que introduzcan el elemento de presión psicológica tipo de las prácticas agresivas³⁸².

Finalmente, el art. 31 LCD agrupa aquellas prácticas comerciales agresivas que no encuentran acomodo en los artículos precedentes. En el se recogen prácticas de lo más variopintas relacionadas con el contrato de seguro, con el suministro de envíos no solicitados y con el “chantaje emocional” o agresión psicológica para el consumidor.

En primer lugar, el precepto bajo consideración considera desleal por agresivo “(e)xigir al consumidor o usuario, ya sea tomador, beneficiario o tercero perjudicado, que desee reclamar una indemnización al amparo de un contrato de seguro, la presentación de documentos que no sean razonablemente necesarios para determinar la existencia del siniestro y, en su caso, el importe de los daños que resulten del mismo o dejar sistemáticamente sin responder la correspondencia al respecto, con el fin de disuadirlo de ejercer sus derechos”.

En segundo lugar, “(e)xigir el pago inmediato o aplazado, la devolución o la custodia de bienes o servicios suministrados por el comerciante, que no hayan sido solicitados por el consumidor o usuario, salvo cuando el bien o servicio en cuestión sea un bien o servicio de sustitución suministrado de conformidad con lo establecido en la legislación vigente sobre contratación a distancia con los consumidores y usuarios”.

Y, en tercer lugar, “(i)nformar expresamente al consumidor o usuario de que el trabajo o el sustento del empresario o profesional corren peligro si el consumidor o usuario no contrata el bien o servicio”³⁸³.

4.4. Conexiones entre las prácticas agresivas y el Derecho de contratos

Con la instauración de la prohibición de las prácticas agresivas, el legislador, tanto el comunitario como el nacional, trata de poner coto a aquellas conductas y comportamientos empresariales orientados a intimidar o forzar a la clientela a adoptar decisiones sobre su comportamiento económico. Se establece así un estándar de conducta a cargo de los empresarios consistente en la evitación

³⁸¹ TATO PLAZA, A., “Práctica agresivas”, cit., p. 238.

³⁸² MARIMÓN DURÁ, R., “Prácticas comerciales...”, cit., p. 1794.

³⁸³ Sobre este precepto, TATO PLAZA, A., “Prácticas agresivas”, cit., p. 241 y ss.; CARBAJO CASCÓN, F., “Artículo 31...”, cit., p. 817 y ss.; y LUNAS DÍAZ, M. J., “Artículo 31...”, cit., p. 469 y ss.

de prácticas que coloquen a la clientela y, especialmente, a los consumidores frente a situaciones coactivas, intimidatorias, amenazantes o de presión encaminadas a impedir la adopción de decisiones de mercado completamente libres. De modo que el empresario tiene el deber de comportarse con la clientela de una forma tal que permita que las decisiones sobre su comportamiento económico sean fruto de una voluntad auténticamente libre.

Este estándar o patrón de comportamiento impuesto en sede concurrencial a los empresarios ha de extenderse a lo largo de las distintas fases del contrato. En consecuencia, las decisiones por las que el cliente opta por actuar o por abstenerse de hacerlo en relación con la selección de oferentes u ofertas, la contratación de un bien o servicio, el pago, la conservación del bien o servicio, y el ejercicio de los derechos contractuales han de ser efectivamente queridas (libertad de querer), no admitiéndose injerencias intolerables del empresario en el proceso de formación de las decisiones de mercado.

El empresario, por tanto, debe guiarse por este patrón de comportamiento sustentado sobre el respeto de una esfera libre de injerencias indebidas que permita la formación de preferencias y de decisiones sobre el comportamiento económico con plena libertad de querer. Y este patrón de comportamiento ha de extenderse no sólo a las relaciones de mercado, sino también al ámbito contractual, impregnando todas las etapas o fases negociales.

En lo que acabamos de afirmar puede apreciarse una importante conexión entre el Derecho contractual y la disciplina de la competencia desleal, toda vez que desde el ámbito concurrencial se instaura un deber de conducta que ha de afectar a todo el proceso de formación de la voluntad negocial y del contrato, así como a su ejecución. De modo que el referido patrón de comportamiento debe servir para integrar la normativa contractual en aquellos aspectos relacionados con la autonomía decisional del consumidor o con la imposición de obstáculos onerosos al ejercicio de sus derechos legales o contractuales.

Así, la declaración de deslealtad de una práctica agresiva puede servir para integrar el juicio de abusividad de aquellas cláusulas contractuales no negociadas individualmente que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos en el contrato. Del mismo modo, los distintos presupuestos que han de tenerse en cuenta para valorar si una determinada práctica puede calificarse como agresiva pueden ser especialmente útiles en el enjuiciamiento de este tipo de cláusulas, así como para determinar, en algunos casos, el grado de cumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo del empresario.

Igualmente, no puede perderse de vista la finalidad de la prohibición de las prácticas agresivas. Ésta estriba en garantizar la libertad de decisión de la clientela y, particularmente, de los consumidores, lo que lleva implícito la tutela de la libertad de querer que encierra la emisión de un consentimiento contractual válido. Es por ello que la prohibición de las prácticas agresivas está íntimamente vinculada al régimen de los vicios del consentimiento. Particularmente, en lo que se refiere a la violencia y la intimidación. Esto es, aquellos vicios de la voluntad comercial encaminados a la salvaguarda de la libertad comercial o, si se prefiere, a la libertad de querer de los contratantes³⁸⁴.

La *violencia* recae sobre la voluntad, toda vez que es causa de que un contratante emita una declaración de voluntad no querida, sino obligado por un elemento externo que lo constriñe a contratar³⁸⁵. En este sentido, el art. 1267 CC establece que “(h)ay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible”. Así concebida, la violencia pivota sobre la coacción. Esta puede ser absoluta, que es la fuerza física que excluye por completo la voluntad y la sustituye, convirtiendo al declarante en un autómatas; o coacción psíquica cuando la fuerza, sin eliminar la voluntad, empuja a que ésta sea manifestada. En el primer caso, difícilmente puede sostenerse que estemos ante un vicio de la voluntad, sino más bien ante la pura y simple inexistencia de ésta³⁸⁶. En cambio, en el segundo caso, estamos ante un supuesto de *vis impulsiva*, que vicia, pero que no excluye la voluntad.

De esta forma, la violencia del art. 1267 CC implica que la declaración de voluntad se emite de forma consciente, pero como consecuencia de una presión que no puede resistirse. Por tanto, la fuerza no puede calificarse como física, sino como moral, al igual que en la intimidación, si bien la violencia no admite respuesta posible³⁸⁷. La determinación sobre la posibilidad o imposibilidad de resistencia frente a la fuerza es una cuestión que debe valorarse tomando en consideración las circunstancias concurrentes en cada caso concreto.

³⁸⁴ GARCÍA VICENTE, J. R., “Artículo 1265”, en AA.VV. (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), *Comentarios al Código Civil*, t. VII, Valencia, Tirant lo blanch, 2013, p. 9093; y MIRANDA SERRANO, L. M. y PAGADOR LÓPEZ, J., “La necesidad...”, cit., p. 9.

³⁸⁵ OSSORIO MORALES, J., “Elementos esenciales...”, cit., p. 176.

³⁸⁶ Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de...*, cit., p. 57. Algunos autores entienden la violencia como esta *vis absoluta, vis phisica o vis corpori illata*, esto es, cuando el acto en que aquélla consiste se arranca materialmente por la fuerza (Cfr. ALBADALEJO, M., *Derecho civil I. Introducción y parte general*, vol. II, 15ª ed., Barcelona, Bosch, 2002, p. 668; y OSSORIO MORALES, J., “Elementos esenciales...”, cit., p. 176).

³⁸⁷ DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1991, p. 170; y BOSCH CAPDEVILA, E., “Estado de necesidad y consentimiento contractual: ¿Una reinterpretación de los conceptos de violencia e intimidación como vicios del consentimiento a la luz del derecho contractual europeo y comparado?”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 711, 2009, p. 67. Esta similitud con la intimidación ha llevado a algún autor a negar su distinción (Cfr. O’CALLAGHAN, X., *Compendio...*, cit.).

Configurada en estos términos, la violencia como vicio del consentimiento se centra en la conducta del sujeto agente. Del mismo modo, las prácticas comerciales agresivas ponen el foco de atención en la conducta del empresario, que debe consistir en acoso, coacción o influencia indebida. Puede apreciarse así un cierto paralelismo entre la violencia y las prácticas comerciales agresivas por coacción, que se caracterizan por generar en su destinatario la impresión de que debe adoptar una decisión sobre su comportamiento económico si quiere evitar una situación negativa o alcanzar un determinado beneficio, siempre que la primera sea ilegítima y el segundo irreal. Sin embargo, para que una determinada conducta pueda constituir, al mismo tiempo, un vicio del consentimiento por violencia y una práctica comercial agresiva, la coacción empleada debe eliminar toda posibilidad de resistencia por parte del destinatario, lo que en el marco de los comportamientos concurrenciales de los empresarios tendrá un carácter residual.

Ahora bien, una vez que la instauración de la prohibición de las prácticas comerciales agresivas imponen a los empresarios un deber de conducta consistente en el respeto de la esfera de libertad de decisión (económica y negocial) de la clientela (y, especialmente, de los consumidores), los distintos elementos de juicio que, desde la disciplina concurrencial, se proporcionan para valorar la existencia de una práctica agresiva, pueden servir para integrar e interpretar los presupuestos de la violencia como vicio del consentimiento. A tal efecto, las circunstancias que han de ser tomadas en consideración para calificar la práctica comercial como agresiva previstas en el art. 8.2 LCD pueden ser de especial utilidad para determinar si la fuerza que requiere la violencia es o no irresistible.

En lo que atañe a la *intimidación* como vicio del consentimiento, ésta tiene lugar cuando se induce a una persona a celebrar un contrato no querido mediante amenazas y coacciones de tal entidad que la persona, por temor, llegue a prestar el consentimiento³⁸⁸. Conforme al segundo párrafo del art. 1267 CC “(h)ay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes”. Así, mientras que la violencia centra su atención en el comportamiento del sujeto agente, la intimidación pone el foco en la actitud del sujeto paciente.

³⁸⁸ OSSORIO MORALES, J., “Elementos esenciales...”, cit., p. 176.

El elemento central de la intimidación viene constituido por la existencia de un miedo o temor nacido de una amenaza³⁸⁹. De esta forma, la intimidación exige la concurrencia de un doble requisito.

Por un lado, la existencia de una amenaza consistente en el anuncio de un “mal inminente y grave”. La amenaza puede ser explícita o implícita, de modo que habrá amenaza si se hacen declaraciones que por sí solas constituyen el anuncio de un mal, pero también si se adopta cualquier otro comportamiento concluyente³⁹⁰. Para valorar la inminencia ha de examinarse la mayor o menor proximidad del mal que se espera y la mayor o menor posibilidad de evitarlo. La gravedad, por su parte, implica que la amenaza sea susceptible de impresionar a una persona sensata y causarle un temor racional, lo que debe medirse en relación con la idoneidad del mal para influir en el ánimo del sujeto paciente³⁹¹. Éste puede recaer sobre la esfera personal o patrimonial del sujeto pasivo, de su cónyuge, descendientes o ascendientes, aunque un sector de la doctrina apunta a que nada impediría que se extendiera a otras personas con las que el destinatario de la amenaza guarde algún vínculo estrecho³⁹². La evaluación de la gravedad, de acuerdo con el propio art. 1267 CC, ha de llevarse a cabo caso a caso, tomando en consideración la edad y la condición de la persona destinataria. Igualmente, el mal con el que se amenaza ha de ser injusto, con exclusión de los que consistan en el ejercicio de derechos o facultades reconocidas por el ordenamiento jurídico³⁹³. Además, la amenaza debe ser determinante de la declaración de voluntad, lo que exige constatar la existencia de un nexo causal entre aquella y ésta³⁹⁴.

Por otro lado, la amenaza deber conducir a una situación de temor creada en el sujeto pasivo. El art. 1267 CC precisa que éste ha de ser racional y fundado. En este sentido, se estima que el mal amenazado será susceptible de alterar la voluntad negocial de su destinatario si se trata de una amenaza de muerte, de privación de libertad ambulatoria o de afectación de bienes como el honor, la reputación o la fama³⁹⁵.

³⁸⁹ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., p. 161.

³⁹⁰ PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos...*, cit., p. 104.

³⁹¹ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de...*, cit., p. 57.

³⁹² En este sentido, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., p. 164; y SOLÉ FELIU, J., “La intimidación o amenaza como vicio del consentimiento contractual: textos, principios europeos y propuestas de reforma en España”, en *InDret*, núm. 4, 2016, p. 13. En contra, BOSCH CAPDEVILLA, E., “Estado de...”, cit., p. 70.

³⁹³ PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos...*, cit., p. 105; DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de...*, cit., p. 57; y OSSORIO MORALES, J., “Elementos esenciales...”, cit., p. 177.

³⁹⁴ SOLÉ FELIU, J., “La intimidación...”, cit., p. 20 y ss.

³⁹⁵ GONZÁLEZ PONS, E., *Prácticas agresivas...*, cit., p. 167.

Así pues, nada impide que una práctica comercial agresiva pueda consistir al mismo tiempo en una práctica desleal y en un supuesto de intimidación que vicia el consentimiento negocial del destinatario. No obstante, ello implicaría que la práctica comercial agresiva fuera de tal magnitud que consistiera en una amenaza de un mal grave e inminente y generara en su destinatario un temor racional y fundado de sufrir dicho mal en su persona o bienes, o en los de otros sujetos con los que mantiene un vínculo estrecho. Tal sería el caso de las prácticas agresivas por coacción del art. 28 LCD que, sin llegar a constituir una infracción penal, dieran lugar a una larga retención del consumidor en el establecimiento del empresario o en otro lugar y generaran un especial temor derivado del comportamiento especialmente amenazador del empresario. O el supuesto del art. 29.1 LCD, cuando el empresario se negara a abandonar el domicilio del consumidor y adoptara una actitud particularmente amenazante.

En cualquier caso, lo que queda patente es la estrecha vinculación existente entre la conducta típica propia de las prácticas comerciales agresivas y el supuesto de intimidación como vicio del consentimiento. Y a ello se suma la instauración en sede concurrencial de ese patrón o estándar de conducta impuesto a los empresarios a lo largo de las distintas fases del contrato, consistente en una actuación respetuosa con la esfera de libertad de la clientela en la formación de sus preferencias y decisiones sobre su comportamiento económico.

De este modo, la comisión de una práctica comercial agresiva puede servir para presumir algunos de los requisitos de la intimidación, como es el caso de la amenaza en el supuesto de una práctica agresiva por coacción. Igualmente, las circunstancias tomadas en consideración para determinar la concurrencia de una conducta de acoso, coacción o influencia indebida pueden convertirse en un importante instrumento de interpretación de los requisitos exigidos para la apreciación de la intimidación como vicio del consentimiento.

VI. EL ESTABLECIMIENTO DE MEDIDAS CORRECTORAS INDIVIDUALES FRENTE A PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES: DERECHO VIGENTE, PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA* Y SOLUCIONES DE DERECHO COMPARADO

1. Planteamiento

Como se sabe, la DPCD, siguiendo el sistema de armonización plena, ha establecido una regulación detallada y analítica en sus aspectos sustantivos. Sin embargo, ha dejado cierta libertad a los Estados miembros en lo que se refiere a los remedios y sanciones aplicables en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales que incorporen sus normas.

La DPCD, en efecto, impone a los Estados miembros la obligación de establecer “medios adecuados y eficaces para luchar contra las prácticas comerciales desleales, con miras al cumplimiento de las disposiciones de la presente Directiva en interés de los consumidores” (art. 11.1). Pero no especifica el carácter público o privado de estos medios o procedimientos, ni el régimen de sanciones aplicables.

De este modo, son los Estados miembros quienes tienen que dictar disposiciones legales en virtud de las cuales las personas o las organizaciones que tengan un interés legítimo en combatir las prácticas comerciales desleales puedan iniciar procedimientos judiciales y/o someter dichas prácticas a un órgano administrativo para que se pronuncie sobre las reclamaciones o para que entable las acciones judiciales pertinentes. Cabe, por tanto, colegir que los Estados miembros son libres para optar por un sistema judicial o por un sistema administrativo al fin de resolver las disputas que puedan producirse en relación con las prácticas comerciales desleales, e incluso pueden combinar ambos sistemas³⁹⁶.

Esta imposición a los Estados miembros del mandato genérico de velar por que en sus ordenamientos se establezcan medios adecuados y eficaces para combatir las prácticas comerciales desleales se completa con la indicación de algunos remedios que se deben reconocer en todo caso y otros que pueden

³⁹⁶ Los sistemas de aplicación de las disposiciones de la DPCD varían de un Estado a otro. En algunos países, la aplicación corresponde principalmente a autoridades públicas como el Defensor del consumidor (por ejemplo, Dinamarca, Suecia y Finlandia), a las autoridades de consumo o competencia (por ejemplo, Italia, Irlanda, Países Bajos, Rumanía y Reino Unido) o a departamentos específicos de los ministerios (por ejemplo, Portugal y Bélgica). Otros, en cambio, cuentan con un régimen de aplicación privado (como son Austria, Alemania y España). Ahora bien, la mayoría de los sistemas combinan elementos de aplicación pública y privada [Primer informe sobre la aplicación de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, COM(2013) 139 final].

adoptarse opcionalmente. Entre los primeros, la DPCD obliga a los Estados miembros a disponer la cesación de la práctica comercial desleal en su doble faceta de cesación *stricto sensu*, es decir, la orden de abstenerse de continuar una práctica ejecutada, y de prohibición de realizar una práctica comercial de ejecución inminente (art. 11.2). Entre los segundos, la DPCD atribuye a los Estados miembros la facultad de establecer, además, la publicación de la resolución de cesación y la publicación de un comunicado rectificativo.

Ahora bien, estos remedios fijados en la DPCD, ya sea con carácter necesario o facultativo, no se configuran como un catálogo cerrado de los medios de defensa que los Estados miembros pueden establecer para luchar contra las prácticas comerciales desleales. A estos remedios pueden sumarse otros que, con el fin de velar por el cumplimiento de las disposiciones de la Directiva en interés de los consumidores, se consideren adecuados y eficaces para combatir las prácticas comerciales desleales, como pueden ser la remoción de los efectos producidos por la práctica desleal o la indemnización de daños y perjuicios³⁹⁷.

En el marco de estos otros remedios pueden incardinarse las acciones individuales encaminadas a proporcionar remedios negociales a los consumidores que hayan concluido una operación comercial como consecuencia de prácticas comerciales desleales. A este respecto, el art. 3.2 DPCD se limita a establecer que ésta se entiende “sin perjuicio del Derecho contractual, y en particular de las normas relativas a la validez, la formación o el efecto de los contratos”.

De la redacción de esta última norma parece inferirse que los Estados miembros no tienen la obligación de proporcionar a los consumidores que contraten afectados por prácticas comerciales desleales acciones privadas orientadas a la invalidación del contrato resultante. Pero ello no significa que tengan vedado el establecimiento de este tipo de acciones. Antes bien, sobre la base del referido precepto, los Estados miembro gozan de libertad para determinar la incidencia de las prácticas comerciales desleales en la validez, formación o efectos de los contratos, toda vez que la Directiva no armoniza el Derecho nacional³⁹⁸.

Haciendo uso de esta libertad, algunos Estados miembros han optado por la atribución de acciones individuales a los consumidores que contraten afectados

³⁹⁷ MASSAGUER, J., *El nuevo...*, cit., p. 144.

³⁹⁸ En este sentido se pronuncia la Comisión Europea en el Primer informe sobre la aplicación de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, COM(2013) 139 final, p. 10.

por prácticas comerciales desleales, estableciendo consecuencias negativas específicas para dichas prácticas concurrencialmente ilícitas. Otros Estados miembros, sin embargo, no han previsto acciones individuales, lo que obliga a los consumidores a acudir a los remedios previstos en el Derecho general de contratos o en la normativa específica de consumo.

A continuación, analizaremos la situación existente en el Derecho español (*infra* 2), así como las propuestas de *lege ferenda* formuladas por la doctrina para mejorar el sistema actual de protección contractual de los consumidores afectados por prácticas comerciales desleales (*infra* 3). Seguidamente, se examinarán las distintas medidas negativas adoptadas por los legisladores de otros Estados miembros con vistas a tutelar a los consumidores que contraten influenciados por prácticas comerciales desleales, lo que nos permitirá vislumbrar las diversas soluciones que se han dado a este problema en el Derecho comparado (*infra* 4).

2. Las acciones previstas en la LCD

De entre los distintos sistemas de represión de las prácticas comerciales desleales propuestos por el legislador comunitario, el legislador español se ha decantado por la combinación de un sistema judicial y administrativo. En consecuencia, las prácticas comerciales desleales realizadas por empresarios que tengan como destinatarios a los consumidores se encuentran sometidas a un doble sistema de represión, uno público y otro privado.

El sistema de represión jurídico público, iniciado de oficio o a instancia de parte a través de la correspondiente denuncia y sustanciado en un procedimiento administrativo sancionador ante las “autoridades competentes en materia de consumo” (art. 52 bis.1 TRLGDCU), conduce a la imposición de sanciones administrativas consistentes en multas, cierre temporal de establecimientos o publicación de las sanciones (arts. 49 y 50 TRLGDCU). En este sentido, el art. 47.1.m TRLGDCU dispone que “(s)on infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios... m) El uso de prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios”. Ahora bien, la tipificación de la conducta se lleva a cabo mediante la remisión a la LCD, lo que choca con el principio de tipicidad del art. 25 CE, dado que las autoridades administrativas no cuentan con la misma competencia que los órganos jurisdiccionales para concretar y aplicar cláusulas generales³⁹⁹.

³⁹⁹ CARRASCO PERERA, A., “Modificación del...”, cit., p. 4 y 5.

El sistema de represión jurídico privado se articula en vía judicial a través del ejercicio de las acciones de competencia desleal y se sustancia en el marco del proceso ordinario ante los Juzgados de lo Mercantil. Este proceso se resuelve, en su caso, mediante el establecimiento de remedios civiles, tales como la cesación y/o prohibición de la práctica comercial desleal, la remoción de sus efectos o la indemnización de los daños y perjuicios.

El art. 32 LCD recoge el catálogo de acciones por competencia desleal, previendo seis vías procesales específicas: 1) la acción declarativa de la deslealtad; 2) la acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura; 3) la acción de remoción de los efectos producidos por dicha conducta; 4) la acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas; 5) la acción de resarcimiento de daños y perjuicios; y, por último, 6) la acción de enriquecimiento injusto.

Este precepto legal, empero, no agota el catálogo de acciones, toda vez que tiene un carácter meramente ejemplificativo como se infiere del empleo de una expresión potestativa (“podrán ejercitarse”)⁴⁰⁰. Con ello quiere ponerse de manifiesto que el ejercicio de estas acciones debe entenderse sin perjuicio de la puesta en práctica de cualquier otra acción que resulte adecuada a la naturaleza de los derechos lesionados. Y es que el perjudicado por una práctica comercial desleal puede obtener la tutela de sus derechos y alcanzar el resarcimiento de los daños causados, además de por los cauces de la LCD, a través de cualquier otra acción que, siendo apropiada a la naturaleza de los derechos lesionados, esté reconocida en nuestro ordenamiento. Tal sería el caso de la acción declarativa general, con la consiguiente posibilidad de ejercitar pretensiones de carácter negativo; la acción reivindicatoria sobre bienes inmateriales; o las derivadas de contratos⁴⁰¹.

En lo que se refiere singularmente a las acciones contractuales (entre otras: cumplimiento contractual, nulidad, resolución del contrato o resarcimiento

⁴⁰⁰ GUALDE CAPÓ, P. y BORRÁS CEBRIÁN, P., “Artículo 18. Acciones”, en AA.VV. (Dir. MARTÍNEZ SANZ, F.), *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid, Tecnos, 2009, p. 305; VEGA VEGA, J. A., “Artículo 32. Acciones”, en AA.VV. (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 851; y BENEYTO PALLÁS, K., “Acciones, legitimación y prescripción en materia de competencia desleal”, en AA.VV. (Dir. BENEYTO PALLÁS, K.), *Actos de competencia desleal y su tratamiento procesal: un estudio práctico de la Ley de competencia desleal (LCD)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 273. En contra, HERRERA PETRUS, C., “Acciones frente a la competencia desleal”, en TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, 1ª ed., Madrid, La Ley, 2010, p. 348; y CERVERA MARTÍNEZ, M., “Acciones y legitimación ante un acto de competencia desleal”, en AA.VV. (Dir. GARCÍA-CRUCES, J. A.), *Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 1846.

⁴⁰¹ VEGA VEGA, J. A., “Artículo 32...”, cit., p. 851.

de daños por incumplimiento contractual), cabe afirmar que éstas siguen el procedimiento común y se sujetan a la jurisdicción ordinaria. Éste parece ser el sentido que ha de atribuirse al segundo inciso del art. 19.2 TRLGDCU, cuando dispone que “(n)o tienen la consideración de prácticas comerciales las relaciones de naturaleza contractual, que se regirán conforme a lo previsto en el artículo 59”⁴⁰². De esta forma, la disciplina de la competencia desleal no prevé acciones individuales específicas encaminadas a la tutela de aquellos consumidores que hayan contratado bajo la influencia de una práctica comercial desleal. Tan solo se limita a proporcionar a los consumidores el catálogo de acciones previsto en el art. 32 LCD, a través de una regulación que parece pensar más en la tutela de los empresarios afectados por actos desleales que en la protección de los consumidores y usuarios.

La *acción declarativa* tiene por objeto la obtención de una sentencia judicial que confirme la deslealtad y consiguiente ilicitud de la práctica comercial en cuestión. Su finalidad, por tanto, no es otra que la obtención de una resolución judicial que reconozca que un determinado operador económico ha incurrido en un ilícito de deslealtad.

La acción declarativa puede ejercitarse con carácter autónomo, es decir, sin necesidad de añadir alguna de las pretensiones de condena previstas en el art. 32 LCD. Aunque lo habitual será acumular esta acción a otras, en cuyo caso la sentencia deberá pronunciarse separadamente sobre la tutela declarativa solicitada, que constituirá un *prius* lógico para la estimación del resto de pretensiones acumuladas⁴⁰³.

⁴⁰² CARRASCO PERERA, A., “Modificación del...”, cit., p. 6; BUSTO LAGO, J. M., “Artículo 19. Principio general y prácticas comerciales”, en AA.VV. (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, 2ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2015, p. 245; EGUSQUIZA, M. A., “Prácticas comerciales desleales e incidencia en la contratación de consumo: algunas cuestiones desde la perspectiva española”, en AA.VV. (Dir. PINTO MONTEIRO, A.), *Actas del Colóquio prácticas comerciais desleais*, Coimbra, Centro de Direito do Consumo, 2017, p. 29; y BEDNARZ, Z., “Acciones individuales a...”, cit., p. 8/24.

⁴⁰³ Entre otros, BACHARACH DE VALERA, S., “Acciones derivadas de la competencia desleal (En torno al artículo 18 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal)”, en *Revista General de Derecho*, 1991, núm. 562-563, p. 6180 y 6181; BARONA VILAR, S., *Competencia desleal...*, cit., p. 704 y ss.; SALAS CARCELLER, A., “Acciones por publicidad ilícita y competencia desleal (Parte I)”, en *Autocontrol*, 2010, núm. 156, p. 12; HERRERA PETRUS, C., “Acciones frente...”, cit., p. 349; y PÉREZ BENÍTEZ, J. y GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., “La competencia desleal (II): Acciones y procedimiento. Falseamiento de la competencia por actos desleales”, en AA.VV. (Coord. CARBAJO CASCÓN, F.), *Manual práctico de derecho de la competencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 417. Ahora bien, como señala el TS, en caso de que el demandante interponga únicamente la pretensión de condena sin alegar la acción declarativa, si el órgano jurisdiccional se pronuncia sobre la pretensión declarativa no solicitada no estaría incurriendo en incongruencia [Cfr. STS (Sala 1ª) 689/2002, de 9 de julio (Roj: STS 5127/2002)].

Tras la reforma operada por la Ley 29/2009, se suprime el requisito consistente en la subsistencia de la perturbación creada por la práctica desleal⁴⁰⁴. De modo que, para el ejercicio de esta acción, sólo será necesario que quien la alegue acredite la existencia de un ilícito de deslealtad y un interés legítimo en su ejercicio⁴⁰⁵.

La LCD no prevé la posibilidad de ejercitar la acción declarativa de forma negativa. Es decir, con el fin de obtener un pronunciamiento judicial que manifieste que una determinada conducta no constituye una práctica desleal y, por tanto, declare la lealtad de la actuación. No obstante, la posibilidad de ejercitar esta acción en sede de protección de derechos de propiedad industrial, junto a la tutela judicial efectiva prevista en el art. 24 CE para aquel que tenga un interés legítimo digno de tutela, han de conducir a su admisión⁴⁰⁶.

La *acción de cesación* se configura como la acción clave sobre la que pivota la tutela que puede ejercitarse frente a los ilícitos de deslealtad⁴⁰⁷. Con ella trata de evitarse que el comportamiento desleal continúe realizándose en el mercado, o lograr su prohibición si todavía no se ha puesto en práctica. Esto es,

⁴⁰⁴ VILATA MENADAS, S., “La nueva ley de competencia desleal. Modificaciones en materia de legitimación y procedimiento”, en AA.VV. (Dir. RUIZ PERIS, J. I.), *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal (Estudios sobre 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 mejora de la protección de los consumidores y usuarios)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 180; y CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, A., “Artículo 32 LCD. Acciones”, en AA.VV. (Dir. LEMA DEVESA, C.), *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores: régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29-2009*, L’Hospitalet de Llobregat, Bosch, 2012, p. 491 y ss. Sobre este requisito bajo la vigencia del texto original de la LCD, *vid.* SANJUAN Y MUÑOZ, E., “Acciones derivadas de la Ley de Competencia Desleal”, en AA.VV. (Coord. SANJUAN Y MUÑOZ, E.), *Competencias de los juzgados de lo mercantil competencias en materia concursal y “competencias añadidas” mercantiles. (Sociedades, competencia, publicidad, transportes, propiedad industrial, propiedad intelectual, etc.)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 45/58 (hemos consultado la versión en línea disponible en la biblioteca virtual Tirant onLine); BARONA VILAR, S., *Competencia desleal...*, cit., p. 718 y ss.; y GUALDE CAPÓ, P. y BORRÁS CEBRIÁN, P., “Artículo 18...”, cit., p. 307 y ss.

⁴⁰⁵ ZURILLA CARINANA, M. A., “Acciones civiles en materia de competencia desleal”, en *Documentos de Trabajo. Seminario Permanente de Ciencias Sociales*, núm. 4, 2009, p. 6 y 7; AYALA MUÑOZ, J. M., “Aspectos jurídico procesales del nuevo derecho de la de competencia desleal”, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 7, 2010, p. 124; y HERRERA PETRUS, C., “Acciones frente...”, cit., p. 352.

⁴⁰⁶ En este sentido, entre otros, BACHARACH DE VALERA, S., “Acciones derivadas...”, cit., p. 6182; BARONA VILAR, S., *Competencia desleal...*, cit., p. 711 y ss.; VEGA VEGA, J. A., “Artículo 32...”, cit., p. 855 y 856; CERVERA MARTÍNEZ, M., “Acciones y...”, cit., p. 1849; VEGAS TORRES, J., “Objeto del proceso y congruencia de la sentencia en los procesos civiles sobre competencia desleal”, en *La Ley Mercantil*, núm. 40, 2017, p. 7/19 (hemos consultado la versión en línea disponible en el portal de revistas Wolters Kluwer); y BENEYTO PALLÁS, K., “Acciones, legitimación...”, cit., p. 277. En contra, MASSAGUER, J., *Comentario...*, cit., p. 529 y 530; y SANJUAN Y MUÑOZ, E., “Acciones derivadas...”, cit., p. 45/58.

⁴⁰⁷ BARONA VILAR, S., *Competencia desleal...*, cit., p. 730.

se persigue poner fin de manera efectiva a las disfuncionalidades y efectos negativos dimanantes de la práctica desleal⁴⁰⁸.

En consecuencia, este tipo de acción comprende algunas variantes que no impiden su configuración como pretensión única de naturaleza inhibitoria; a saber: la cesación en sentido estricto de un comportamiento desleal vigente y, por tanto, de eficacia duradera; la prohibición de reiteración de un ilícito ya consumado, pero de probable repetición; y la prohibición de actos desleales de inminente ejecución, aunque todavía no realizados⁴⁰⁹. Se trata en todos estos casos de peticiones de inhibición de un comportamiento futuro, lo que evidencia la función preventiva de este tipo de tutela, que viene a unirse a su conocida finalidad represora⁴¹⁰.

Atendiendo a su *petitum*, las acciones de cesación y prohibición son acciones declarativas de condena, toda vez que persiguen que se produzca un pronunciamiento judicial que imponga al demandado un determinado comportamiento esencialmente negativo, aunque también puede revestir un contenido abstencionista o positivo⁴¹¹.

Los presupuestos necesarios para el ejercicio de esta acción serán que se haya producido o se vaya a producir un acto de competencia desleal en el mercado y que haya riesgo de repetición o de puesta en práctica⁴¹². No se tomarán en consideración, en cambio, las circunstancias relativas a la culpabilidad y el daño.

La *acción de remoción* tiene por finalidad que el juez ordene las medidas necesarias para que se eliminen los efectos producidos por el acto de competencia desleal y se restablezca, en la medida de lo posible, la situación anterior⁴¹³. Es una acción de condena, complementaria de la acción de cesación,

⁴⁰⁸ LEMA DEVESA, C., “Posibilidades y remedios para reprimir la competencia desleal”, en *Derecho de los Negocios*, núm. 6, 1991, p. 207; y MASSAGUER, J., *Comentario...*, cit., p. 531.

⁴⁰⁹ VEGA VEGA, J. A., “Artículo 32...”, cit., p. 856.

⁴¹⁰ BACHARACH DE VALERA, S., “Acciones derivadas...”, cit., p. 6184; ZURILLA CARIÑANA, M. A., “Acciones civiles...”, cit., p. 8; HERRERA PETRUS, C., “Acciones frente...”, cit., p. 356; CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, A., “Artículo 32...”, cit., p. 495; y CERVERA MARTÍNEZ, M., “Acciones y...”, cit., p. 1850.

⁴¹¹ ZURILLA CARIÑANA, M. A., “Acciones civiles...”, cit., p. 8 y 9; HERRERA PETRUS, C., “Acciones frente...”, cit., p. 360 y ss.; y VEGAS TORRES, J., “Objeto del...”, cit., p. 7/19.

⁴¹² BACHARACH DE VALERA, S., “Acciones derivadas...”, cit., p. 6186 y ss.; MASSAGUER, J., *Comentario...*, cit., p. 532; GUALDE CAPÓ, P. y BORRÁS CEBRIÁN, P., “Artículo 18...”, cit., p. 309 y ss.; HERRERA PETRUS, C., “Acciones frente...”, cit., p. 357 y ss.; y BENEYTO PALLÁS, K., “Acciones, legitimación...”, cit., p. 278 y 279.

⁴¹³ GUALDE CAPÓ, P. y BORRÁS CEBRIÁN, P., “Artículo 18...”, cit., p. 311; BARONA VILAR, S., *Competencia desleal...*, cit., p. 777 y 778; y LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., “El avance en la protección de la persona consumidora y usuaria ante las nuevas prácticas comerciales desleales”, en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 59, 2013, p. 97.

que opera no sobre el acto o práctica, sino sobre sus efectos⁴¹⁴. De modo que sólo podrá ejercitarse si la práctica desleal se ha consumado, toda vez que la remoción presupone la realidad de un impacto efectivo que sea consecuencia de una actuación ilícita consumada, sin que sea suficiente con la mera amenaza de ese resultado material⁴¹⁵.

Para el éxito de una acción de remoción el actor debe probar la existencia de efectos ocasionados por un acto desleal y su vigencia en el momento de presentarse la demanda. Además, deberá justificar que su eliminación requiere, bajo criterios de necesidad y de proporcionalidad, la intervención del Juzgado⁴¹⁶.

Su espacio de convergencia con la acción de cesación, con la que comparte su condición de remedio de carácter defensivo, explica que con frecuencia ambas acciones se ejerzan conjunta o acumuladamente, aunque se ha de reconocer a la acción de remoción plena autonomía respecto de la pretensión inhibitoria. En consecuencia, puede solicitarse eficazmente la eliminación de los efectos del ilícito concurrencial, aunque no concurren los presupuestos para pretender la tutela de la cesación o de la prohibición⁴¹⁷.

Siendo la finalidad de la acción de remoción disipar, minimizar o suprimir los efectos que una práctica desleal consumada hubiera producido, las medidas que el órgano jurisdiccional puede adoptar para obtener el *status quo* previo pueden ser muy diversas⁴¹⁸. Será en el suplico de la demanda donde el actor ha de concretar sus pretensiones, que habrán de ser objetivamente adecuadas para lograr la eliminación de los efectos que se persigue y sujetarse a un criterio de proporcionalidad que evite una gravosidad innecesaria⁴¹⁹.

La tipología de medidas que pueden ser adoptadas en el marco de la acción de remoción es tan amplia como distintos los supuestos de hecho que dan lugar a ella. Estas pueden consistir en la retirada del mercado, modificación o destrucción de los elementos materiales a través de los cuales se ha llevado a cabo la práctica desleal (folletos, catálogos, cartelera, mobiliario, indumentaria,

⁴¹⁴ CERVERA MARTÍNEZ, M., “Acciones y...”, cit., p. 1853.

⁴¹⁵ HERRERA PETRUS, C., “Acciones frente...”, cit., p. 369. En contra, CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, A., “Artículo 32...”, cit., p. 498.

⁴¹⁶ HERRERA PETRUS, C., “Acciones frente...”, cit., p. 367 y ss.; SALAS CARCELLER, A., “Acciones por...”, cit., p. 12; y PÉREZ BENÍTEZ, J. y GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., “La competencia...”, cit., p. 418.

⁴¹⁷ HERRERA PETRUS, C., “Acciones frente...”, cit., p. 365 y ss.; y VEGAS TORRES, J., “Objeto del...”, cit., p. 8/19.

⁴¹⁸ BARONA VILAR, S., *Competencia desleal...*, cit., p. 773 y ss.

⁴¹⁹ BACHARACH DE VALERA, S., “Acciones derivadas...”, cit., p. 6193; MASSAGUER, J., *Comentario...*, cit., p. 535 y 536; GUALDE CAPÓ, P. y BORRÁS CEBRIÁN, P., “Artículo 18...”, cit., p. 313; HERRERA PETRUS, C., “Acciones frente...”, cit., p. 370; y VEGAS TORRES, J., “Objeto del...”, cit., p. 9/19.

etc.), de los propios productos o de los materiales necesarios para crear los elementos en los que se concreta la práctica (moldes, programas informáticos...); la cancelación o modificación de asientos registrales; la retirada de publicidad o la realización de actuaciones de contrapublicidad⁴²⁰.

Asimismo, un importante sector de la doctrina mantiene que al amparo de esta acción puede solicitarse la anulación o ineficacia de los contratos que se hayan suscrito como consecuencia de una práctica comercial desleal, con la única cautela de que se salvaguarden los derechos de terceros de buena fe⁴²¹.

Esta medida, empero, rara vez ha sido planteada ante los Tribunales. El único caso del que tenemos noticia es el relativo a un litigio en el que se dirimía un supuesto de competencia desleal por violación de normas. Se trata de la SAP de Palma de Mallorca 342/2005, de 28 de julio (ROJ: SAP IB 1447/2005), donde se declara que “(l)a remoción de los efectos producidos por el acto desleal consistirá en dejar sin efecto, tanto los contratos de prestación de servicios con los facultativos como las altas de los asegurados en lo referente al Suplemento Odontológico referido, debiendo dejar de operar el referido Suplemento Odontológico, y de devengar primas, comisiones o franquicias, y ello a contar desde la fecha de la presente resolución judicial”⁴²².

⁴²⁰ MASSAGUER, J., *Comentario...*, cit., p. 536; HERRERA PETRUS, C., “Acciones frente...”, cit., p. 370 y 371; y VEGA VEGA, J. A., “Artículo 32...”, cit., p. 860 y 861.

⁴²¹ En este sentido, entre otros, MASSAGUER, J., *Comentario...*, cit., p. 536; HERRERA PETRUS, C., “Acciones frente...”, cit., p. 371; CERVERA MARTÍNEZ, M., “Acciones y...”, cit., p. 1855; MARIMÓN DURÁ, R., “La OPS...”, cit., p. 90; PÉREZ BENÍTEZ, J. y GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., “La competencia...”, cit., p. 418. y BENEYTO PALLÁS, K., “Acciones, legitimación...”, cit., p. 282. En contra, RUIZ MUÑOZ, M., “Facultad revocatoria...”, cit., p. 31; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Información precontractual...”, cit., p. 386; MARÍN LÓPEZ, M. J., “La formación...”, cit., p. 806; y BEDNARZ, Z., “Acciones individuales frente a la publicidad engañosa: ¿Necesidad de una solución europea?”, en AA.VV. (Dir. TATO PLAZA, A., COSTAS COMESAÑA, J., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. I. y TORRES PÉREZ, F. J.), *Nuevas tendencias en el Derecho de la competencia y de la propiedad industrial II*, Granada, Comares, 2019, p. 14.

⁴²² En este caso, se dirime la cuestión relativa a la colocación por parte de una entidad aseguradora de un nuevo producto entre sus clientes sin recabar su consentimiento. Se trataba de un producto comercializado como una modalidad de seguro de asistencia sanitaria de carácter complementario (suplemento odontológico), pero que no se correspondía con un seguro. Y ello por cuanto que el cliente debía pagar, por adelantado, todo el importe de las prestaciones dentales que recibe, con la también errónea denominación de franquicias, según una tabla de precios que resultan ser el coste íntegro de cada una de las intervenciones odontológicas incrementado en un 5% de comisión para la compañía. En esta sentencia, el Tribunal entiende que “existe en este caso infracción de las normas reguladoras de la actividad concurrencial –artículo 15.2 de la LCD–, y ello es así en la medida en que la demandada, pese a su condición de aseguradora y amparándose en dicha condición, ha configurado un producto de apariencia formal y terminológica de contrato de seguro sin serlo, configurándose, de hecho, como una mera intermediaria a comisión en la prestación de la asistencia buco dental de sus asegurados, quienes sufragan íntegramente los siniestros de sus bolsillos en forma de falsas franquicias y pagando unas primas y comisiones que van directamente a la columna de beneficios de la compañía, los cuales, irónicamente, serán tanto más altos cuantos más siniestros odontológicos se declaren. Ello supone una infracción del referido artículo, consistente en la canalización masiva de clientes hacia las clínicas dentales concertadas, en detrimento de las no concertadas, mediante el alta unilateral de 53.000 personas. De hecho, la

Sin embargo, no puede perderse de vista que, en este caso, la compañía demandada había dado de alta en el servicio controvertido a todos sus asegurados sin recabar su consentimiento. En esta dirección, la sentencia apelada señala que falta en estos contratos uno de sus elementos esenciales, puesto que no ha existido consentimiento de una las partes (asegurado), por lo que los contratos en cuestión no se habrían perfeccionado⁴²³. Entendemos, por tanto, que la ineficacia de los contratos controvertidos encontraría su fundamento en la falta de consentimiento y no tanto en la infracción de la normativa concurrencial.

Ahora bien, pese a que, en el plano teórico, podría admitirse la posibilidad de solicitar la anulabilidad o la ineficacia del contrato al amparo de la acción de remoción, esta medida difícilmente será operativa para los consumidores que contraten afectados por una práctica comercial desleal.

De un lado, porque la anulabilidad o ineficacia del contrato no es un remedio que, con carácter general, satisfaga los intereses del consumidor. Y, de otro, por cuanto que el consumidor interesado en solicitar por esta vía la anulación o ineficacia del contrato habrá de acreditar que la eliminación de los efectos de la práctica comercial desleal requiere, bajo criterios de necesidad y de proporcionalidad, de esta medida, lo que no siempre estará justificado a la vista de la distinta gravedad que presentan las prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios.

Además, esta posibilidad parece desvanecerse en el texto de la LGP, cuando afirma en el párrafo segundo de su art. 6.1 que “(s)i el contenido de la publicidad incumple los requisitos legalmente exigidos en esta o cualquier otra norma específica o sectorial, a la acción de cesación prevista en esta Ley podrá acumularse siempre que se solicite la de nulidad y anulabilidad, la de

infracción de las normas que regulan la actividad concurrencial, *ex* artículo 15.2 de la LCD, no se contrae solamente en la infracción de preceptos de la Ley de Contrato de Seguro, sino también de la Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados, artículos 3 y 5, a la sazón vigentes, de los que resultaba la prohibición de las compañías aseguradoras de realizar operaciones que no sean de seguro y carezcan de base técnica actuarial; normas todas ellas que presentan en última instancia una finalidad reguladora de la actividad concurrencial”.

⁴²³ En concreto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca afirma lo siguiente: “Pero añade la sentencia apelada, no sólo el suplemento odontológico no es un contrato de seguro por no responder a su naturaleza jurídica y no reunir los requisitos del artículo 1 de la LCS, sino que, en el supuesto de que tuviera tal calificación, *no se hubiera perfeccionado nunca el contrato puesto que los asegurados no han prestado su consentimiento a éste*, ya que, como ha quedado acreditado (pruebas de confesión y testificales anteriormente reseñadas) la compañía cobró la prima a todos sus asegurados sin consulta ni autorización alguna en el recibo del mes de julio de 1997, incluso algunos testigos y profesionales demandados han manifestado que mucha gente ni se enteró de que les habían cobrado esta prima (...). Por lo tanto, consideró la sentencia apelada que *falta en este contrato de seguro uno de sus elementos esenciales*, aparte de la aleatoriedad, bilateralidad y la asunción de riesgo por la aseguradora, *como es el carácter consensual, puesto que no ha existido consentimiento de una de las partes (asegurado), por lo que no se ha perfeccionado*” (la cursiva es nuestra).

incumplimiento de obligaciones, la de resolución o rescisión contractual y la de restitución de cantidades que correspondiera”. Y es que de este precepto, introducido por la Ley 3/2014, parece deducirse que el contrato no puede ser atacado por el cauce de las acciones de la LCD, sino por la vía de las acciones contractuales previstas en el Derecho general de contratos.

En este sentido, no puede desconocerse que la acción de remoción fue inicialmente concebida para eliminar los efectos del acto de competencia desleal, entendiéndose por tales, no tanto las posibles consecuencias dañosas derivadas de aquél, sino las cosas en las que se exterioriza el ilícito concurrencial y cuya persistencia implica una probabilidad de daño⁴²⁴. Esta interpretación, formulada bajo un modelo de la disciplina de la competencia desleal ya superado, resultaría también coherente con el bien jurídico protegido a través del modelo social de esta disciplina, que no es otro que la competencia en sí misma considerada. De ahí que algún autor haya mantenido que es presupuesto necesario para el ejercicio de esta acción la subsistencia actual de los medios materiales a través de los que, o con los que se realizó el acto⁴²⁵. En el bien entendido de que lo que trata de restablecerse a través de esta acción es el orden concurrencial y no las concretas relaciones *inter privatos* entabladas entre los participantes en el mercado.

La *acción de rectificación* es un remedio procesal específicamente orientado a corregir las informaciones engañosas, incorrectas o falsas. Pero dado que la mera difusión de informaciones incorrectas o falsas no constituye automáticamente un acto de competencia desleal, esta pretensión sólo podrá articularse frente a aquellos comportamientos engañosos o denigratorios que constituyan infracciones del ordenamiento concurrencial, circunstancia que constituye un presupuesto de este tipo de acción⁴²⁶.

La pretensión de rectificación es una pretensión declarativa de condena que tiene como finalidad la eliminación de aquellos efectos residuales de carácter engañoso o denigratorio registrados en el mercado como consecuencia de la difusión de información engañosa, incorrecta o falsa por parte del demandado⁴²⁷. Es por ello que puede considerarse como una subespecie de la acción de remoción, específicamente destinada a aquellos ilícitos caracterizados por la

⁴²⁴ ASCARELLI, T., *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, traducción a cargo de VERDERA, E. y SUÁREZ-LLANOS, L., Barcelona, Bosch, 1970, p. 231.

⁴²⁵ BACHARACH DE VALERA, S., “Acciones derivadas...”, cit., p. 6192.

⁴²⁶ MASSAGUER, J., *Comentario...*, cit., p. 537; HERRERA PETRUS, C., “Acciones frente...”, cit., p. 372; CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, A., “Artículo 32...”, cit., p. 499 y ss.; y VEGAS TORRES, J., “Objeto del...”, cit., p. 9/19.

⁴²⁷ BARONA VILAR, S., *Competencia desleal...*, cit., p. 788.

difusión de información engañosa, incorrecta o falsa⁴²⁸. Se trata, por tanto, de un remedio especialmente eficaz frente a aquellas prácticas engañosas dirigidas a los consumidores que causan un resultado objetivo y lesivo grave para éstos.

El ejercicio de esta acción precisa que la difusión de la información se haya llevado a cabo en el mercado y con finalidad concurrencial; que la información no sea veraz, en el sentido de constituir un ilícito de deslealtad por engaño o por denigración; que se hayan producido efectos lesivos derivados de la difusión de la información engañosa, incorrecta o falsa y que persistan al tiempo de interponer la demanda; que la información rectificadora sea veraz y correcta; y que la medida de rectificación sea proporcional a los efectos producidos y a la repercusión que pueda ocasionar en el infractor⁴²⁹.

Lógicamente, el público destinatario de la comunicación correctora ha de ser el mismo que ha recibido previamente la información engañosa o denigratoria y que, por ello, ha podido retener datos incorrectos que alteran injustificadamente su percepción sobre las prestaciones objetivas del actor, comprometiendo así el recto funcionamiento del mercado⁴³⁰.

La *acción de resarcimiento de daños y perjuicios* es una acción de condena que tiende a la reparación de los daños y perjuicios imputables al demandado que sean consecuencia de una práctica desleal, siempre que haya mediado dolo o culpa. Se trata, por tanto, de una acción dotada de una finalidad exclusivamente reparadora⁴³¹. A través de ella el actor persigue que se condene a quien realiza una práctica desleal a compensarle por los efectos económicos y perjudiciales que ha sufrido en su patrimonio como resultado de dicha práctica. Nos encontramos así ante una tutela concedida en relación con un patrimonio privado dañado y cuyo alcance viene delimitado por la magnitud de la lesión real y concreta padecida en éste, que ha de ser calculada con exactitud y a título individual⁴³².

Aunque se considera una de las acciones procesales más importantes, goza de la naturaleza jurídica de la acción indemnizatoria derivada de la

⁴²⁸ En este sentido, entre otros, BARONA VILAR, S., *Competencia desleal...*, cit., p. 786 y 787; HERRERA PETRUS, C., “Acciones frente...”, cit., p. 373; VEGA VEGA, J. A., “Artículo 32...”, cit., p. 862; y CERVERA MARTÍNEZ, M., “Acciones y...”, cit., p. 1856 y 1857. Algunos autores, en cambio, encuentran esta acción más próxima a la cesación que a la remoción (Cfr. GUALDE CAPÓ, P. y BORRÁS CEBRIÁN, P., “Artículo 18...”, cit., p. 314).

⁴²⁹ CERVERA MARTÍNEZ, M., “Acciones y...”, cit., p. 1858.

⁴³⁰ HERRERA PETRUS, C., “Acciones frente...”, cit., p. 377.

⁴³¹ BARONA VILAR, S., *Competencia desleal...*, cit., p. 804; y ZURILLA CARIÑANA, M. A., “Acciones civiles...”, cit., p. 10. No obstante, algunos autores también le atribuyen una finalidad disuasoria o preventiva indirecta (Cfr. MASSAGUER, J., *Comentario...*, cit., p. 540).

⁴³² HERRERA PETRUS, C., “Acciones frente...”, cit., p. 381.

responsabilidad civil por culpa *ex arts.* 1101 y 1902 CC. Razón por la cual los requisitos que para el éxito de esta acción contempla el art. 32.5 LCD coinciden con los sostenidos por la doctrina jurisprudencial como soporte de la responsabilidad civil aquiliana (art. 1902 CC)⁴³³.

En primer lugar, se exige la acreditación de la deslealtad de la conducta, lo que habrá de analizarse con carácter previo, bien en el mismo procedimiento o bien en un procedimiento precedente. En segundo lugar, la conducta debe haber producido un daño y/o perjuicio, que además ha de ser real, efectivo, actual y evaluable económicamente⁴³⁴. Cuestiones todas ellas cuya acreditación corresponde al demandante. Bien es cierto que en el ámbito de la competencia desleal se viene recurriendo, aunque de forma vacilante, a la llamada doctrina *in re ipsa loquitur*, que atempera esa carga probatoria cuando las circunstancias del caso permiten concluir de forma lógica y razonable que la conducta enjuiciada ha generado una lesión resarcible⁴³⁵. En tercer lugar, es necesario acreditar la relación de causalidad entre los daños y perjuicios reclamados y la deslealtad de la conducta. Así, el actor debe demostrar no sólo que el sujeto agente ha realizado la conducta, sino también que ésta ha sido transcendente y ha producido el daño. Finalmente, se exige la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto agente.

En sede de competencia desleal y, concretamente, de las prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios, el sujeto agente es un sujeto que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional al que se exige un nivel de diligencia más intenso. De ahí que se estreche el espacio que media entre la responsabilidad por culpa y la objetiva, lo que conduce a una inversión de la carga de la prueba sobre la inexistencia de dolo o culpa en aquellos supuestos en que la deslealtad es manifiesta y el actor ha probado los daños y la relación de causalidad⁴³⁶. Ahora bien, a pesar de ello, la acción de resarcimiento de daños y perjuicios es una acción compleja que exige al

⁴³³ BARONA VILAR, S., *Competencia desleal...*, cit., p. 804; GUALDE CAPÓ, P. y BORRÁS CEBRIÁN, P., “Artículo 18...”, cit., p. 316 y 317; y BENEYTO PALLÁS, K., “Acciones, legitimación...”, cit., p. 284 y 285.

⁴³⁴ BACHARACH DE VALERA, S., “Acciones derivadas...”, cit., p. 6199; y BARONA VILAR, S., *Competencia desleal...*, cit., p. 822 y ss.

⁴³⁵ Sobre esta cuestión, HERRERA PETRUS, C., “Acciones frente...”, cit., p. 384 y ss.; VEGA VEGA, J. A., “Artículo 32...”, cit., p. 869; CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, A., “Artículo 32...”, cit., p. 503; CERVERA MARTÍNEZ, M., “Acciones y...”, cit., p. 1865 y ss.; y BENEYTO PALLÁS, K., “Acciones, legitimación...”, cit., p. 285 y ss.

⁴³⁶ HERRERA PETRUS, C., “Acciones frente...”, cit., p. 386 y 387; y VEGA VEGA, J. A., “Artículo 32...”, cit., p. 875. Esta solución también se admite en el ordenamiento italiano. *Vid.*, entre otros, RAVÀ, T., *Diritto Industriale*, 2ª ed., vol. I, Torino, UTET, 1981, p. 188 y 189; GHIDINI, G., “Competencia desleal...”, cit., p. 144; VANZETTI, A. y DI CATALDO, V., *Manuale di Diritto Industriale*, 7ª ed., Milano, Giuffrè, 2012, p. 133 y 134; y SIGNORINI, C., “Concorrenza sleale...”, cit., p. 136.

demandante una carga probatoria especialmente intensa, lo que dificulta su éxito, sobre todo, cuando el demandante es un consumidor.

La *acción de enriquecimiento injusto* sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva (v. gr. propiedad intelectual, patente, marca, etc.) u otra de análogo contenido económico. En este último caso, se trata de hipótesis que el ordenamiento jurídico considera tutelables, pero que no llevan aparejado el reconocimiento formal de un derecho de exclusiva. Así ocurre, por ejemplo, con la confusión con signos distintivos no registrados, el aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajenos, el aprovechamiento indebido de la reputación ajena mediante el uso de signos distintivos no registrados o marcas renombradas, etc.⁴³⁷.

Como ocurre en cualquier acción de enriquecimiento injusto, su *ratio* es la represión de un desplazamiento sin justificación de un valor del patrimonio del actor al del demandado. En consecuencia, los presupuestos necesarios para que pueda ejercitarse dicha acción son, de un lado, que se haya realizado un acto de competencia desleal que lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico y, de otro, que no exista una causa lícita de enriquecimiento⁴³⁸. Se trata, por tanto, de una acción que difícilmente podrá emplearse por los consumidores que se vean afectados por prácticas comerciales desleales.

Finalmente, la LCD regula la acción de publicación de sentencia o de una declaración rectificadora en su art. 32.2. Conforme a este precepto, “(e)n las sentencias estimatorias de las acciones previstas en el apartado anterior, números 1.ª a 4.ª, el tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora”. Con esta norma, introducida por la Ley 29/2009, el legislador desvincula esta acción de la indemnización de daños perjuicios. Sin embargo, sigue configurándose como una pretensión accesoria de las acciones principales (salvo las relativas a las solicitudes indemnizatorias), puesto que sólo puede solicitarse de forma acumulada a éstas⁴³⁹.

⁴³⁷ HERRERA PETRUS, C., “Acciones frente...”, cit., p. 395; VEGA VEGA, J. A., “Artículo 32...”, cit., p. 878; y CERVERA MARTÍNEZ, M., “Acciones y...”, cit., p. 1877.

⁴³⁸ GUALDE CAPÓ, P. y BORRÁS CEBRIÁN, P., “Artículo 18...”, cit., p. 318 y 319; SALAS CARCELLER, A., “Acciones por...”, cit., p. 13; y HERRERA PETRUS, C., “Acciones frente...”, cit., p. 397 y ss.

⁴³⁹ HERRERA PETRUS, C., “Acciones frente...”, cit., p. 402; VEGA VEGA, J. A., “Artículo 32...”, cit., p. 881; VEGAS TORRES, J., “Objeto del...”, cit., p. 11/19; y PÉREZ BENÍTEZ, J. y GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., “La competencia...”, cit., p. 423.

El ejercicio de esta acción tiene los siguientes presupuestos: que se haya ejercido y estimado alguna de las acciones de los apartados 1 a 4 del art. 32 LCD (declarativa, cesación, remoción y rectificación)⁴⁴⁰; que la publicación total o parcial de la sentencia o de la declaración rectificadora resulten eficaces y proporcionadas para cumplir con la función que le es propia, esto es, para eliminar el estado de cosas generado por la lesión del orden concurrencial; y que haya sido solicitada de forma expresa por el demandante⁴⁴¹.

3. Propuestas de *lege ferenda*: La modulación del régimen de los vicios del consentimiento

La ausencia del reconocimiento de remedios negociales directamente vinculados a la realización de prácticas comerciales desleales con los consumidores en nuestro Derecho represor de la competencia desleal ha llevado a algunos autores a cuestionarse sobre las necesarias conexiones entre esta disciplina y el Derecho de contratos⁴⁴². Sobre todo porque, bajo las coordinadas regulatorias actuales, el consumidor que haya contratado influenciado por una práctica comercial desleal por engañosa o agresiva sólo puede pretender la anulación del contrato con fundamento en la disciplina de los vicios del consentimiento, con la consiguiente acreditación de sus presupuestos aplicativos, más exigentes que los derivados del régimen de la competencia desleal. Esta situación conduce a la posibilidad de que lo declarado ilícito por desleal, sin embargo, sea considerado lícito (o al menos no invalidante) por el Derecho de contratos. Se explica así esta reclamación doctrinal favorable a una mayor coordinación entre el Derecho de contratos y el Derecho de la competencia desleal, fundada esencialmente en los siguientes argumentos:

En primer lugar, en la superación de la clásica concepción del Derecho represor de la competencia desleal conforme a la cual la celebración del contrato implicaba su retirada o inaplicabilidad. Con la entrada en vigor de las disposiciones derivadas de la DPCD, la protección contenida en la disciplina de la competencia desleal se aleja de su tradicional carácter preventivo y, por tanto, de su aplicación sólo en las fases precontractual y paracontractual, para dar respuesta a los distintos problemas que rodean todo el proceso de contratación, tanto previos, como coetáneos e incluso posteriores a la celebración del contrato.

⁴⁴⁰ Algunos autores han destacado la falta de sentido de esta acción en los casos de estimación de acciones de remoción y rectificación. Entre ellos, ZURILLA CARIÑANA, M. A., “Acciones civiles...”, cit., p. 15; y HERRERA PETRUS, C., “Acciones frente...”, cit., p. 402 y ss.

⁴⁴¹ ZURILLA CARIÑANA, M. A., “Acciones civiles...”, cit., p. 15; HERRERA PETRUS, C., “Acciones frente...”, cit., p. 406 y ss.; CERVERA MARTÍNEZ, M., “Acciones y...”, cit., p. 1880 y ss.; y BENEYTO PALLÁS, K., “Acciones, legitimación...”, cit., p. 290.

⁴⁴² MIRANDA SERRANO, L. M. y PAGADOR LÓPEZ, J., “La necesidad...”, cit., *passim*.

En esta dirección, señalan estos autores que el concepto o categoría técnica de *práctica comercial* a través de la cual el legislador europeo delimita el ámbito de aplicación de la DPCD comprende también el contrato. Y añaden que así se infiere de su art. 3.1 (art. 2.3 LCD), donde se establece que esta regulación se aplica a los actos de competencia desleal “realizados antes, durante o después de una operación comercial o contrato”.

En segundo lugar, en la coincidencia del bien jurídico protegido por el Derecho de contratos y el Derecho de deslealtad concurrencial que regula las prácticas desleales con los consumidores. En opinión de la doctrina a la que nos referimos, el bien jurídico protegido por unas y otras normas es el mismo, esto es, la libre decisión negocial del consumidor o, si se prefiere, su libertad de saber y de querer.

De hecho, la cláusula general prohibitiva de la deslealtad en las relaciones entre empresarios y consumidores anuda la calificación de desleal a aquellos comportamientos empresariales contrarios a la diligencia profesional que distorsionen o puedan distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de los consumidores (párrafo 2º del art. 4.1 LCD). Y a tal efecto, la propia Ley define el comportamiento económico como toda decisión por la que éste opta por actuar o por abstenerse de hacerlo en relación con determinadas opciones de mercado. De esta forma, la calificación legal de desleal recae sobre aquellos comportamientos empresariales que afectan o pueden afectar perjudicialmente a la formación de la voluntad o consentimiento negocial del consumidor, haciendo que tome decisiones que no habría tomado en ausencia de aquellos.

Además, la Ley aclara que la distorsión significativa del comportamiento del consumidor consiste en “mermar de manera apreciable su capacidad de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, haciendo así que tome una decisión sobre su comportamiento económico que de otro modo no hubiera tomado” (párrafo 3º del art. 4.1 LCD). Esto explica que estos autores constaten la incoherencia que, a su juicio, deriva de que ciertos comportamientos que se reputan desleales por su idoneidad efectiva o potencial (pero indudable) para perturbar la formación del consentimiento negocial del consumidor carezcan de toda relevancia en el plano del Derecho de contratos. Sobre todo, a la hora de determinar si concurren o no vicios del consentimiento de una entidad suficiente para anular el contrato⁴⁴³.

⁴⁴³ PAGADOR LÓPEZ, J., “Hacia un...”, cit., p. 74.

En tercer lugar, en la idea de unidad del ordenamiento jurídico. En esta dirección se esgrime que el carácter unitario del ordenamiento jurídico exige no considerar lícito por el Derecho de contratos lo que es declarado ilícito por la disciplina de la competencia desleal y a la inversa. En rigor, la idea de unidad del ordenamiento jurídico requiere armonía entre las decisiones y valoraciones jurídicas pertenecientes a estos sectores normativos⁴⁴⁴. De ahí que ambos sectores no deban entrar en contradicciones, a pesar de sus diversas funciones político-jurídicas y normativas.

Finalmente, esta doctrina apoya su propuesta en la norma prevista en el párrafo segundo del art. 6.1 LGP, conforme a la cual “(s)i el contenido de la publicidad incumple los requisitos legalmente exigidos en esta o cualquier otra norma específica o sectorial, a la acción de cesación prevista en esta Ley podrá acumularse siempre que se solicite la de nulidad y anulabilidad, la de incumplimiento de obligaciones, la de resolución o rescisión contractual y la de restitución de cantidades que correspondiera”. Sostienen estos autores que esta norma pone de manifiesto que algunas infracciones de la LGP tienen consecuencias en el terreno negocial que no pueden ser desatendidas en su tratamiento judicial.

Ahora bien, conscientes estos autores de la distinta configuración que tienen en nuestro Derecho el ilícito de deslealtad y el régimen de los vicios del consentimiento, así como de sus diferentes presupuestos de aplicación, señalan expresamente que la calificación de un determinado comportamiento como desleal no debe acarrear de modo automático y sin excepción la nulidad o anulabilidad de todos los contratos que traigan causa de él.

⁴⁴⁴ Señalan los autores que esta es la gran idea que subyace, por ejemplo, en la doctrina de las restricciones accesorias del Derecho *antitrust*, conocida en Alemania como doctrina de la inmanencia o de las restricciones inmanentes a tipos contractuales lícitos, y formulada originariamente por los jueces norteamericanos a finales del siglo XIX (MIRANDA SERRANO, L. M. y PAGADOR LÓPEZ, J., “La necesidad...”, cit., p. 9). De acuerdo con esta doctrina, si un acuerdo, pacto o cláusula contractual impone una restricción de la competencia que esté sustancialmente vinculada a un contrato no restrictivo y ésta es necesaria, proporcionada y razonable para que dicho contrato alcance sus fines y despliegue sus efectos, el Derecho de defensa de la competencia no puede prohibirla. De ahí que pueda afirmarse que su formulación obedece a la regla según la cual “lo que esta prescrito por la normativa jurídico-privada no puede estar proscrito por la normativa concurrencial”. Esta doctrina viene así a reconocer la existencia de cierta armonía entre el Derecho de defensa de la competencia y el Derecho de contratos [MIRANDA SERRANO, L. M., “En el Derecho *antitrust* también lo accesorio sigue la suerte de lo principal: a propósito de la recepción por el Tribunal Supremo de la doctrina de las restricciones accesorias”, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 13, 2013, p. 2/31 (hemos consultado la versión en línea disponible en el portal de revistas Wolters Kluwer); y PÉREZ MOLINA, M. A., “Enjuiciamiento *antitrust* de las restricciones accesorias insertas en operaciones de concentración de empresas en la Unión Europea”, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 15, 2014, p. 14/21 (hemos consultado la versión en línea disponible en el portal de revistas Wolters Kluwer)].

Sin embargo, siendo cierto lo anterior, también lo es –a juicio de la doctrina a la que nos referimos– que no es aceptable una total desconexión entre el Derecho de contratos y la disciplina de la competencia desleal, toda vez que la celebración de un contrato que trae causa de una práctica desleal por engañosa o agresiva y, por tanto, susceptible de distorsionar la decisión negocial del consumidor, no puede quedar desprovista de consecuencias negociales.

Por ello, terminan proponiendo la oportunidad o conveniencia de que en estos casos se establezca una presunción, desvirtuable por la otra parte, de que el contrato ha nacido viciado; o bien pueda considerarse acreditada la concurrencia de un vicio del consentimiento, quedando a cargo del interesado la prueba de sus requisitos aplicativos⁴⁴⁵.

En el ordenamiento jurídico italiano, la falta de reconocimiento de remedios contractuales a disposición de los consumidores que contraten afectados por prácticas comerciales desleales y las similitudes existentes entre la disciplina de las prácticas comerciales desleales con consumidores y el régimen de los vicios del consentimiento han llevado a un sector de la doctrina a reclamar soluciones similares a las que acabamos de exponer.

Por un lado, algunos autores sostienen que la existencia de una práctica comercial desleal puede servir para establecer la presunción de la concurrencia de algunos requisitos del régimen de los vicios del consentimiento⁴⁴⁶, como la intención de engañar en el dolo⁴⁴⁷, o la esencialidad o la excusabilidad en el engaño⁴⁴⁸.

Por otro lado, no falta quien sostiene que la apreciación de una práctica comercial desleal con los consumidores integra por sí sola la concurrencia de un vicio del consentimiento. De modo que, una vez que el consumidor haya demostrado la existencia de una práctica comercial desleal, será el empresario quien haya de demostrar que, en el caso en cuestión, no concurren los requisitos

⁴⁴⁵ MIRANDA SERRANO, L. M. y PAGADOR LÓPEZ, J., “La necesidad...”, cit., p. 10. En un sentido similar se pronuncia GONZÁLEZ PONS, E., *Prácticas agresivas...*, cit., p. 172 y 173.

⁴⁴⁶ GILIBERTI, L., “Il danno da pratica commerciale scorretta”, en AA.VV. (Dirs. CENDON, P. y PONCIBÓ, C.), *Il risarcimento del danno al consumatore*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 390; y LA ROCCA, L., “Articolo 24...”, cit., p. 231.

⁴⁴⁷ SEMINARA, A. P., “La tutela civilistica del consumatore di fronte alle pratiche commerciali scorrette”, en *I Contratti*, núm. 6, 2018, p. 700.

⁴⁴⁸ MAUGERI, M. R., “Violazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali”, en *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2009, p. 6/9 (hemos consultado la versión en línea disponible en la base de datos Leggi d'Italia Legale).

que el Derecho común exige para la anulación del contrato por vicios del consentimiento⁴⁴⁹.

En términos similares, aunque algo más laxos, la doctrina comparada ha tratado de superar la insuficiencia del régimen de los vicios del consentimiento para hacer frente a los problemas derivados de la contratación afectada por prácticas comerciales desleales, planteando la posibilidad de ampliar la interpretación de los vicios del consentimiento y extender este régimen más allá de sus parámetros clásicos⁴⁵⁰.

A nuestro juicio, la solución consistente en presumir la existencia de un vicio del consentimiento en aquellos contratos celebrados con consumidores no resulta satisfactoria. Si bien es cierto que la concurrencia de una práctica comercial desleal y los elementos del tipo de los distintos ilícitos de deslealtad con los consumidores pueden servir para integrar e interpretar algunos de los presupuestos necesarios para determinar la concurrencia de un vicio del consentimiento, la mera existencia de una práctica comercial desleal con los consumidores no puede suponer una presunción de consentimiento viciado. Sobre todo, porque no todas las prácticas comerciales desleales con los consumidores responden al supuesto de hecho propio de los vicios del consentimiento.

Piénsese, por ejemplo, en el incumplimiento de los compromisos asumidos en un código de conducta (art. 5.2 LCD); la realización de una oferta comercial de bienes a un precio determinado sin revelar la existencia de motivos razonables que hagan pensar al empresario que dichos bienes o servicios u otros equivalentes no estarán disponibles al precio ofertado durante un período suficiente y en cantidades razonables (art. 22.1 LCD); el envío de una factura o un documento similar de pago que dé al consumidor o usuario la impresión de que ya ha contratado el bien o servicio comercializado, sin que éste lo haya solicitado (art. 27.4 LCD); o exigir al consumidor, ya sea tomador, beneficiario o tercero perjudicado, que desee reclamar una indemnización al amparo de un contrato de seguro, la presentación de documentos que no sean razonablemente necesarios para determinar la existencia del siniestro y, en su caso, el importe de los daños que resulten del mismo o dejar sistemáticamente sin responder la correspondencia al respecto, con el fin de disuadirlo de ejercer sus derechos (art.

⁴⁴⁹ ZORZI GALGANO, N., *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, Padova, CEDAM, 2012, p. 196 y ss.

⁴⁵⁰ COLLINS, H., “The Unfair...”, cit., p. 425; y KOUTSIS, M. y WILLET, C., “UK Implementation of the Unfair Commercial Practices Directive”, en AA.VV. (Eds. VAN BOOM, W., GARDE, A. y AKSELI, O), *The European Unfair Commercial Practices Directive. Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems*, London-New York, Routledge, 2016, p. 31.

31.1 LCD). Establecer una presunción de que el contrato ha nacido viciado cuando derive de una práctica comercial desleal conduciría a una inadmisibles extensión del concepto y significado de los vicios del consentimiento.

Además, esta solución, al igual que la derivada de la interpretación e integración de los presupuestos del régimen de los vicios del consentimiento con auxilio en la normativa represora de la deslealtad, sólo permite dar respuesta a los intereses de los consumidores que se hayan visto afectados por prácticas comerciales desleales especialmente lesivas. Lo que implica dejar sin tutelar los intereses individuales de los consumidores afectados por el grueso de las prácticas comerciales desleales que, difícilmente, serán lo suficientemente graves como para dar lugar a un consentimiento viciado.

En el plano procesal, esta solución también puede plantear problemas derivados de la acumulación de las acciones por competencia desleal y de anulación del contrato. De un lado, en lo que se refiere a la acumulación subjetiva de acciones cuando la práctica comercial desleal sea puesta en práctica por un sujeto distinto de aquel con el que el consumidor ha celebrado el contrato. Y, de otro, en lo que atañe al tribunal competente, toda vez que las acciones de competencia desleal se ventilan ante los Juzgados de lo Mercantil y la acción de anulación del contrato ante los Juzgados de Primera Instancia⁴⁵¹.

⁴⁵¹ La jurisprudencia menor viene negando la posibilidad de acumular la acción de resarcimiento sustentada en el incumplimiento contractual y las acciones de competencia desleal ante los Juzgados de lo Mercantil, sobre la base de que los hechos en los que se apoya la acción principal no guardan relación con la acción de infracción de la competencia, ni constituyen su fundamento [SSAP de Madrid 229/2013, de 15 de julio (Roj: SAP M 13078/2013); y de Valencia 350/2015, de 22 de octubre (Roj: SAP V 3980/2015)]. Ahora bien, siendo el supuesto aquí planteado distinto del contemplado en las sentencias de la jurisprudencia menor, habrá de valorarse si su motivación es trasladable al proceso en el que se ejercite de forma acumulada las acciones por competencia desleal y la acción anulación del contrato que traiga causa de la práctica desleal por vicios del consentimiento. En esta dirección, las STSS (Sala 1ª) 539/2012, de 10 de septiembre (Roj: STS 7528/2012); y 315/2013, de 23 de mayo (Roj: STS 2742/2013) han admitido la viabilidad de la acumulación de la acción de reclamación de cantidad dirigida contra la sociedad por incumplimiento de contrato (Juzgado de Primera Instancia) y de la acción de responsabilidad civil de los administradores (Juzgado de lo Mercantil). El TS ha declarado que ambas acciones pueden ser acumuladas para su tramitación y decisión en un mismo proceso por la estrecha conexión existente entre ambas acciones y el obstáculo desproporcionado que para la tutela judicial efectiva supone tener que ejercitarlas separadamente ante distintos Juzgados. Y, a tal efecto, atribuye la competencia para conocer de las acciones acumuladas a los Juzgados de lo Mercantil. A nuestro juicio, esta doctrina es plenamente extrapolable al supuesto de acumulación de acciones de competencia desleal y de vicios del consentimiento. Además, del art. 6.1 LGP puede inferirse que el Juzgado de lo Mercantil será competente para conocer de estas cuestiones de forma acumulada.

4. El reconocimiento de remedios negociales individuales a favor de los consumidores que contraten afectados por prácticas comerciales desleales en el Derecho comparado

La influencia que las diversas prácticas comerciales y comportamientos concurrenciales puestos en práctica en el mercado tienen sobre la conformación de la voluntad negocial y, por tanto, sobre la contratación, no ha pasado desapercibida para los legisladores de algunos Estados miembros. Son varias las legislaciones nacionales que han arbitrado acciones individuales encaminadas a proporcionar remedios negociales a los contratantes que hayan concluido una operación comercial como consecuencia de prácticas comerciales desleales.

La gran mayoría de estas medidas han sido incorporadas a los ordenamientos de los distintos Estados miembros haciendo uso de la libertad que el art. 3.2 DPCD les concede para determinar la incidencia de las prácticas comerciales desleales en la validez, formación o efectos de los contratos.

Como se comprobará, las soluciones adoptadas por los distintos legisladores nacionales han sido dispares, no sólo en cuanto al remedio negocial arbitrado, sino también en lo que se refiere al tipo de práctica comercial desleal que permite su aplicación. A efectos sistemáticos, seguidamente analizamos dichas soluciones clasificándolas en función del tipo de remedio negocial adoptado.

4.1. El reconocimiento de un derecho de desistimiento al consumidor que contrate afectado por una práctica comercial desleal

El ordenamiento jurídico alemán fue el primero en arbitrar remedios negociales específicos destinados a la protección de la clientela que contrata afectada por una práctica desleal. Así ocurrió a partir de la modificación de la UWG de 1909⁴⁵² llevada a cabo en 1986, que optó por atribuir un derecho de desistimiento a quienes celebraran un contrato como consecuencia de una publicidad engañosa (§ 13a).

En concreto, el apartado primero del § 13a UWG señalaba que el cliente podía desistir del contrato celebrado si resultaba inducido a contratar como consecuencia de una publicidad falsa y engañosa en el sentido del § 4 UWG, siempre que respecto del círculo de personas a la que se dirigía, pudiera considerarse esencial para la celebración del negocio. Si la publicidad provenía de un tercero, el cliente solo tenía derecho a desistir del contrato si la otra parte

⁴⁵² Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, en *Reichsgesetzblatt*, de 7 de junio de 1909, p. 499 y ss.

conocía o debía conocer la falsedad de la información y su idoneidad para inducir a error, o si asumió la publicidad con esa información mediante actos propios.

De esta forma, el legislador alemán dotaba a las prácticas desleales de consecuencias negociales, reconociendo un derecho de desistimiento a quien contrataba afectado por este tipo de conductas de mercado. Además, se trataba de una medida que no hacía distinciones en función del tipo de contratante afectado, resultando de aplicación tanto en las relaciones entre empresarios (contratos B2B) como entre éstos y los consumidores (contratos B2C).

Sin embargo, este remedio negocial no se reconocía con carácter general frente a cualquier tipo de práctica desleal, sino que quedaba restringido a los supuestos de publicidad engañosa con dolo sancionados como un ilícito penal (§ 4 UWG)⁴⁵³.

El propio § 13a UWG, en su apartado segundo, se refería a la forma y momento en que había de ejercitarse este derecho de desistimiento. A tal efecto, señalaba que el desistimiento debía ser comunicado a la otra parte del contrato inmediatamente después de que el cliente hubiera tenido conocimiento de las circunstancias que justificaban su ejercicio. Y éste decaía en los casos en que no se efectuaba la referida comunicación dentro de los seis meses posteriores a la celebración del contrato.

Aparecía aquí una importante incoherencia que dificultaba la propia operatividad de este derecho de desistimiento negocial, toda vez que se sometía su ejercicio a un plazo máximo de tiempo (de seis meses de duración) a contar desde la celebración del contrato. Pero no se tomaba en consideración que el cliente sólo tendría conocimiento de la circunstancia concreta que justificaba la puesta en práctica de su derecho (el carácter engañoso de la publicidad) una vez que hubiera sido declarada judicialmente su deslealtad, lo que seguramente ocurriría después de transcurrido el referido plazo (de seis meses). Es verdad que cabía entender que el carácter engañoso de la publicidad no tenía que ser declarado judicialmente, sino que podía ser directamente alegado por el cliente. No obstante, en estos casos el otro contratante podía negarse a plegarse a ese derecho de desistimiento sobre la base de que no existía el hecho justificativo de su ejercicio. Y ello por cuanto que este derecho de desistimiento, lejos de configurarse como un derecho *ad nutum*, quedaba condicionado a la previa constatación de una publicidad engañosa en los términos anteriormente indicados.

⁴⁵³ GERLACH, J. W., “La protección...”, cit., p. 247.

Finalmente, el precepto bajo consideración establecía que, en el caso de bienes muebles, las consecuencias del desistimiento se determinaban de acuerdo con las normas del Código Civil reguladoras de los contratos con consumidores y del derecho de desistimiento en la contratación a distancia. Además, disponía que no quedaba excluida la alegación de daños adicionales. Ahora bien, si la publicidad proviniese de un tercero, éste había de resarcir al empresario contratante tan solo los daños y perjuicios derivados del desistimiento del cliente, a menos que dicho contratante tuviera conocimiento de la infracción.

Hablamos en pasado para referirnos a este derecho de desistimiento por cuanto que fue suprimido con la promulgación de la UWG de 2004⁴⁵⁴. Entre los motivos que determinaron su derogación, el correspondiente Proyecto de Ley puso el acento en su escasa incidencia práctica, lo que era consecuencia de las múltiples lagunas e imperfecciones técnicas que fueron puestas de relieve por la doctrina desde el mismo momento en que se acogió⁴⁵⁵.

Sin embargo, no podemos desconocer que la adopción de un remedio negocial de este tipo supuso un hito en el Derecho represor de la competencia desleal, pues vino a poner el foco en uno de los problemas más acuciantes de este sector del ordenamiento jurídico, como es el relativo a su relación con el Derecho de obligaciones y contratos. Muy especialmente, incidió en la influencia que las prácticas desleales tienen en la formación de la voluntad negocial de los sujetos afectados.

En efecto, no parece erróneo sostener que con esta medida legislativa el legislador alemán abordó las consecuencias negociales derivadas de la realización de ciertas prácticas desleales dotadas de una repercusión inmediata en el plano contractual, superando la rigidez propia del régimen de los vicios del consentimiento negocial. Además, es de destacar que el remedio negocial utilizado fuera precisamente el instrumento jurídico que, con posterioridad, ha sido acogido sectorialmente por la normativa comunitaria en aquellos ámbitos donde con mayor frecuencia afloran este tipo de prácticas.

Con todo, no puede dejar de señalarse que la articulación de una medida negocial de este tipo como mecanismo de protección del contratante afectado por una práctica desleal puede generar algunos problemas susceptibles de entorpecer su efectividad. Esencialmente, el derivado del hecho de que la regulación de este derecho de desistimiento reconocido a favor del contratante influenciado por una

⁴⁵⁴ Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, en *Bundesgesetzblatt*, de 3 de julio de 2004, p. 1414 y ss.

⁴⁵⁵ MIRANDA SERRANO, L. M. y PAGADOR LÓPEZ, J., “La necesidad...”, cit., p. 10.

práctica desleal lo aleja de la configuración típica que dicho derecho ha adquirido en la normativa de consumo.

En efecto, en estos casos, como hemos señalado con anterioridad, no podemos hablar de un derecho de desistimiento *ad nutum*. Antes bien, hemos de referirnos a un derecho de desistimiento condicionado a la declaración de deslealtad de un acto o conducta empresarial, lo que en nuestro ordenamiento es competencia del órgano jurisdiccional, tras el ejercicio procesal de las oportunas acciones jurídicas. En consecuencia, el ejercicio de dicho derecho queda postergado al momento en que adquiere firmeza la correspondiente resolución judicial. Todo lo cual origina problemas de índole práctica:

De un lado, el derivado de la temporalidad del derecho de desistimiento, en el sentido de que, aunque este derecho siempre ha estado caracterizado como un derecho temporal, su condicionamiento a una previa resolución judicial supone ampliar en exceso su plazo de ejercicio, lo que implica añadir un relevante elemento de inseguridad jurídica a las transacciones económicas.

De otro lado –y como consecuencia de lo anterior–, la problemática que se genera una vez ejercitado el derecho, tras ese amplio plazo, cuando las partes hayan de restituirse recíprocamente lo que hubiesen percibido en virtud de un contrato celebrado con tanta antelación.

A lo anterior hemos de sumar un dato más. Nos referimos a que la nota de la gratuidad, que es consustancial al derecho de desistimiento, queda fuertemente diluida como consecuencia de la necesidad de interponer la demanda en la que se ejerciten las acciones por competencia desleal.

4.2. La anulabilidad del contrato celebrado como consecuencia de una práctica comercial desleal

En un momento temporal más cercano, algunos Estados miembros han hecho uso de la libertad que el art. 3.2 DPCD les confiere para determinar la incidencia de las prácticas comerciales desleales en la validez, formación o los efectos del contrato. Y, en este contexto, han optado por el remedio de la anulabilidad del contrato que traiga causa de una práctica comercial desleal con los consumidores como consecuencia comercial específica anudada a este tipo de prácticas. Tal es el caso de los ordenamientos de Polonia, Portugal, Luxemburgo y Países Bajos.

4.2.1. Polonia

En el ordenamiento polaco, pese a que inicialmente se plantearon numerosas dudas en relación con el reconocimiento de remedios negociales individuales a favor de los consumidores afectados por conductas desleales, finalmente, la Ley de prácticas comerciales desleales⁴⁵⁶ se decantó por anudar consecuencias negociales a dichas prácticas.

En este sentido, su art. 12.1 dispone que el consumidor cuyos intereses hayan sido perjudicados por prácticas comerciales desleales puede exigir los siguientes remedios: 1º) la cesación de dichas prácticas; 2º) la remoción de sus efectos; 3º) la publicación de una o varias declaraciones de cierto contenido y forma (como la publicación de la sentencia y de declaraciones rectificadoras); 4º) el resarcimiento de los daños y perjuicios, así como una declaración de invalidez del contrato; y, por último, 5º) la adjudicación de una determinada cantidad para un fin social específico relacionado con el apoyo de la cultura polaca o la protección del patrimonio nacional.

Los primeros tres remedios están disponibles para el consumidor cuyos intereses económicos se hayan visto perjudicados o amenazados, sin necesidad de probar la existencia de un daño real, ni la concurrencia de dolo o negligencia. En cambio, el recurso al cuarto y quinto remedio precisan la acreditación de la concurrencia de dolo o culpa y, además, el cuarto –que es el que aquí especialmente interesa– requiere prueba del daño real sufrido por la parte afectada⁴⁵⁷. De modo que tanto la acción de resarcimiento de daños y perjuicios como la de declaración de invalidez del contrato precisan de una prueba más estricta, que exige al consumidor acreditar no sólo la concurrencia de dolo o culpa, sino también la existencia de un daño real y efectivo.

En concreto, el apartado 4 del art. 12.1 no prevé, en ningún caso, la sanción de nulidad del contrato *ex lege*. Se trata, en rigor, de un supuesto de anulabilidad, anudándose un efecto jurídico constitutivo a la sentencia del tribunal que se pronuncie sobre el asunto. Además, el legislador especifica en el inciso final del artículo 12.1.4 que la anulación del contrato debe ir acompañada automáticamente de la obligación de devolver las cosas que hubiesen sido materia del contrato con sus rendimientos y el precio con sus intereses⁴⁵⁸.

⁴⁵⁶ Ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, en *Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej*, núm. 171, de 20 de septiembre 2007.

⁴⁵⁷ SIKORSKI, R., “Implementation of...”, cit., p. 54 y 55.

⁴⁵⁸ NESTORUK, I. B., “Poland: The Impact of the UCP Directive on National Contract and Tort Law”, en *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 5, 2015, p. 201.

Junto a lo anterior, queda abierta la posibilidad de los consumidores para recurrir al resto de remedios disponibles tanto en el Código Civil como en las demás leyes destinadas a su tutela. De modo que no se le puede negar la facultad de instar la anulación del contrato sobre la base del régimen común de los vicios del consentimiento negocial⁴⁵⁹.

Ahora bien, pese al reconocimiento legal de este remedio negocial específico encaminado a la tutela de los intereses económicos de los consumidores, la doctrina polaca ha puesto de manifiesto que la indefinición de los contornos de la Ley de prácticas comerciales desleales y del Derecho de contratos, junto a las dificultades sustantivas y adjetivas que plantea el ejercicio de estas acciones, han conducido a una escasa aplicación práctica de este remedio⁴⁶⁰.

4.2.2. Portugal

Portugal es otro de los Estados miembros cuyo ordenamiento prevé remedios negociales encaminados a tutelar los intereses económicos de los consumidores que contraten afectados por prácticas comerciales desleales. En concreto, en este otro ordenamiento la realización de este tipo de prácticas desencadena la aplicación de sanciones jurídico públicas y jurídico privadas. En el plano jurídico público, la Ley impone sanciones pecuniarias a los empresarios que lleven a cabo este tipo de prácticas, que son calificadas como infracciones administrativas. En el plano jurídico privado, que es al que se dirige nuestra atención, la Ley portuguesa de prácticas comerciales desleales establece distintos remedios civiles⁴⁶¹.

En el segundo de los planos señalados, el consumidor afectado por una práctica comercial desleal está facultado para ejercitar los siguientes remedios jurídicos: 1º) la cesación y/o la prohibición de la práctica (art. 16); 2º) la anulación del contrato celebrado bajo la influencia de dicha práctica (art. 14.1); 3º) la modificación del contrato “según juicios de equidad” (art. 14.2); 4º) en caso de que la invalidez afecte únicamente a una o más cláusulas del contrato, el consumidor puede optar por mantener el contrato reducido a su contenido válido

⁴⁵⁹ SIKORSKI, R., “Implementation of...”, cit., p. 55.

⁴⁶⁰ NAMYSLOWSKA, M., “To B2C...”, cit., p. 337.

⁴⁶¹ Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, en *Diário da República*, núm. 60/2008, de 26 de março de 2008. El régimen actual de sanciones civiles frente a las prácticas comerciales desleales es fruto de la modificación llevada a cabo por el Decreto-Lei n.º 205/2015, de 23 de setembro, en *Diário da República*, núm. 186/2015, de 23 de setembro de 2015.

(art. 14.3); 5^a) por último, el consumidor puede instar la acción de resarcimiento de daños y perjuicios (art. 15)⁴⁶².

En particular, el art. 14.1 de la Ley portuguesa de prácticas comerciales desleales establece que el contrato celebrado bajo la influencia de cualquier práctica comercial desleal es anulable a instancia del consumidor, de conformidad con el art. 287 del Código civil portugués. Dado que el legislador de la competencia desleal portugués no especifica ni los plazos para el ejercicio de la acción ni sus efectos, se ha de aplicar el régimen legal común que se contiene en los arts. 287 y ss. del Código civil portugués, que se decanta por la fijación del plazo de un año desde el cese de la práctica (art. 287.1). Ahora bien, si el contrato aún no se ha ejecutado, la anulabilidad se puede invocar sin sujetarse a plazo alguno, tanto por vía de acción como de excepción (art. 287.2)⁴⁶³. De esta forma, los consumidores pueden decidir libremente si mantener el contrato (y la posterior producción de sus efectos legales) o instar su anulación.

Por otra parte, el apartado 2 del artículo 14 de la Ley a la que nos referimos otorga al consumidor el derecho a solicitar una modificación del contrato en función de consideraciones de equidad, como solución alternativa a instar su anulación. Este derecho, empero, no se concede en las mismas condiciones por el régimen contractual común. Esta solución brinda al consumidor una amplia protección, toda vez que no se ve en la tesitura de tener que elegir entre la vigencia de un contrato cuyo contenido fue determinado como consecuencia de prácticas comerciales desleales, y la ineficacia de dicho contrato en caso de que se inste y reconozca su anulación.

En rigor, se le faculta para exigir la reconstrucción del contrato, dotándolo de contenidos diferentes a los efectivamente pactados y derivados de un juicio de equidad⁴⁶⁴. Pero lo cierto es que esta solución (que no está incluida en la DPCD) no se adecúa a la naturaleza de las prácticas comerciales desleales, pues éstas no se caracterizan precisamente por generar un desequilibrio contractual que deba corregirse de manera equitativa, sino por desencadenar la conclusión de contratos basados en acciones u omisiones engañosas o, en su caso, en prácticas agresivas.

⁴⁶² DE SOVERAL MARTINS, A., “La transposición de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales (Directiva 2005/29/CE) en Portugal por el Decreto-Ley núm. 57/2008, de 26 de marzo”, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 6, 2010, p. 168 y ss.

⁴⁶³ PASSINHAS, S., “Práticas comerciais desleais no sector das telecomunicações”, en AA.VV. (Dir. PINTO MONTEIRO, A.), *Actas del Colóquio práticas comerciais desleais*, Coimbra, Centro de Direito do Consumo, 2017, p. 182.

⁴⁶⁴ MAIA, P., “Portugal: The Implementation of Directive 2005/29/EU from the Perspective of Portuguese Private Law”, en *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 5, 2015, p. 206 y 207.

De ahí que la modificación del contrato difícilmente sea un remedio adecuado en caso de vulneración de los derechos del consumidor⁴⁶⁵.

Por último, el art. 14.3 de la Ley portuguesa de prácticas comerciales desleales establece que, cuando la nulidad afecta sólo a una o más cláusulas del contrato, el consumidor puede optar por mantener dicho contrato pero reducido a su contenido válido. En este caso, el contrato permanece vigente, aunque carece de una parte de los contenidos pactados, de acuerdo con las directrices para la defensa general de los derechos del consumidor establecidas por el régimen de las cláusulas contractuales predisuestas.

Este enfoque, empero, es diferente del recogido en el Código civil portugués, donde la reducción del contrato en caso de nulidad parcial no se produce en los casos en que se demuestre que dicho negocio jurídico no se habría concluido sin la parte nula. En consecuencia, si el contrato ha sido celebrado a raíz de una práctica comercial desleal, el consumidor puede decidir mantener el contrato en forma reducida, incluso si la empresa puede llegar a demostrar que, sin la parte nula, el contrato no habría llegado a concluirse. Esto crea una injerencia en el principio de autonomía de las partes (pues se mantiene un contrato cuyo contenido está integrado por cláusulas efectivamente no deseadas por una de ellas), que se justifica por la necesidad de proteger al consumidor y sancionar el negocio sustentado en una violación de la prohibición de realización de prácticas comerciales desleales⁴⁶⁶.

4.2.3. Luxemburgo

En el ordenamiento jurídico de Luxemburgo también se han articulado consecuencias negociales específicas para combatir las prácticas comerciales desleales con los consumidores. El art. 122-8 del Código de Consumo⁴⁶⁷, tras establecer en su apartado primero sanciones pecuniarias para los empresarios que lleven a cabo este tipo de prácticas, dispone en su apartado segundo que “(c)ualquier cláusula o combinación de cláusulas de un contrato, concluido en violación de este título, se considera nula y no escrita. Sin embargo, esta nulidad solo puede ser invocada por el consumidor”⁴⁶⁸.

Este último inciso ha llevado a un sector de la doctrina a calificar la nulidad a la que alude la norma como nulidad relativa, en la medida en que sólo

⁴⁶⁵ MENEZES LEITÃO, L. M., “As práticas...”, cit., p. 444.

⁴⁶⁶ MAIA, P., “Portugal: The...”, cit., p. 207.

⁴⁶⁷ Loi du 8 avril 2011 portant introduction d’un Code de la consommation, en *Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg*, núm. 69, de 12 de abril de 2011.

⁴⁶⁸ La traducción es nuestra.

puede ser instada por el consumidor afectado por la práctica comercial desleal⁴⁶⁹. A nuestro juicio, esta interpretación doctrinal es acertada, por lo que hemos de concluir que, según el Derecho luxemburgués, el consumidor que haya contratado influenciado por una práctica comercial desleal está facultado para instar judicialmente la anulabilidad de la cláusula o cláusulas cuya plasmación en el contrato traiga causa de la práctica desleal en cuestión.

Asimismo, el apartado tercero del art. 122-8 del Código de Consumo anuda otro remedio negocial específico a ciertas prácticas comerciales desleales con los consumidores. Así lo hace al disponer que “(e)l comerciante que cree, mediante el contenido o la presentación de sus comunicaciones comerciales, la impresión de que el consumidor ha ganado un premio, debe entregar este premio al consumidor”⁴⁷⁰.

Con esta medida el legislador de Luxemburgo trata de poner coto a aquellas prácticas encaminadas a atraer a la clientela mediante promesas falsas sobre la obtención de premios. Se arbitra así una solución cercana al principio de la integración publicitaria del contrato, toda vez que con ella se trata de responder a las expectativas legítimas que las declaraciones públicas propaladas por los empresarios generan en el consumidor.

Sin embargo, pese a los esfuerzos del legislador, el carácter limitado de los casos planteados y la inseguridad generada por la evaluación detallada que exige el enjuiciamiento de este tipo de prácticas ha llevado a la doctrina luxemburguesa a poner en entredicho la efectividad de este régimen de remedios negociales⁴⁷¹.

4.2.4. Países Bajos

El legislador neerlandés también ha optado por el régimen de la anulabilidad del contrato cuando éste trae causa de una práctica comercial desleal con consumidores. En este sentido, el art. 6:193.j del Código Civil de Países Bajos⁴⁷² establece en su apartado 3 que el contrato celebrado como resultado de

⁴⁶⁹ ANCEL, P. y POILLOT, E., “La vulnérabilité économique”, en *Annales du droit luxembourgeois*, vol. 27-28, 2017-2018, p. 280. Otros autores, en cambio, entienden que se trata de una nulidad de pleno derecho (Cfr. DUROVIC, M., “The Subtle...”, cit., p. 744; y MATERA, D. M., “Prácticas comerciales...”, cit., p. 110).

⁴⁷⁰ La traducción es nuestra. Este apartado fue introducido por la Loi du 25 avril 2018 portant modification du Code de la consommation en ce qui concerne les voyages à forfait et les prestations de voyages liées, et modifiant la loi modifiée du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales, en *Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg*, núm. 308, de 25 de abril de 2018.

⁴⁷¹ ANCEL, P. y POILLOT, E., “La vulnérabilité...”, cit., p. 281.

⁴⁷² Burgerlijk Wetboek Boek 6, Verbintenissenrecht, en *Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden*, núm. 600, de 18 de diciembre de 1991. El precepto en cuestión fue introducido por la Implementatiewet

una práctica comercial desleal es anulable. La introducción de esta solución contractual se justificó sobre la base de una doble argumentación:

En primer lugar, en el incremento del nivel de protección que supone para los consumidores frente a la normativa precedente. En particular, como medio para garantizar el cumplimiento de los deberes de información a cargo de los empresarios. De ahí que este remedio se configure como una respuesta a los defectos en la formación de la voluntad negocial en términos similares al régimen de los vicios del consentimiento.

En segundo lugar, en el entendimiento de que se trata de un remedio más apropiado para tutelar los intereses de los consumidores, al permitirles volver a la situación en la que se encontraban antes de la realización de la práctica comercial desleal.

Aunque el precepto al que nos referimos se introdujo recientemente, hay datos e indicios relativos a que el remedio negocial que introduce está siendo bien recibido en la práctica. Pese a que la jurisprudencia existente al respecto es escasa (como, de hecho, suele ocurrir con las demandas de Derecho privado basadas en prácticas desleales), existen ya varios asuntos a los que ha sido aplicado⁴⁷³.

4.3. La nulidad del contrato celebrado como consecuencia de una práctica comercial desleal: la solución francesa

Otros legisladores nacionales han optado, en cambio, por arbitrar la nulidad de los contratos celebrados a raíz de prácticas comerciales desleales como remedio negocial específico para combatir los efectos producidos por dichas prácticas. Esta es la solución adoptada en el ordenamiento jurídico francés. En este sentido, el art. L132-10 del Código de consumo francés establece que el contrato concluido a raíz de una práctica comercial agresiva de las recogidas en los artículos L. 121-6 y L. 121-7 es nulo y no produce efectos⁴⁷⁴.

De acuerdo con la dicción de la norma, se trata de una nulidad de pleno derecho, que será declarada tras el reconocimiento, por parte del tribunal

richtlijn consumentenrechten van 12 maart 2014, en *Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden*, núm. 140, de 12 de marzo de 2014.

⁴⁷³ Más ampliamente, MAK, V., “Unfair Commercial...”, cit., p. 249.

⁴⁷⁴ LOI no 93-949 du 26 juillet 1993 relative au code de la consommation (partie Législative), en *Journal Officiel de la République française*, núm. 171, de 27 de julio de 1993. El precepto en cuestión fue introducido por la Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation, en *Journal Officiel de la République française*, núm. 64, de 27 de julio de 1993.

competente (sea penal o civil)⁴⁷⁵, de la existencia de la infracción (e independientemente, en su caso, de la cuantía de la pena). De esta forma, si el caso se enjuicia en la jurisdicción penal, el consumidor afectado no necesitará acudir a la jurisdicción civil para solicitar la nulidad del contrato que hubiera podido celebrarse como consecuencia de la práctica comercial agresiva⁴⁷⁶. Igualmente, la jurisdicción civil puede pronunciarse en estos supuestos sobre la nulidad del contrato, toda vez que resulta de aplicación el art. L-132.10 del Código de consumo⁴⁷⁷.

Ahora bien, si el artículo L. 132-10 del Código de consumo relativo a las prácticas comerciales agresivas establece claramente la nulidad del contrato celebrado como consecuencia de dichas prácticas, los artículos L. 132-1 y siguientes no se pronuncian sobre el destino del contrato celebrado como resultado de una práctica comercial engañosa.

Es por ello que el consumidor que contrate afectado por una práctica comercial engañosa sólo puede instar la anulabilidad del contrato con apoyo en el régimen de los vicios del consentimiento. Y, en este sentido, se ha sostenido que, pese a que es tentador establecer el principio según el cual la mera declaración de deslealtad de una práctica comercial engañosa sería suficiente para afirmar la concurrencia de un vicio del consentimiento, el consumidor debe acreditar de manera independiente la existencia de dicho vicio, no bastando, por tanto, con la mera declaración de la deslealtad por parte del tribunal⁴⁷⁸.

De esta forma, el legislador francés anuda a la realización de prácticas comerciales desleales con consumidores una sanción civil especialmente rigurosa, como es la nulidad absoluta del contrato concluido como consecuencia de dicha práctica. Sin embargo, se trata de un remedio negocial que se vincula única y exclusivamente a las prácticas comerciales agresivas, por entenderse que este tipo de prácticas son particularmente lesivas para el consumidor, incluso más que las prácticas comerciales engañosas, que no llevan aparejada dicha sanción.

⁴⁷⁵ En el ordenamiento jurídico francés, las prácticas comerciales desleales dan lugar a sanciones tanto penales como civiles (art. L. 132-1 a 10 del Código de consumo francés).

⁴⁷⁶ En este sentido se ha pronunciado la Sentencia de la *Cour d'appel* de Douai 13/02453, de 3 de julio de 2014 (JurisData núm. 2014-017675), en la que se declara nulo un contrato de crédito al consumo que es suscrito como consecuencia de una práctica comercial agresiva consistente en el hecho de acudir catorce veces, en menos de dos meses, al domicilio de un enfermo para que firme contratos de cualquier tipo.

⁴⁷⁷ RAYMOND, G., "Pratiques commerciales...", cit. En este sentido, la Sentencia de la *Cour d'appel* de Riom 14/02767, de 15 de febrero de 2016 (JurisData núm. 2016-003148) declara que el contrato suscrito con una empresa para la instalación de una cocina con muebles y electrodomésticos debe ser declarado nulo desde que se comprueban maniobras fraudulentas en el ejercicio de una práctica comercial deshonesto y engañosa, que van mucho más allá de las simples prácticas comerciales agresivas.

⁴⁷⁸ ERÉSÉO, N., "Pratiques commerciales trompeuses", en *JurisClasseur Communication*, Fasc. 3480, 2019.

A nuestro juicio, empero, no existe una razón lógica que obligue a discriminar entre prácticas engañosas y agresivas a los efectos de anularles unas consecuencias negociales específicas.

Pero, es más, somos de la opinión de que la nulidad de pleno derecho del contrato que traiga causa de una práctica comercial desleal no es un remedio adecuado, sobre todo por sus particulares características estructurales y procesales. De un lado, porque la nulidad del contrato no satisface, con carácter general, los intereses del consumidor afectado por dichas prácticas. Y, de otro, porque el régimen de la nulidad de pleno derecho puede conducir a situaciones problemáticas.

En primer lugar, el hecho de que la nulidad de pleno derecho pueda ser aplicada de oficio por los tribunales puede dar lugar, en algunas ocasiones, a conflictos innecesarios. En segundo lugar, la amplia legitimación activa para el ejercicio de la acción de nulidad puede acarrear que sea el propio empresario quien solicite la nulidad del contrato en contra de los intereses del consumidor, que no podría aprovechar los beneficios del negocio que le resultara favorable. Y, en tercer lugar, la imprescriptibilidad de la acción genera una palpable situación de inseguridad jurídica que no debe recibir amparo legal por sus perjudiciales efectos sobre el mercado.

4.4. *El reembolso del precio sin devolución del bien: la solución belga*

El legislador belga también opta por atribuir consecuencias contractuales a las prácticas comerciales desleales con consumidores. Sin embargo, se aleja de los remedios negociales acogidos en otros Estados miembros y, en su lugar, arbitra una acción *sui generis* que se encuentra recogida en el art. VI.38 del *Code de droit économique*⁴⁷⁹.

La solución consiste en arbitrar un remedio negocial específico que resulta de aplicación cuando el consumidor ha concluido un contrato que trae causa de una práctica comercial desleal. En concreto, de acuerdo con el referido art. VI.38, el consumidor está facultado para reclamar el reembolso del precio pagado o

⁴⁷⁹ Loi portant insertion du titre VI «Pratiques du marché et protection du consommateur» dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre VI, et des dispositions d'application de la loi propres au livre VI, dans les Livres Ier et XV du Code de droit économique, en *Moniteur Belge*, núm. 397, de 30 de diciembre de 2013, p. 103505 y ss. Esta norma fue introducida en el ordenamiento belga por el art. 41 de la Loi 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur (*Moniteur Belge*, núm. 108, de 12 de abril de 2010, p. 20799 y ss.) y pasa sin ningún cambio a conformar el art. VI.38 del *Code de droit économique*. Un análisis del art. 41 de la Loi 6 avril 2010 y de su eficacia puede encontrarse en STEENNOT, R., "The Belgian civil remedy in case of an unfair commercial practice towards a consumer: an effective, proportionate and dissuasive sanction?", en *Business and Economics Series*, núm. 2, 2012, p. 17 y ss.

rechazar el pago del precio sin obligación de devolver los bienes adquiridos o compensar los servicios prestados cuando el contrato en cuestión haya sido concluido como consecuencia de una de las siete prácticas comerciales desleales incluidas en la lista negra de prácticas engañosas o agresivas.

Las referidas prácticas de la lista negra son: 1^a) realizar afirmaciones inexactas o falsas en cuanto a la naturaleza y la extensión del peligro que supondría para la seguridad personal del consumidor y usuario o de su familia, el hecho de que el consumidor o usuario no contrate el bien o servicio; 2^a) alegar que los bienes o servicios pueden facilitar la obtención de premios en juegos de azar; 3^a) proclamar, falsamente, que un bien o servicio puede curar enfermedades, disfunciones o malformaciones; 4^a) hacer creer al consumidor o usuario que no puede abandonar el establecimiento del empresario o profesional o el local en el que se realice la práctica comercial, hasta haber contratado; 5^a) realizar visitas en persona al domicilio del consumidor o usuario, ignorando sus peticiones para que el empresario o profesional abandone su casa o no vuelva a personarse en ella; 6^a) crear la impresión falsa 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 no existe tal premio o ventaja equivalente, 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; y 7^a) exigir el pago inmediato o diferido, o la devolución o custodia de los productos suministrados por la empresa, pero no solicitados por el consumidor.

En relación con la norma a la que nos referimos cabe realizar varias precisiones.

Por un lado, no está claro por qué el legislador belga ha limitado la aplicación automática de este remedio a estas siete prohibiciones específicas. Los trabajos preparatorios señalaban que este remedio quedaba limitado a las prácticas comerciales más perjudiciales para los consumidores. Pero no se explica por qué estas siete prácticas comerciales se consideran las más engañosas o agresivas⁴⁸⁰.

Por otro lado, cuando el empresario lleve a cabo alguna de estas prácticas, el consumidor no tiene que acudir a los tribunales, bastando con reclamar el precio a la contraparte (empresario) sin necesidad de proceder a la devolución de los bienes. Ahora bien, si el empresario se niega a la devolución del precio, el

⁴⁸⁰ STEENNOT, R., “Belgium: Private Law Remedies for Breach of the Prohibition of Unfair Commercial Practices”, en *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 5, 2015, p. 189.

consumidor sí cuenta con la facultad de acudir a los tribunales para reclamar sus derechos.

Además, el consumidor debe solicitar el reembolso a la empresa en un plazo razonable, a partir del momento en que tuviera o debiera tener conocimiento de la práctica comercial desleal. Sin embargo, no está claro cuándo un período de tiempo debe considerarse “razonable” y en qué circunstancias un consumidor debe ser consciente del hecho de que una determinada práctica comercial es desleal.

En caso de que aún no se haya realizado el pago, el consumidor puede simplemente negarse a pagar. Y si, posteriormente, la empresa demanda al consumidor con el fin de obtener el pago, el consumidor podrá invocar como defensa el referido art. VI.38. Ahora bien, si la empresa aún no ha entregado los bienes o ha proporcionado los servicios, parece que el consumidor no podrá reclamar la entrega del bien o la prestación del servicio sin pagar.

El problema surge a la hora de demostrar que el empresario ha llevado a cabo alguna de estas prácticas, cuya prueba corresponde al consumidor. Y, salvo en el caso de los suministros no solicitados, su acreditación puede resultar problemática.

En los demás casos de prácticas comerciales desleales, el tribunal puede decidir aplicar este remedio, pero no está obligado a hacerlo. Además, el tribunal tiene la posibilidad de estimar sólo su aplicación parcial, por ejemplo, permitiendo que el consumidor se quede con el bien adquirido o el servicio prestado si este paga la mitad del precio, o decidiendo que el consumidor no abone el precio, pero devuelva el bien.

Otro problema aplicativo viene dado por el hecho de que el precepto bajo consideración no contiene una lista de criterios o circunstancias que el tribunal pueda tener en cuenta a la hora de decidir si aplica o no este remedio. Podría suponerse que el tribunal tomará en consideración la gravedad de la infracción, la medida en que el comportamiento económico del consumidor haya sido influenciado por la práctica comercial desleal, las consecuencias económicas de la infracción para el consumidor y la proporcionalidad del remedio en relación con la infracción y los daños sufridos por el consumidor.

También cabe esperar que el tribunal sea menos estricto cuando el empresario conculca una de las normas abiertas prohibitivas de las prácticas engañosas o agresivas que cuando infringe una prohibición clara, incluida en la lista negra de prácticas comerciales engañosas y agresivas. No en vano, mientras

en este último caso el empresario sabe o, al menos, debería saber de antemano que se está comportando de manera ilegal, cuando se trata de la infracción de una norma abierta compete, sin embargo, al tribunal decidir en el caso concreto si cabe hablar o no de la conculcación de una norma⁴⁸¹.

Como se mencionó anteriormente, el art. VI.38 requiere que el consumidor haya celebrado un acuerdo a raíz de una práctica comercial desleal. La única excepción a este respecto sería el supuesto de envíos o suministros no solicitados, ya que, en estos casos, por definición, no existe contrato.

De acuerdo con un sector de la doctrina, sería necesario acreditar que el consumidor no habría celebrado el acuerdo si no se hubiera producido la práctica comercial desleal, bajo el argumento de que este remedio sólo puede ser invocado si la práctica comercial desleal puede calificarse simultáneamente como un vicio del consentimiento. Sin embargo, la propia operativa del precepto se opone a esta conclusión, toda vez que muchas de las prácticas incluidas en la lista negra no han de conducir *per se* a la existencia de un vicio del consentimiento. Será, por tanto, suficiente con que se acredite que el consumidor no habría celebrado el contrato en los mismos términos si no hubiera existido la práctica desleal⁴⁸².

Pese a que este remedio aparece, en principio, como un instrumento ciertamente interesante para los consumidores individuales que celebran contratos influenciados por prácticas comerciales desleales, su efectividad queda en entredicho. Fundamentalmente, porque los criterios de aplicación son poco nítidos, sobre todo, en lo que atañe a los supuestos no incluidos en la lista negra de prácticas comerciales engañosas y agresivas. En concreto, no queda claro, si los tribunales exigirán que el consumidor demuestre efectivamente que no habría celebrado el acuerdo sin la práctica comercial desleal y que existe un vínculo de causalidad entre la conclusión del contrato y la práctica comercial desleal. La posibilidad de que se requiera dicha prueba podría disuadir a los consumidores de hacer uso de este remedio, ya que serían ellos quienes tendrían que asumir los costes del procedimiento y compensar los costes procesales del empresario si no pueden convencer al tribunal para la estimación de sus pretensiones⁴⁸³.

⁴⁸¹ *Ibidem*, pp. 189 y 190.

⁴⁸² *Ibidem*, p. 190.

⁴⁸³ STEENNOT, R., “Belgium: Private...”, cit., p. 191 y 192; y DUROVIC, M., “The Subtle...”, cit., p. 744.

4.5. *La rescisión del contrato o la rebaja del precio en los contratos concluidos como consecuencia de prácticas comerciales desleales: la solución inglesa*

En el ordenamiento jurídico inglés, la incorporación de la DPCD no supuso la introducción de remedios negociales específicos a disposición de los consumidores que contrataran afectados por prácticas comerciales desleales⁴⁸⁴. Sin embargo, la inaccesibilidad de las normas aplicables, que revestían una alta complejidad para los consumidores, condujo en 2014 a la modificación de dicho ordenamiento⁴⁸⁵. Con carácter previo a dicha reforma legislativa, el consumidor que contrataba afectado por prácticas comerciales desleales únicamente tenía a su disposición las acciones por *misrepresentation, duress, undue influence* y *harassment*, cuya complejidad técnica las convertía en un remedio poco operativo para los consumidores⁴⁸⁶.

De esta forma, el legislador inglés, haciendo uso de su libertad para determinar la incidencia de las prácticas comerciales desleales en la validez, formación o efectos del contrato (*ex art. 32.2 DPCD*), insertó una nueva parte 4A en la regulación de las prácticas comerciales desleales con los consumidores. Esta nueva regulación establece una serie de remedios negociales para los consumidores que contraten bajo la influencia de una práctica comercial desleal que se traducen en el derecho a rescindir el contrato (*right to unwind*) o a solicitar una reducción del precio (*right to a discount*) y, en todo caso, a instar la reclamación de los daños y perjuicios ocasionados.

Ahora bien, estos remedios negociales individuales sólo están disponibles cuando el consumidor haya contratado afectado por prácticas engañosas o agresivas, pero no en los casos de omisiones engañosas. Extremo que ha sido criticado por la doctrina, que tampoco entiende que estos remedios no resulten de aplicación en los supuestos contemplados en la lista negra de prácticas comerciales desleales *per se*⁴⁸⁷.

El art. 27A es la puerta de entrada a las nuevas disposiciones y en él se establecen los presupuestos necesarios para la activación de los remedios de la Parte 4A. Así, en primer lugar, debe tratarse de una transacción particular que involucre a un consumidor. Las transacciones pertinentes se establecen en su

⁴⁸⁴ The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008, *UK Statutory Instruments*, 2008 No. 1277.

⁴⁸⁵ The Consumer Protection (Amendment) Regulations 2014, *UK Statutory Instruments*, 2014 No. 870.

⁴⁸⁶ SHEARS, P., "The Consumer Protection Regulations in the UK: The Story So Far", en *European Business Law Review*, núm. 27, 2016, p. 186 y 187.

⁴⁸⁷ *Ibidem*, p. 187.

apartado segundo, que las concreta en las siguientes: que el consumidor celebre un contrato con un comerciante para la venta o suministro de un producto (contrato de empresa a consumidor), que el consumidor celebre un contrato para la venta de bienes al comerciante (contrato de consumidor a empresa), o que el consumidor realice un pago a un comerciante por el suministro de un producto. En segundo lugar, se exige que el comerciante lleve a cabo una práctica comercial desleal prohibida (es decir, una acción engañosa o una práctica agresiva). Y, en tercer lugar, se requiere acreditar que la práctica en cuestión sea un factor significativo para que el consumidor celebre el contrato o realice el pago correspondiente.

La regulación de la rescisión del contrato se contiene en los arts. 27E-H. En virtud del apartado 1 del art. 27E, la rescisión procede si el consumidor indica al comerciante que rechaza el producto, y lo hace dentro de un período de 90 días desde la celebración del contrato o la entrega de los bienes y en un momento en que el producto puede ser rechazado.

A tal efecto, el apartado 8 del art. 27E establece que un producto puede ser rechazado solo en los siguientes casos: cuando los bienes no se han consumido por completo, el servicio no se ha prestado completamente, el contenido digital no se ha consumido totalmente, el arrendamiento no ha expirado, o el derecho no se ha ejercido plenamente.

La rescisión da lugar a la extinción del contrato, con el consiguiente reembolso del precio por parte del comerciante y la devolución de los bienes a cargo del consumidor⁴⁸⁸.

De esta forma, el legislador inglés articula un remedio *ad hoc* a través del cual el consumidor que haya celebrado un contrato influenciado por una práctica comercial desleal puede desvincularse del contrato en el plazo señalado legalmente, que se aleja de los remedios negociales típicos. En este sentido, en los trabajos preparatorios de la reforma de la ley de protección de los consumidores frente a las prácticas comerciales desleales de 2014 se afirmaba que con la expresión *right to unwind* quería introducirse un término sin bagaje legal existente, aunque se reconocía su cercanía a la figura de la rescisión contractual⁴⁸⁹.

⁴⁸⁸ DEVENNEY, J., “Private Redress Mechanisms in England and Wales for Unfair Commercial Practices”, en *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 2, 2016, p. 101 y ss.

⁴⁸⁹ Law Commission, *Consumer Redress for Misleading and Aggressive Practices* [Cm 8328 (2012)], 8.91, p. 104. Algunos autores, en cambio, ven en este remedio una especie de derecho de desistimiento *sui generis* (GUFFANTI PESENTI, L., “Pratiche commerciali scorrette e invalidità del contratto nel D.D.L. delega N. 1151 del 2019”, en *JUS. Rivista di Scienze giuridiche*, núm. 1, 2020, p. 159).

La solución de la rebaja del precio está contemplada en el art. 27I. En su apartado 1, se establece que el consumidor tiene derecho a un descuento con independencia de que haya hecho uno o más pagos al comerciante y siempre que no haya ejercido el derecho a rescindir el contrato. Si el consumidor ha pagado todo o parte del precio, tiene derecho a recibir el porcentaje de reducción del precio. En caso contrario, tendrá derecho a la rebaja del precio en la proporción correspondiente.

Con el fin de facilitar la determinación del importe de la rebaja del precio, el art. 27I fija una escala. Conforme a ella, en el caso de productos con un valor máximo de £5.000 el descuento es del 25% cuando se trate de prácticas “menores”, del 50% por prácticas “significativas”, del 75% por las consideradas como “serias”, y del 100% del precio en los supuestos calificados como “muy serios”. De acuerdo con el apartado 5 del art. 27I, la gravedad de la práctica prohibida ha de evaluarse tomando en consideración el comportamiento del sujeto agente, el impacto de la práctica en el consumidor y el tiempo transcurrido desde la realización de la práctica prohibida. En el caso de que el valor de los productos fuera superior a £5.000, el importe de la rebaja vendrá determinado por la diferencia entre el precio pagado y el valor de mercado.

A diferencia de la rescisión del contrato, el remedio consistente en la rebaja del precio no está sometido a plazo de ejercicio alguno. Así, el consumidor puede solicitar dicha rebaja aun cuando haya transcurrido el plazo de 90 días previsto para la rescisión del contrato⁴⁹⁰.

Además, el art. 27J establece que el consumidor tiene derecho a una indemnización cuando haya sufrido un perjuicio económico en el que no habría incurrido de no existir la práctica prohibida o cuando haya sufrido molestias psíquicas o físicas como consecuencia de ella. Ahora bien, para que pueda reclamarse la indemnización por daños y perjuicios, el consumidor debe demostrar que ha celebrado un contrato, que ha sido víctima de una práctica engañosa o agresiva (pero no una omisión engañosa), y que la práctica prohibida fue un factor significativo en la decisión del consumidor de celebrar el contrato⁴⁹¹.

De acuerdo con el apartado 3 del precepto bajo consideración, el derecho a recibir la indemnización por daños y perjuicios no incluye la diferencia entre el precio de mercado del producto y la cantidad pagadera por él en virtud del

⁴⁹⁰ Law Commission, *Consumer Redress for Misleading and Aggressive Practices* [Cm 8328 (2012)], 8.118, p. 118.

⁴⁹¹ SHEARS, P., “The Consumer...”, cit., p. 187.

contrato. Antes bien, únicamente incluye los daños y perjuicios con respecto a la pérdida que era razonablemente previsible en el momento de la práctica prohibida.

Asimismo, se dispone que el consumidor no tiene derecho a la indemnización si el comerciante prueba que la realización de la práctica prohibida se debió a un error, a la confianza en la información proporcionada al comerciante por un tercero, al acto o incumplimiento de una persona distinta del comerciante, a un accidente, o a otra causa fuera del control del comerciante; y, además, acredita que tomó todas las precauciones razonables y ejerció toda la diligencia debida para evitar la realización de la práctica prohibida.

Ahora bien, a pesar de que este régimen se introdujo para facilitar el ejercicio de remedios negociales individuales por parte de los consumidores, son varios los motivos que ponen de manifiesto su limitada eficacia. De un lado, el ejercicio de estos derechos exige al consumidor la prueba de una serie de extremos de difícil acreditación, sobre todo, en lo que se refiere al hecho de que la práctica comercial desleal constituya un factor significativo a la hora de adoptar su decisión sobre la celebración del contrato. De otro lado, la articulación de un plazo relativamente breve para instar la resolución del contrato – computado desde su celebración–, la vaguedad con la que se define la gravedad de la práctica desleal a los efectos de la solicitud de la rebaja del precio, y, por último, la limitación de los daños resarcibles, son extremos que no favorecen la aplicación de estos remedios negociales a los casos concretos⁴⁹².

⁴⁹² BEDNARZ, Z., “Acciones individuales frente...”, cit., p. 15.

VII. LA DIRECTIVA (UE) 2019/2161: MEDIDAS CORRECTORAS INDIVIDUALES FRENTE A LAS PRACTICAS COMERCIALES DESLEALES

1. Planteamiento

La DPCD no impone a los Estados miembros la obligación de proporcionar a los consumidores afectados por prácticas comerciales desleales acciones individuales de carácter privado. Así lo confirman tanto su Considerando 9 como su art. 3.2. En este sentido, el Considerando 9 señala que esta normativa se entiende sin perjuicio de las acciones individuales ejercidas por quienes hayan resultado perjudicados por una práctica comercial desleal, mientras que el art. 3.2 establece que la DPCD no afecta al Derecho contractual y, en particular, a las normas relativas a la validez, la formación o el efecto de los contratos.

En consecuencia, si una práctica comercial desleal provoca o no efectos relevantes para las relaciones individuales es una cuestión que compete al Derecho nacional y no a la DPCD. Igualmente, tampoco corresponde a la Directiva, sino al Derecho nacional, determinar si los tribunales nacionales pueden decidir que el contrato individual celebrado como resultado de esa práctica es inválido, puede resolverse o, en su caso, si procede o no conceder daños y perjuicios.

Parece bastante claro, por tanto, que en el ánimo del legislador comunitario late la idea de que el régimen de las prácticas comerciales desleales no debe repercutir de forma directa sobre el Derecho privado de los distintos Estados miembros que conforman la UE. De ahí su propósito de deslindar el régimen de las prácticas comerciales desleales y el Derecho privado de los Estados miembros, en coherencia con su finalidad de respetar las distintas tradiciones nacionales en materia contractual⁴⁹³. Con ello, además, se evita que las legislaciones nacionales sobre contratos se vean afectadas por la técnica legislativa de la armonización plena⁴⁹⁴.

En todos los Estados miembros, en principio, parece posible basarse en las disposiciones generales del Derecho de contratos para atribuir consecuencias negociales a las prácticas comerciales desleales. Cualquier consumidor puede

⁴⁹³ DUROVIC, M., “The Subtle...”, cit., p. 716.

⁴⁹⁴ WHITTAKER, S., “The Relationship of the Unfair Commercial Practices Directive to European and National Contract Laws”, en AA.VV. (Eds. WEATHERILL, S. y BERNITZ, U., *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques*, Oxford, Hart Publishing, 2007, p. 140-141.

alegar que una práctica comercial engañosa constituye un supuesto de error o de dolo que vicia su consentimiento. Y del mismo modo puede argüir que una práctica comercial agresiva genera un vicio en su consentimiento por violencia o intimidación. Paralelamente, la doctrina sobre la responsabilidad precontractual también puede resultar relevante en determinados casos para reclamar daños y perjuicios. Y, junto a ello, en lo que atañe a las prácticas comerciales desleales posteriores al contrato, las normas nacionales sobre el cumplimiento contractual pueden ser de utilidad para solicitar el cumplimiento o reclamar daños y perjuicios⁴⁹⁵.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que no existe un principio general conforme al cual una práctica comercial desleal desencadena de forma automática la invalidez, la resolución o rescisión del contrato, o la reclamación de daños y perjuicios. Y el recurso a las doctrinas generales antes mencionadas está sujeto al cumplimiento de ciertos presupuestos y condiciones que pueden funcionar como una barrera para los consumidores que quieran desvincularse de los contratos suscritos como consecuencia de prácticas comerciales desleales o, en su caso, exigir una reparación por los daños y perjuicios sufridos.

Así pues, en ausencia de remedios individuales comunes en el marco de la UE aplicables a los casos de infracción de las disposiciones de la DPCD, dependerá de cada Estado miembro el establecimiento de las distintas consecuencias negociales que se anudan a la realización de prácticas comerciales desleales, así como la determinación de sus requisitos y alcance. Y, como hemos podido comprobar más arriba, las distintas legislaciones nacionales abordan esta problemática de diferente forma, en consonancia con sus diversas y plurales tradiciones jurídicas.

Efectivamente, el estudio de las soluciones de Derecho comparado muestra un mosaico diverso de remedios privados en lo que atañe a este asunto. Esta situación, que es consecuencia de la falta de armonización acaecida en este ámbito, da lugar a un sistema altamente fragmentado que corre el riesgo de comprometer la efectividad de la protección de los consumidores y de no promover el desarrollo del mercado único en contra de las finalidades expresamente manifestadas por la DPCD⁴⁹⁶.

La apuntada fragmentación genera costes innecesarios para los operadores económicos cumplidores que participan en el comercio transfronterizo, que

⁴⁹⁵ CIVIC CONSULTING, *Study for the Fitness Check of EU consumer and marketing law. Final report part 1 – Main report*, European Union, 2017, p. 228 y 229 (disponible en <https://ec.europa.eu/newsroom/just/items/59332/en>, consultado el 25/08/2021).

⁴⁹⁶ MATERA, D. M., “Prácticas comerciales...”, cit., p. 102.

inexorablemente se han de adaptar a reglas muy distintas con el subsiguiente deber de evaluar los riesgos relacionados con los posibles desafíos legales. Al mismo tiempo, supone que en los Estados miembros que no arbitran estas medidas, los comerciantes no tienen el incentivo adicional para cumplir con la DPCD que habrían tenido si a los consumidores se les hubieran proporcionado remedios negociales específicos para hacer frente a sus infracciones.

Esta situación ha sido puesta de manifiesto por la doctrina tanto nacional como comparada, que desde hace tiempo viene demandando un mayor grado de armonización de las legislaciones nacionales en materia de remedios privados contra las prácticas desleales con los consumidores⁴⁹⁷. Y ha encontrado respuesta a nivel legislativo a través de la Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión. En efecto, esta Directiva incorpora un nuevo art. 11 bis a la DPCD donde se prevé la necesidad de establecer medidas correctoras individuales a favor de los consumidores perjudicados por prácticas comerciales desleales.

2. Los antecedentes de la Directiva (UE) 2019/2161

El art. 18 DPCD contiene una cláusula de revisión que encomienda a la Comisión la tarea de presentar al Parlamento Europeo y al Consejo un informe global sobre la aplicación de la Directiva, sobre las posibilidades de proseguir la armonización y simplificación de la legislación en materia de protección de los consumidores, y sobre las medidas cuya adopción se estima necesaria para garantizar el mantenimiento de unos niveles adecuados de protección de los consumidores.

Bajo estas coordenadas, la Comunicación de 2013⁴⁹⁸ y el informe adjunto sobre la DPCD⁴⁹⁹ concluyeron que no parecía apropiado modificar la Directiva y

⁴⁹⁷ STEENNOT, R., “Belgium: Private...”, cit., p. 193; MAK, V., “Unfair Commercial...”, cit., p. 250; AUGENHOFER, S., “Unfair Commercial ...”, cit., p. 99; MATERA, D. M., “Prácticas comerciales ...”, cit., p. 102; y BEDNARZ, Z., “Acciones individuales...”, cit., p. 3 y ss.

⁴⁹⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva relativa a las prácticas comerciales desleales «Alcanzar un alto nivel de protección de los consumidores - Generar confianza en el mercado interior», COM(2013) 0138 final.

⁴⁹⁹ Primer informe sobre la aplicación de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las

que ésta había mejorado considerablemente la protección de los consumidores en los Estados miembros. En ellos se sostenía que, al armonizar plenamente las normas nacionales, la Directiva había contribuido a eliminar los obstáculos al comercio transfronterizo y simplificado el entorno regulador.

Posteriormente, el 25 de mayo de 2016, la Comisión publicó un documento de orientación revisado sobre la aplicación de la DPCD con el fin de mejorar su cumplimiento por parte de las empresas y su aplicación en todos los Estados miembros⁵⁰⁰. Sobre todo, en relación con los nuevos modelos de negocio y los operadores económicos en el ámbito digital. En dicho texto no se hacía referencia a las posibilidades de modificación de la DPCD, pero si se dejaba constancia de que la infracción de sus disposiciones no generaba consecuencias en el plano comercial⁵⁰¹.

Sin embargo, poco más tarde, las autoridades comunitarias toman consciencia de la necesidad de modificar la DPCD con la finalidad de lograr un mayor grado de efectividad en la aplicación de sus disposiciones y una consecuente mejora de los derechos de los consumidores y usuarios.

Esta situación se pone de manifiesto en el marco del Programa de Adecuación y Eficacia de la Regulación (REFIT), incardinado en la Política de Mejora Regulatoria (Better Regulation) de la Comisión⁵⁰². En este ámbito, la Comisión evaluó seis Directivas horizontales sobre consumo y marketing: la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales, la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos, la Directiva 98/6/CE sobre indicación de precios, la Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, la Directiva 2009/22/CE relativa a las acciones de cesación y la Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y comparativa. El análisis consistió en encuestas a consumidores de toda la UE, entrevistas con organismos nacionales de consumidores (organizaciones, asociaciones empresariales, autoridades, ministerios) y experimentos de comportamiento. Paralelamente y en relación con esta iniciativa, la Comisión

Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n° 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, COM(2013) 139 final.

⁵⁰⁰ Documento de trabajo de los servicios de la Comisión, *Guía para la implementación/aplicación de la Directiva 2005/2009/CE relativa a las prácticas comerciales desleales*, SWD(2016) 163 final.

⁵⁰¹ P. 22 y 23.

⁵⁰² En él se revisan periódicamente las leyes de la UE para identificar las cargas reglamentarias excesivas, duplicidades, lagunas, incoherencias y medidas obsoletas que pueden ir apareciendo con el tiempo. Sobre este Programa, <https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/evaluating-and-improving-existing-laws> (consultado el 14/11/2021).

llevó a cabo una evaluación de la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores, de conformidad con lo exigido en su artículo 30⁵⁰³.

Como resultado de la evaluación de las seis Directivas referidas, el 23 de mayo de 2017, la Comisión publicó un informe sobre el control de adecuación de dichas normas comunitarias⁵⁰⁴. En él se analizó su eficacia, eficiencia, coherencia, pertinencia y valor añadido. Este control de adecuación concluyó que las normas sustantivas de la UE en materia de consumo y marketing, con carácter general, son adecuadas para el fin que persiguen.

Sin embargo, en los resultados se destacó la importancia de aplicar y hacer cumplir mejor las normas, así como la conveniencia de modernizarlas en consonancia con la evolución del mercado digital.

En lo que respecta a la DPCD, el control de adecuación examinó la posibilidad de introducir mecanismos negociales de protección para aquellos consumidores que hubieran sufrido un perjuicio individual como consecuencia de prácticas comerciales desleales. Los resultados de la consulta pública en línea indicaron que las organizaciones de consumidores (95%), los consumidores encuestados (75%) y las autoridades públicas (75%) acogerían con agrado la introducción de este tipo de soluciones. Sin embargo, las empresas y las asociaciones empresariales estuvieron divididas, pues mientras el 45% de las primeras se mostraron a favor, solo el 10% de las segundas se manifestaron en dicha dirección. Además, el informe puso de manifiesto el mosaico de soluciones nacionales a este problema, destacando la fragmentación de la regulación y la poca efectividad de algunos de los remedios acogidos en las legislaciones nacionales.

⁵⁰³ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, COM(2017) 259 final.

⁵⁰⁴ COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, *Report of the Fitness Check on Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council ('Unfair Commercial Practices Directive');* Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts; Directive 98/6/EC of the European Parliament and of the Council of 16 February 1998 on consumer protection in the indication of the prices of products offered to consumers; Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees; Directive 2009/22/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on injunctions for the protection of consumers' interests; Directive 2006/114/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 concerning misleading and comparative advertising, SWD(2017) 209 final.

Junto a lo anterior, el informe analizó la predisposición de los empresarios que hubieran infringido las disposiciones de la DPCD a proporcionar de forma voluntaria soluciones a los consumidores afectados. El estudio reveló que en los 56 casos de prueba completados solo un comerciante reconoció expresamente haber participado en prácticas comerciales desleales, y solo nueve (es decir, el 16%) propusieron proporcionar una reparación (reembolso total o parcial del precio) en respuesta a la reclamación del consumidor sobre el incumplimiento de la DPCD.

3. La propuesta de Directiva

Sobre la base de este control de adecuación de las Directivas comunitarias en materia de consumo y marketing, y de la evaluación de la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores, el 11 de abril de 2018 se publicó la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, la Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la UE⁵⁰⁵.

La Propuesta viene acompañada de una amplia Exposición de Motivos donde se explican las razones en las que se sustenta y los objetivos perseguidos, su coherencia con las disposiciones vigentes y con otras políticas de la UE, así como su base jurídica y su adecuación a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Además, a todo esto se añade una referencia expresa a los resultados de las evaluaciones *ex post*, a las consultas con las partes interesadas y a las evaluaciones de impacto, así como una explicación de las disposiciones específicas de la Propuesta.

Esta Propuesta pretende modificar cuatro directivas de la UE que protegen los intereses económicos de los consumidores. Aunque es cierto que la mayoría de las modificaciones se refieren a la DPCD y a la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores. Las Directivas 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos y 98/6/CE sobre indicación de precios se modifican únicamente en lo que atañe a las sanciones.

La elaboración de la Propuesta responde al debate relativo a si la UE cuenta con mecanismos lo suficientemente sólidos como para abordar las

⁵⁰⁵ COM(2018) 185 final.

infracciones transfronterizas de su legislación, garantizar el cumplimiento de las normas de protección de los consumidores y ofrecer una adecuada reparación a las víctimas, lo que se vio potenciado por el escándalo del “Dieselgate”. En este sentido, el Considerando 3 de la Propuesta señala que siguen existiendo lagunas en materia de ejecución de los derechos de los consumidores y los medios de reparación, entre las que destacan “la ausencia en las legislaciones nacionales de sanciones verdaderamente efectivas y proporcionadas para disuadir y castigar las infracciones, la insuficiencia de medidas correctoras individuales para los consumidores perjudicados por las vulneraciones de la legislación nacional que transpone la Directiva 2005/29/CE y las deficiencias del procedimiento de las acciones de cesación conforme a la Directiva 2009/22/CE”.

En suma, con esta Propuesta se trata de llevar a cabo una serie de mejoras en la legislación comunitaria de consumo que, a grandes rasgos, se traducen en las siguientes: 1^a) imposición de sanciones más efectivas, proporcionadas y disuasorias para las infracciones transfronterizas generalizadas; 2^a) reconocimiento de medidas correctoras individuales para los consumidores víctimas de prácticas comerciales desleales; 3^a) dotación de mayor transparencia para los consumidores en los mercados en línea, en particular, en lo relativo a la clasificación de las ofertas, a la identificación de la contraparte contractual y a la configuración de los resultados en motores de búsqueda y herramientas de comparación; 4^a) ampliación de la protección de los consumidores respecto a los servicios digitales que no se pagan con dinero, sino mediante datos; 5^a) eliminación de cargas para las empresas; y 6^a) aclaración de la libertad de los Estados miembros para adoptar normas sobre determinadas formas y aspectos de las ventas fuera de los establecimientos mercantiles, y de las normas sobre la comercialización engañosa de productos de “calidad dual”.

Todas estas medidas se incardinan en el ámbito de la protección de los intereses económicos de los consumidores y contribuyen a la consolidación del mercado interior, toda vez que la política de protección de los consumidores puede contribuir a fomentar la competencia y aumentar la eficiencia. Es por ello que esta Propuesta encuentra su base jurídica en los arts. 114 (culminación del mercado interior) y 169 (protección de los consumidores) TFUE⁵⁰⁶.

Centrándonos en lo que aquí interesa, la Exposición de Motivos de la Propuesta resalta la coherencia del reconocimiento de medidas correctoras individuales dirigidas a los consumidores afectados por infracciones de la DPCD con las disposiciones vigentes en su ámbito de actuación. En este sentido, se

⁵⁰⁶ Considerando 1.

afirma que estas medidas correctoras pueden complementar los esfuerzos de la UE encaminados a facilitar a los consumidores la búsqueda de una reparación gracias a la Propuesta relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE. Al mismo tiempo, señala que los consumidores afectados por las prácticas comerciales desleales podrían recurrir a las medidas correctoras propuestas en el marco de los procedimientos para las reclamaciones de escasa cuantía y de la resolución de litigios alternativa o en línea.

Al preparar la Propuesta, la Comisión volvió a llevar a cabo una serie de consultas con el fin de recabar datos cualitativos y cuantitativos de las distintas partes interesadas (consumidores, asociaciones de consumidores, empresas, asociaciones empresariales, autoridades de los Estados miembros y profesionales de la justicia). En el marco de estas consultas, la gran mayoría de las autoridades públicas, las asociaciones de consumidores y los consumidores participantes se manifestaron a favor de la introducción de medidas correctoras a escala de la UE con arreglo a la DPCD, con el fin de garantizar que los comerciantes cumplan mejor las normas de protección de los consumidores. Sin embargo, el apoyo a esta idea fue escaso entre las asociaciones empresariales (35 %) y las empresas (31 %). En la consulta del grupo de pymes, el 87 % de los encuestados se manifestaron a favor de la introducción de estas medidas correctoras individuales.

El Considerando 13 de la Propuesta recalca que la DPCD se “diseñó fundamentalmente para regular la conducta de los comerciantes en el mercado con arreglo a la ejecución de la legislación pública”, pero “la experiencia de más de diez años de aplicación demuestra las deficiencias derivadas de la falta de un marco inequívoco en el que se establezcan los derechos a medidas correctoras individuales”. De ahí que deba potenciarse el acceso a este tipo de medidas, “al objeto de situar al consumidor en las condiciones en que habría estado si no se hubiera visto afectado por una práctica comercial desleal”. Esto es, “con el fin de eliminar todos los efectos de tales prácticas”⁵⁰⁷, entre los que se incluyen (ahora) los contractuales.

Asimismo, la Propuesta pone de manifiesto que la opción de dejar en manos de las distintas legislaciones nacionales la decisión sobre el establecimiento de medidas correctoras individuales, así como sobre su alcance y contenido, impide que la DPCD sea efectiva. La introducción de un marco inequívoco respecto a dichas medidas facilitaría la ejecución privada y

⁵⁰⁷ Considerando 15.

complementaría la obligación vigente de que los Estados miembros garanticen la posibilidad de utilizar medios adecuados y eficaces para procurar el cumplimiento de dicha Directiva⁵⁰⁸.

Para alcanzar este objetivo, el art. 1.4 de la Propuesta añade un art. 11 bis a la DPCD con la siguiente dicción: “1. Además del requisito de garantizar unos medios adecuados y eficaces para procurar el cumplimiento en el artículo 11, los Estados miembros garantizarán que existan, asimismo, medidas correctoras contractuales y no contractuales a disposición de los consumidores perjudicados por prácticas comerciales desleales, con el fin de eliminar todos los efectos de tales prácticas de conformidad con su legislación nacional.- 2. Entre las medidas correctoras contractuales figurará, como mínimo, la posibilidad de que el consumidor rescinda unilateralmente el contrato.- 3. Entre las medidas correctoras no contractuales figurará, como mínimo, la posibilidad de obtener una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por el consumidor”.

Como señala el Considerando 15 de la Propuesta, “(n)o se impedirá a los Estados miembros que mantengan o introduzcan derechos a otras medidas correctoras adicionales para los consumidores perjudicados por prácticas comerciales desleales, con el fin de garantizar la eliminación plena de los efectos de tales prácticas”. De esta forma, se otorga a los Estados miembros cierta libertad de maniobra respecto a las medidas correctoras específicas que deben ofrecerse a los consumidores afectados por prácticas comerciales desleales, previendo únicamente la adopción de las medidas correctoras que, según la Propuesta, son actualmente más comunes en el Derecho civil nacional de los Estados miembros de la UE.

El 19 de septiembre de 2018, el Comité Económico y Social Europeo emitió un dictamen sobre esta Propuesta de Directiva de mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la UE y sobre la Propuesta de Directiva relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores⁵⁰⁹. En lo que atañe a la Propuesta de Directiva objeto de estudio, el Consejo Económico y Social

⁵⁰⁸ Considerando 14.

⁵⁰⁹ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre a) «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE» [COM(2018) 184 final — 2018/0089 (COD)] y b) «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, la Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2011/83/ UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la UE» [COM(2018) 185 final — 2018/0090 (COD)], en *DOUE*, C 440/66, de 6 de diciembre de 2018.

Europeo muestra cierta preocupación al entender que algunos aspectos de la regulación no son abordados de forma adecuada. En concreto, en lo que atañe al nivel de armonización de la política de los consumidores, a la fragmentación de la ejecución a nivel nacional, así como a la necesidad promover los sistemas alternativos de resolución de litigios, la autorregulación y los códigos de conducta. Igualmente, reconoce la problemática generada por la contratación afectada por prácticas engañosas y agresivas. Y, a tal efecto, recomienda el ofrecimiento de “medidas correctoras individuales adecuadas como el reembolso, la sustitución o la resolución del contrato de venta”. Además, recalca que “(l)as medidas correctoras también deben adaptarse a la situación de cada consumidor, permitiéndole optar por soluciones a medida”.

Posteriormente, el Comité Europeo de las Regiones emitió su dictamen “Un nuevo marco para los consumidores”⁵¹⁰ en el que realiza una serie de recomendaciones de enmienda sobre la Propuesta de Directiva de mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la UE. Una mención especial merece la Recomendación de enmienda 12, en la que se propone añadir al apartado 1 del proyectado art. 11 bis DPCD un inciso en el que se destaque que las medidas correctoras proporcionadas a los consumidores que contraten afectados por prácticas comerciales desleales sean “adecuadas y no disuasorias”. El dictamen explica esta enmienda sobre la base de que, además de proporcionar remedios individuales a los consumidores, éstas deben ser oportunas y rentables, con el fin de que los consumidores no se vean disuadidos de ejercerlas.

Tras los oportunos debates parlamentarios, el 17 de abril de 2019, el Parlamento Europeo adoptó su posición en primera lectura sobre la propuesta de la Comisión. Y una vez formalizado el texto adoptado por los juristas lingüistas, el Parlamento aprobó una corrección de errores de dicha posición en su Pleno del 9 al 10 de octubre de 2019, donde se refleja el acuerdo transaccional alcanzado entre las instituciones que finalmente recibió la aprobación del Parlamento.

4. La Directiva (UE) 2019/2161

4.1. Cuestiones generales

La aprobación y entrada en vigor de la Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que

⁵¹⁰ DOUE, C 461/232, de 21 de diciembre de 2018.

atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión supone un nuevo paso del legislador comunitario en el fortalecimiento y actualización de las normas comunitarias tuitivas de los intereses de los consumidores. El propio título de la Directiva ya nos pone sobre aviso de los objetivos perseguidos por esta iniciativa comunitaria que, como señala su Considerando 60, se concretan en “la mejora de la aplicación y la modernización de la legislación en materia de protección de los consumidores”. En concreto, la Directiva se articula en torno a dos ejes fundamentales.

El primero de ellos persigue una aplicación más eficaz de las disposiciones comunitarias encaminadas a la protección de los consumidores de la UE. Y ello con el doble fin de colmar las lagunas en el Derecho nacional por lo que se refiere a la imposición de sanciones verdaderamente efectivas y proporcionadas para disuadir y castigar las infracciones dentro de la Unión; y de paliar la insuficiencia de medidas correctoras individuales para los consumidores perjudicados por las vulneraciones de la legislación nacional por la que se incorpora la DPCD⁵¹¹. A este respecto, la Directiva (UE) 2019/2161, por un lado, introduce distintas modificaciones en las Directivas afectadas al objeto de transformar y armonizar el marco sancionador aplicable a sus infracciones⁵¹². Y, por otro, introduce en la DPCD un nuevo art. 11 bis intitulado “Reparación” en el que se establecen las medidas correctoras individuales que, con carácter mínimo, deben otorgar los distintos Estados miembros a los consumidores que se vean afectados por prácticas comerciales desleales⁵¹³.

El segundo de los ejes centrales de la Directiva (UE) 2019/2161 lo conforman una serie de medidas dirigidas a modernizar las normas de la Unión en materia de protección de los consumidores en vistas del desarrollo del mercado digital y de las distintas herramientas empleadas por los empresarios en este ámbito⁵¹⁴. Estas medidas se encaminan, en concreto, a actualizar las definiciones contenidas en la DPCD y en la Directiva 2011/83/UE para acomodarlas a las nuevas realidades digitales⁵¹⁵; a modificar el ámbito de aplicación de la Directiva 2011/83/UE al objeto de asimilar los servicios digitales de pago a aquellos que se prestan a cambio de datos personales⁵¹⁶; a mejorar la transparencia en las operaciones en línea, en particular, en lo relativo al uso de

⁵¹¹ Considerando 3.

⁵¹² Arts. 1, 2.2, 3.6 y 4.13.

⁵¹³ Art. 3.5.

⁵¹⁴ Considerando 17.

⁵¹⁵ Arts. 3.1 y 4.1.

⁵¹⁶ Art. 4.2.

reseñas en internet, de precios personalizados basados en algoritmos o de clasificaciones de productos debidas a “colocaciones retribuidas”⁵¹⁷; a suprimir la obligación de utilizar medios de comunicación anticuados exigida por la legislación vigente⁵¹⁸; y a regular el derecho de desistimiento del consumidor en el marco de los servicios digitales⁵¹⁹.

En lo que respecta a la DPCD, junto a la incorporación de medidas correctoras individuales a favor de los consumidores víctimas de prácticas comerciales desleales y la modificación e introducción de definiciones encaminadas a su adecuación a la comercialización en el entorno digital, la Directiva (UE) 2019/2161 incorpora diversas modificaciones.

En primer lugar, se lleva a cabo una aclaración sobre la libertad de los Estados miembros para adoptar normas dirigidas a proteger los intereses legítimos de los consumidores en lo que atañe a ciertas prácticas de comercialización o venta agresivas o engañosas en el contexto de las ventas efectuadas fuera del establecimiento⁵²⁰.

En segundo lugar, se regula el modo en que los Estados miembros deben abordar la comercialización engañosa de los productos de “calidad dual” mediante el reconocimiento de un nuevo acto de engaño en el art. 6.2 DPCD⁵²¹.

En tercer lugar, se modifica el art. 7.4 DPCD con el fin de calificar como información sustancial en los supuestos en que haya una invitación a comprar “los procedimientos de pago, entrega y funcionamiento, si se apartan de las exigencias de la diligencia profesional”, así como, “en el caso de productos ofrecidos en mercados en línea, si el tercero que ofrece el producto es un comerciante o no, con arreglo a la declaración de dicho tercero al proveedor del mercado en línea”. Asimismo, se introduce un nuevo apartado bis en el art. 7.4 en el que se establece la obligación de proporcionar información a los consumidores sobre los criterios de calificación de los productos presentados como resultado de una búsqueda en el entorno digital⁵²².

⁵¹⁷ Arts. 3.4 y 7 y art. 4.3, 4, 5 y 7.a).

⁵¹⁸ Art. 4.4.a).

⁵¹⁹ Art. 4.7, 11 y 12.

⁵²⁰ Art. 3.2.

⁵²¹ De acuerdo con esta modificación, se considerará engañosa toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, y teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado, y que suponga “c) cualquier operación de comercialización de un producto, en un Estado miembro, como idéntico a un producto comercializado en otros Estados miembros, cuando dicho producto presente una composición o unas características significativamente diferentes, a menos que esté justificado por factores legítimos y objetivos” (art. 3.3).

⁵²² Art. 3.4.

Finalmente, el art. 3.7 de la Directiva (UE) 2019/2161 introduce en el Anexo I DPCD cuatro nuevos supuestos de prácticas comerciales que se reputan desleales en cualquier circunstancia. Estos supuestos están relacionados con las búsquedas en línea, las reseñas de productos y la reventa de entradas de espectáculos adquiridas empleando medios automatizados para sortear cualquier límite impuesto al número de entradas que puede adquirir cada persona⁵²³.

Así pues, no es de extrañar que la Directiva (UE) 2019/2161 sitúe su fundamento jurídico-formal y material en el art. 169 TFUE. Esta Directiva, por tanto, se funda y configura como una medida legislativa orientada a la consecución de un alto nivel de protección de los consumidores. De modo que ese alto nivel de protección de los consumidores constituye una guía imprescindible para interpretar y aplicar las distintas medidas impuestas por la Directiva.

Ahora bien, ello no es óbice para que esta Directiva se encuentre decisivamente vinculada al correcto funcionamiento del mercado interior. La relevancia que reviste esta orientación político-legislativa en la elaboración de la Directiva resulta de su Considerando 1, que comienza declarando la relación que existe entre su contenido y los objetivos del art. 114 TFUE. Esta relevancia no sólo ha sido puesta de manifiesto a lo largo de los distintos trabajos preparatorios de la Directiva, sino que aparece en el espíritu de muchas de las medidas que incorpora. Tal es el caso del reconocimiento de medidas correctoras individuales a favor de los consumidores afectados por prácticas comerciales desleales, de la tipificación de nuevos supuestos de deslealtad *per se* o de la nueva regulación de los deberes precontractuales de información.

Los problemas derivados de falta de armonización comunitaria en algunos de los ámbitos regulados por la Directiva imponían claras limitaciones a la eficacia de las normas sobre el mercado interior. Fundamentalmente en lo relativo a la efectividad de la DPCD, como se recalcó en la Propuesta de Directiva. De ahí que, en este contexto, parezca especialmente idónea la indicación de que la acción legislativa de los distintos Estados miembros es insuficiente para alcanzar los objetivos de la Directiva contenida en su Considerando 60.

⁵²³ Un estudio de estas reformas y de su potencial incidencia en el ámbito de la protección de los consumidores en el marco de la UE puede encontrarse en DUIVENVOORDE, B., “The Upcoming Changes in the Unfair Commercial Practices Directive: A Better Deal for Consumers?”, en *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 8, Iss. 6, 2019, p. 219 y ss.

4.2. *El reconocimiento de medidas correctoras individuales a los consumidores afectados por prácticas comerciales desleales: la inclusión de un nuevo art. 11 bis en la DPCD*

Uno de los principales problemas que se ha suscitado en el marco de la DPCD viene constituido por la falta de reconocimiento de remedios individuales a favor de los consumidores afectados por prácticas comerciales desleales. Y, particularmente, en lo que se refiere a las consecuencias negociales derivadas de las infracciones de la DPCD.

Ello ha dado lugar a una disparidad de soluciones en los distintos Estados miembros, que se dividen entre los que han arbitrado remedios negociales específicos a favor de los consumidores que contratan afectados por prácticas comerciales desleales y los que no. Pero, es más, dentro de los primeros puede advertirse una amplia diversidad de mecanismos negociales de protección de los consumidores, que van desde la nulidad del contrato hasta el establecimiento de remedios *sui generis* como el reembolso del precio sin necesidad de restituir el producto, pasando por la anulabilidad y por la resolución del contrato o la rebaja del precio. Además, no puede desconocerse que los diversos regímenes de remedios negociales que se han arbitrado en los distintos Estados miembros no sólo muestran una alta variabilidad en cuanto a la sanción negocial elegida, sino también en lo que se refiere a sus presupuestos aplicativos y a su ámbito de aplicación.

La Directiva (UE) 2019/2161 trata de hacer frente a esta situación mediante la introducción en la DPCD de un nuevo art. 11 bis intitulado “Reparación”. Con este nuevo precepto, la DPCD impone a los Estados miembros la obligación de proporcionar a los consumidores afectados por prácticas comerciales desleales “medidas correctoras proporcionadas y eficaces, incluida una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por los consumidores y, cuando proceda, una reducción del precio o la resolución del contrato”.

Esta medida tiene como finalidad, por un lado, mejorar la aplicación de la legislación tuitiva de los consumidores (Considerando 60) y alcanzar un alto nivel en su protección (Considerando 1), en consonancia con los objetivos y finalidad de la Directiva (UE) 2019/2161. Y, por otro, dotar a la DPCD de una mayor efectividad, toda vez que “un marco inequívoco respecto a las medidas correctoras individuales facilitaría la ejecución privada” (Considerando 16).

Con esta medida se trata, por tano, de poner a disposición de los consumidores una serie de remedios individuales que faciliten la remoción de los efectos negociales derivados de las prácticas comerciales desleales que lesionen sus intereses económicos, así como la reparación de los perjuicios ocasionados. Y ello con el fin de mejorar su nivel de protección y de alcanzar una mayor eficacia de la DPCD gracias al establecimiento de nuevos mecanismos jurídicos con los que hacer frente a sus infracciones.

Las opciones que se planteaban al legislador comunitario para establecer este régimen de remedios eran dos: bien obligar de manera general a los Estados miembros a introducir recursos individuales efectivos para las infracciones de la DPCD, reemplazando la referencia cruzada negativa prevista en el artículo 3.2 y el Considerando 9 DPCD; o bien proporcionar directamente un conjunto armonizado de soluciones en la DPCD. Finalmente, el legislador comunitario se decanta por esta segunda opción tanto en la Propuesta de Directiva como en la propia Directiva (UE) 2019/2161. Ciertamente es, no obstante, que esta elección se refuerza en el texto final de la Directiva, cuyo Considerando 56 nos recuerda que la DPCD “se entiende sin perjuicio del Derecho contractual nacional, y en particular de las normas relativas a la validez, la formación o el efecto de los contratos”, en coherencia con lo establecido tanto en el Considerando 9 como en el art. 3.2 DPCD.

Ahora bien, a la hora de fijar el concreto sistema de medidas correctoras individuales a favor de los consumidores, el legislador comunitario ha tenido que hacer frente a una serie de problemas.

De un lado, se encontraba ante la necesidad de armonizar una cuestión perteneciente al ámbito Derecho privado, donde existen distintas tradiciones jurídicas que se traducen en un nada despreciable mosaico de soluciones específicas arbitradas en los distintos Estados miembros de la UE.

De otro lado, se enfrentaba a una materia cuyo objeto de regulación no se presta a soluciones taxativas. Esto es consecuencia de la amplitud de la problemática a la que trata de darse respuesta con el establecimiento de estas medidas. En efecto, la DPCD no sólo abarca un amplio espectro de prácticas comerciales desleales que se manifiestan en las distintas fases del *iter* contractual (precontractual, contractual y postcontractual); sino que también regula distintos supuestos de deslealtad que tratan de proteger la autonomía negocial del consumidor, ya sea en su faceta de libertad de querer (prácticas agresivas), ya sea en su dimensión de libertad de saber (actos y omisiones engañosas). Además, establece distintas formas de evaluar la deslealtad de una práctica comercial

mediante el establecimiento de una cláusula general prohibitiva de la deslealtad con los consumidores, la previsión de cláusulas específicas dedicadas a los actos y omisiones engañosas y a las prácticas agresivas, y la tipificación de un catálogo de supuestos concretos que se reputan desleales en cualquier circunstancia. Y, junto a todo ello, comprende una amplia diversidad de prácticas comerciales que manifiestan distintos grados de afectación de la autonomía decisional del consumidor, que van desde conductas especialmente lesivas para dicha autonomía hasta prácticas cuya afectación a la libertad decisional del consumidor reviste carácter residual.

Bajo estas coordenadas, el legislador comunitario regula esta materia mediante la articulación de un conjunto de remedios individuales que se incardinan en la línea de la solución adoptada en el ordenamiento inglés, a la que tuvimos ocasión de referirnos con anterioridad

Así pues, el nuevo art. 11 bis DPCD reconoce distintas medidas correctoras individuales, entre las que se encuentran la indemnización de daños y perjuicios, la resolución del contrato y la reducción del precio. Ahora bien, son varias las cuestiones que suscita este precepto.

En primer lugar, el Considerando 16 de la Directiva (UE) 2019/2161 señala que estas medidas correctoras individuales tienen como finalidad “eliminar todos los efectos de tales prácticas”. Todo apunta a que los efectos a los que se refiere la Directiva son los relacionados con los perjuicios individuales sufridos por los consumidores víctimas de prácticas comerciales desleales. De modo que estas medidas deben orientarse a la reparación de los perjuicios económicos experimentados por los consumidores como consecuencia de la práctica comercial desleal y a la eliminación de los efectos negociales no queridos por dichos sujetos cuando contratan afectados por este tipo de prácticas. En este sentido, no puede perderse de vista que estas medidas correctoras se incardinan en el marco de la DPCD que, como ponen de manifiesto sus Considerandos 6 y 8 y su art. 1, protege a los consumidores frente a las prácticas comerciales desleales que son directamente perjudiciales para sus intereses económicos.

En segundo lugar, las medidas correctoras individuales establecidas en el nuevo art. 11 bis DPCD se enmarcan dentro de los “medios adecuados y eficaces para luchar contra las prácticas comerciales desleales, con miras al cumplimiento de las disposiciones de la presente Directiva en interés de los consumidores”. Esta es la conclusión que se alcanza al contemplar su ubicación dentro de la DPCD, justo a continuación del art. 11 dedicado a la “ejecución” y antes del

precepto dedicado a la “justificación de las afirmaciones”. De esta forma, estos remedios se configuran como una medida encaminada a combatir las prácticas comerciales desleales que complementan las medidas de cesación y prohibición establecidas en el art. 11 DCPD. A través de ellas, el legislador comunitario impone a los Estados miembros la obligación de arbitrar unos remedios específicos orientados a la eliminación de los efectos de las prácticas comerciales desleales y, con ello, restituir a los consumidores a la situación en que se encontrarían de no haber existido tales prácticas. Se trata, por tanto, de remedios que se encuadran dentro de las medidas de remoción de los efectos anudados a los comportamientos desleales. Un tipo de remedio (el de la remoción) no previsto expresamente en el texto original de la DPCD, pero cuya adopción por los Estados miembros estaba permitida cuando fuera adecuada para combatir este tipo de prácticas⁵²⁴.

En tercer lugar, el legislador comunitario se decanta por el establecimiento de remedios contractuales orientados no tanto a la ineficacia del contrato, sino a su cumplimiento y mantenimiento⁵²⁵. Esta opción se desprende no sólo de los remedios negociales previstos en el art. 11 bis DPCD, sino también del mantenimiento en la DPCD del art. 3.2 que excluye “las normas relativas a la validez, la formación o el efecto del contrato” del régimen armonizado previsto en la Directiva. Especialmente ilustrativo en esta sede resulta el Considerando 57 de la Directiva (UE) 2019/2161, donde se destaca que dicha Directiva “se debe entender sin perjuicio de las disposiciones nacionales del Derecho contractual que regulan, entre otros, la celebración o validez de un contrato, por ejemplo, en caso de vicio del consentimiento...”.

De esta forma, el régimen de remedios contractuales establecido en el art. 11 bis DPCD debe incorporarse a los ordenamientos de los distintos Estados miembros a través de mecanismos legales que no afecten al régimen de validez y eficacia del contrato. Parece, por tanto, que la alteración del comportamiento económico del consumidor medio ocasionado como consecuencia de una práctica comercial desleal no puede tratarse como una cuestión relativa a la formación del consentimiento contractual. Antes bien, en el régimen establecido por la DPCD ésta aparece como consecuencia de la infracción de un deber de conducta: el comportamiento desleal del empresario. Y, por afectar a una relación contractual (que se ha establecido o ejecutado sobre la base de una práctica desleal), la

⁵²⁴ MASSAGUER, J., *El nuevo...*, cit., p. 144.

⁵²⁵ GRANELLI, C., “Pratiche commerciali scorrette e invalidità del contratto: il D.D.L. S1151 di revisione del Codice civile”, en *JUS. Rivista di Scienze giuridiche*, núm. 1, 2020, p. 186.

infracción de este deber de conducta debe dar lugar a consecuencias de carácter contractual.

En cuarto lugar, de la articulación de las medidas correctoras individuales que lleva a cabo el nuevo art. 11 bis DPCD parece inferirse que algunas de ellas no están siempre disponibles para los consumidores afectados por prácticas comerciales desleales. En este sentido, la indemnización de daños y perjuicios se prevé en todo caso, es decir, en todos los supuestos en que un consumidor se vea afectado por una práctica comercial desleal, sin perjuicio de que en el supuesto concreto no proceda por no concurrir alguno de los presupuestos establecidos en la legislación nacional correspondiente.

Sin embargo, la reducción del precio y la resolución del contrato sólo podrán ser solicitadas por el consumidor “cuando proceda”. Ello plantea la duda relativa a si esta previsión responde a la voluntad del legislador de restringir estas dos medidas a los supuestos de prácticas comerciales desleales especialmente lesivas para los intereses económicos de los consumidores, esto es, cuando la celebración del contrato sea consecuencia inequívoca de la práctica comercial desleal; o si, por el contrario, se ha incluido para dar respuesta a aquellos supuestos en los que la práctica comercial desleal se manifiesta en casos en los que el consumidor no llega a celebrar el contrato con el empresario infractor, es decir, cuando no hay consecuencias negativas derivadas de la práctica comercial desleal a las que hacer frente.

No puede desconocerse que la atribución de consecuencias negativas a todas las prácticas comerciales desleales con los consumidores puede dar lugar a comportamientos oportunistas por parte de éstos, que podrían reclamar la resolución del contrato o la reducción del precio incluso cuando su decisión comercial no se hubiera visto influenciada por la práctica en cuestión. En esta dirección, la amplitud de supuestos de deslealtad definidos en la DPCD y su diferente potencial influencia sobre la autonomía decisiva de los consumidores desaconsejan el reconocimiento en todo caso de consecuencias negativas anudadas a la realización de prácticas comerciales desleales.

Ahora bien, la consecución de un alto nivel de protección de los consumidores y la mejora en la aplicación de la DPCD deberían de conducir a la admisión de la segunda opción. Por un lado, porque todas las prácticas comerciales desleales en mayor o menor medida pueden afectar potencialmente a la autonomía decisiva del consumidor. Y, en este sentido, la unidad del ordenamiento exige que lo considerado ilícito en el plano concurrencial, no se estime lícito, o al menos, carente de consecuencias en el plano comercial. Por otro

lado, no hemos de olvidar que la eficacia en la lucha contra las prácticas comerciales desleales requiere el reconocimiento de remedios negociales, más o menos intensos (resolución del contrato o mayor o menor reducción del precio), en todos los supuestos en que el consumidor contrata afectado por este tipo de prácticas. Asimismo, la restricción de las consecuencias negociales sólo a los supuestos en que se acredite un nexo causal entre la práctica comercial desleal y la celebración del contrato supondría imponer a los consumidores la carga de probar un extremo cuya acreditación no siempre es fácil, lo que restaría eficacia a estas medidas.

En cualquier caso, serán los distintos legisladores nacionales quienes habrán de decidir qué solución adoptar, toda vez que el nuevo art. 11 bis DPCD atribuye a los Estados miembros la tarea de definir los presupuestos y el alcance de estos remedios.

En quinto lugar, la reducción del precio y la resolución del contrato se configuran en el art. 11 bis DPCD de forma alternativa, tal como resulta del uso de la conjunción “o”. De ahí que el consumidor que contrate afectado por una práctica comercial desleal sólo pueda solicitar una de estas medidas. Esta opción puede depender, entre otros criterios, de su interés en el mantenimiento del contrato, del perjuicio efectivo que le haya ocasionado la práctica en cuestión o del grado de influencia de dicha práctica en su decisión negocial. No obstante, somos de la opinión de que debería ser el consumidor quien decidiera el remedio al que recurrir. En esta dirección se pronunció el Consejo Económico y Social en su dictamen sobre la Propuesta de Directiva y parece ser el criterio adoptado por la Directiva (UE) 2019/2161 al ofrecer estos remedios de forma conjunta y alternativa, a diferencia de lo declarado en la Propuesta de Directiva que sólo preveía la resolución del contrato como remedio negocial específico.

En sexto lugar, en lo que atañe a la medida consistente en la resolución del contrato, las distintas versiones de la Directiva se refieren a ella de forma dispar. Así, en la versión española se utiliza el término “resolución del contrato”, “risoluzione del contratto” en la italiana, “termination of the contract” en la versión inglesa, “Beendigung des Vertrags” en la alemana, “fin du contrat” en la francesa, o “rescisão do contrato” en la portuguesa. Con ello, se pone de manifiesto que el legislador comunitario, consciente de las distintas tradiciones jurídicas nacionales, no impone una sanción negocial específica, sino que establece la terminación o extinción del contrato como remedio general no circunscrito a una categoría jurídico-contractual específica.

Esto es, el legislador de la UE únicamente se limita a individualizar el resultado que los Estados miembros deben garantizar y deja a la elección de estos la fijación de los mecanismos legales para la obtención de dicho resultado. Han de ser, por tanto, las distintas legislaciones nacionales las que concreten la sanción negocial que en el marco de su ordenamiento mejor se amolde al supuesto de hecho.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, somos de la opinión de que la sanción negocial que mejor se amolda a los dictados de la Directiva es la resolución del contrato por incumplimiento. Así se desprende, de un lado, del predominio en las distintas versiones idiomáticas de la Directiva (UE) 2019/2161 del término “resolución del contrato” y del empleo de la expresión “termination of the contract” en su versión inglesa. Una terminología que en el Derecho privado europeo se identifica con la resolución contractual por incumplimiento, como resulta de los Principios de Derecho Europeo de Contratos y del Marco Común de Referencia⁵²⁶. De otro lado, esta es la opción que se deduce de su consagración junto a la reducción del precio y de la afirmación contenida en el Considerando 16 de la Directiva (UE) 2019/2161 donde se refiere a la reparación o sustitución como ejemplos de medidas correctoras complementarias a adoptar facultativamente por los distintos Estados miembros. Y es que este régimen de remedios previsto en el art. 11 bis DPCD se corresponde con el que se pone a disposición del consumidor en los supuestos de falta de conformidad, que no es sino un régimen de responsabilidad del vendedor por incumplimiento de la obligación contractual de entrega de la cosa.

En séptimo lugar, es necesario destacar que esta nueva regulación se introduce en la DPCD con carácter mínimo. Así resulta del Considerando 16 de la Directiva (UE) 2019/2161, donde se afirma que “(n)o se debe impedir a los Estados miembros que mantengan o introduzcan derechos a otras medidas

⁵²⁶ Arts. 9:301 y ss. PDEC y art. III.-3:502 MCR (ARROYO I AMAYUELAS, E., “Los Principios del Derecho contractual comunitario”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. LXI, 2008, p. 217; ROCA TRIAS, E., “El incumplimiento de los contratos en la propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos”, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2132, 2011, p. 15 y ss.; y SAN MIGUEL PRADERA, L. P., “La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?” , en *Anuario de Derecho Civil*, t. LXIV, 2011, p. 1705 y 1706). No obstante, en el MCR “termination” también equivale a desistimiento [DEL POZO CARRASCOSA, P., “Terminación, por causa distinta del no cumplimiento, mediante notificación”, en AA.VV. (Coords. VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILLA, E. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P.), *Derecho Europeo de contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, t. I, Barcelona, Atelier, 2012, p. 1448)]. Igualmente, en la Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea el término “termination” va referido a la resolución por incumplimiento (arts. 114 y ss.) [sobre este extremo, *vid.* VAQUER ALOY, A., “La resolución del contrato”, en AA.VV. (Eds. VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILLA, E. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P.), *El derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos*, Barcelona, Atelier, 2015, p. 621 y ss.]

correctoras, como la reparación o la sustitución, para los consumidores perjudicados por prácticas comerciales desleales, con el fin de garantizar la eliminación plena de los efectos de tales prácticas. No se debe impedir a los Estados miembros que establezcan las condiciones de aplicación y los efectos de las medidas correctoras para los consumidores”.

Por un lado, la Directiva (UE) 2019/2161 permite a los distintos Estados miembros establecer otras medidas correctoras individuales encaminadas a la remoción de los efectos de las prácticas comerciales desleales, aludiendo como ejemplo, a la posibilidad de establecer la reparación o la sustitución del producto. Ello debe completarse con la libertad que el art. 3.2 DPCD sigue concediendo a los Estados miembros para determinar la incidencia de las prácticas comerciales desleales en la validez, formación o los efectos de los contratos. En consecuencia, los Estados miembros son libres para regular, junto a las medidas correctoras individuales previstas en el nuevo art. 11 bis DPCD, otras consecuencias negativas como la nulidad o anulabilidad de los contratos celebrados como consecuencia de prácticas comerciales desleales.

Por otro lado, el nuevo art. 11 bis DPCD deja en manos de los distintos legisladores nacionales la fijación de “las condiciones de aplicación y los efectos de dichas medidas correctoras”. A lo que añade que, al aplicar las medidas correctoras, se podrá tener en cuenta, cuando sea oportuno, la gravedad y la naturaleza de la práctica comercial desleal, los daños y perjuicios sufridos por el consumidor y otras circunstancias pertinentes, como la mala praxis del comerciante o el incumplimiento del contrato. Como hemos podido comprobar, el art. 11 bis DPCD sólo se limita a establecer los remedios mínimos que los legisladores nacionales deben implementar para eliminar los efectos de las prácticas comerciales desleales, pero no concreta su configuración legal. Únicamente se limita a enumerar algunos criterios que los legisladores nacionales pueden tener en cuenta a la hora de aplicar estas medidas correctoras.

Son, en definitiva, los Estados miembros quienes han de completar el régimen mínimo impuesto por la Directiva definiendo los presupuestos de aplicación de las medidas, así como su alcance y efectos.

En concreto, tendrán que decidir el modo de incorporación de la Directiva; definir si la acción de daños y perjuicios tiene carácter extracontractual o contractual (ya que su calificación como extracontractual prevista en la Propuesta, desaparece del texto final de la Directiva) y, en su caso, en qué supuestos tiene uno u otro carácter; si los remedios de reducción del precio y de resolución del contrato se configuran de forma alternativa a elección del

consumidor o si son remedios que responden a supuestos distintos de deslealtad; si se establece un sistema más o menos objetivo de graduación de la reducción del precio o si ésta responde al criterio discrecional del órgano competente; frente a quién puede reclamarse la indemnización de daños, la rebaja del precio o la resolución del contrato en el caso en que la práctica comercial desleal proceda de un tercero (por ejemplo, el fabricante) ajeno a la relación contractual; los casos en que procede la resolución del contrato; o qué ocurre con las prestaciones recibidas en los casos de resolución del contrato.

Con estas previsiones, el legislador comunitario sigue dejando el Derecho privado nacional al margen de la armonización plena que rige los aspectos sustantivos de la DPCD, respetando las distintas tradiciones jurídicas existentes en los distintos Estados miembros que conforman la UE. Sin embargo, este sistema de armonización mínima va a mantener la fragmentación del régimen de medidas correctoras individuales a nivel nacional⁵²⁷, con el consiguiente riesgo de no promover el desarrollo del mercado único en contra de las finalidades expresamente manifestadas por la DPCD y de comprometer la efectividad de la protección de los consumidores.

Finalmente, el art. 11 bis DPCD señala en su apartado 2 que estas medidas correctoras “se entenderán sin perjuicio de la aplicación de otras medidas correctoras de que dispongan los consumidores en virtud del Derecho de la Unión o nacional”. Así pues, el legislador comunitario establece la compatibilidad entre estas medidas correctoras y el resto de mecanismos jurídicos que se ponen a disposición de los consumidores para tutelar sus intereses económicos, ya vengán establecidos por la legislación comunitaria (remedios negociales frente a los envíos o suministros no solicitados, falta de conformidad, control de las cláusulas contractuales predispuestas o derecho de desistimiento), ya vengán reconocidos por la legislación nacional (vicios del consentimiento, integración publicitaria del contrato, etc.).

4.3. Las conexiones entre el Derecho de la competencia desleal y el Derecho de contratos en la modificación de la DPCD

Una de las implicaciones más destacadas de la introducción en la DPCD del nuevo art. 11 bis es la atribución de consecuencias negociales a las prácticas comerciales desleales. Como acabamos de comprobar, este nuevo precepto impone a los Estados miembros la obligación de proporcionar a los consumidores perjudicados por este tipo de prácticas medidas correctoras proporcionadas y

⁵²⁷ GUFFANTI PESENTI, L., *Scorrettezza delle...*, cit., p. 108.

eficaces. Estas medidas ahondan en el proceso de permeabilización entre el Derecho de contratos y el Derecho de la competencia desleal, y muestran a las claras las intensas y necesarias conexiones que existen entre estos sectores del ordenamiento jurídico.

La promulgación de la DPCD constituyó uno de los principales hitos en este proceso de permeabilización, toda vez que daba entrada a la tutela de la autonomía y racionalidad de las decisiones económicas de los consumidores (y con ella a la protección de su autonomía negocial) entre los intereses tutelados por la disciplina de la deslealtad concurrencial. Este interés por la protección de la autonomía decisional y negocial del consumidor alcanza reconocimiento normativo en la configuración de los distintos ilícitos de deslealtad, ya sea en la construcción de la cláusula general, ya sea en la definición de los tipos específicos de prácticas desleales (actos y omisiones engañosas, y prácticas agresivas).

De esta forma, como ya se puso de manifiesto en otro lugar⁵²⁸, la disciplina de la competencia desleal viene a reconocer unos estándares de conducta que los empresarios deben observar en sus relaciones con los consumidores. Y ello con independencia de que dichas relaciones aparezcan en la fase precontractual, contractual o postcontractual.

En particular, el empresario debe actuar en sus relaciones con los consumidores conforme a los parámetros de la buena fe, evitando injerencias intolerables en la autonomía decisional y negocial del consumidor. Este patrón de conducta, recogido en la cláusula general prohibitiva de la deslealtad en las relaciones de consumo, se concreta en el reconocimiento de un principio de veracidad y de un deber general de proporcionar información suficiente y tempestiva (a través de la prohibición de los actos y omisiones engañosas), así como en la evitación de prácticas que coloquen a los consumidores frente a situaciones coactivas, intimidatorias, amenazantes o de presión (merced a la prohibición de las prácticas agresivas).

La incorporación en la DPCD del nuevo art. 11 bis dota de una relevancia renovada a este patrón de conducta exigible a los empresarios en sus relaciones con los consumidores. Y ello por cuanto que el legislador comunitario establece unas consecuencias negociales específicas que se anudan a la transgresión de dicho estándar conductual.

⁵²⁸ *Vid. supra* V.

Ahora bien, el legislador comunitario se ha limitado a individualizar el resultado que los Estados miembros deben garantizar en los supuestos de infracción de la DPCD, pero no hace referencia ni a los mecanismos legales que deben adoptar para la obtención de dicho resultado, ni al fundamento de las medidas correctoras propuestas. Sin embargo, las afirmaciones contenidas en la Directiva (UE) 2019/2161, así como la ubicación y regulación de las medidas correctoras individuales en el marco de los medios adecuados y eficaces para combatir las prácticas comerciales desleales pueden aportarnos luz sobre esta cuestión.

El legislador comunitario, a través de la Directiva (UE) 2019/2161, trata de alcanzar un alto nivel de protección de los consumidores y de mejorar la aplicación de la legislación en esta materia. Y, para ello, reconoce a los consumidores víctimas de prácticas comerciales desleales la posibilidad de solicitar una indemnización por daños y perjuicios, así como la reducción del precio o la resolución del contrato celebrado con el empresario infractor, al objeto de eliminar los efectos de dichas prácticas. Además, se concede a los Estados miembros libertad para mantener o introducir otras medidas correctoras, entre las que se mencionan la reparación y la sustitución del producto.

A nadie escapa, pues, la estrecha relación que media entre estos remedios contractuales y las facultades que se ponen a disposición de los consumidores en los supuestos de falta de conformidad del producto con el contrato. Es por ello que, siendo este régimen de conformidad del producto con el contrato un régimen de responsabilidad del empresario en los supuestos de incumplimiento de la obligación contractual de entrega de la cosa, parece que el legislador comunitario está pensando en la transgresión de las disposiciones de la DPCD como un supuesto de incumplimiento contractual. Así, con el régimen de remedios establecido en el nuevo art. 11 bis DPCD, el legislador comunitario parece reconocer que ese patrón de conducta exigido desde la disciplina de la deslealtad concurrencial a los empresarios en sus relaciones con los consumidores se transforma en una obligación derivada del contrato cuando entre el empresario y el consumidor se entabla una relación contractual.

La disciplina de la competencia desleal exige a los empresarios que en sus relaciones de mercado con los consumidores se comporten de forma leal al objeto de tutelar su autonomía decisional y negocial, esto es, de acuerdo con los parámetros de la buena fe. Pero cuando empresario y consumidor quedan jurídicamente vinculados a través de un contrato, esta obligación de comportamiento leal trasciende al marco de la relación contractual

configurándose como una obligación más del contrato. Y es que, una vez establecido el vínculo contractual, la falta de ese comportamiento leal por parte del empresario desencadena unas consecuencias que permiten al consumidor desvincularse del contrato o, al menos, ver reducido el importe del precio pagado como compensación por la pérdida económica derivada de esa falta de actuación leal. Lo que convierte a las prácticas comerciales desleales con los consumidores en una especie de supuestos de *falta de conformidad del contrato con el comportamiento leal del empresario*.

Este y no otro parece ser el significado que legislador comunitario atribuye a los remedios negociales previstos en el nuevo art. 11 bis DPCD. A ello contribuye su inserción en la DPCD y el mantenimiento de su art. 3.2 que deja al margen de la armonización comunitaria el régimen de validez, formación y efectos del contrato.

La estrecha relación que existe entre los supuestos de deslealtad por actos y omisiones engañosas y por prácticas agresivas, y el régimen de los vicios del consentimiento, podría llevarnos a concebir la prohibición de las prácticas engañosas y agresivas como una respuesta a *pseudovicios* del consentimiento. Es decir, la prohibición de este tipo de prácticas sería susceptible de concebirse como un remedio arbitrado por el ordenamiento jurídico para hacer frente a los casos de errores no esenciales, dolos leves, intimidaciones menores y violencias no tan irresistibles.

Sin embargo, el legislador comunitario, con el mantenimiento del art. 3.2 DPCD, se aleja de la configuración de los remedios negociales frente a las prácticas comerciales desleales como supuestos de afectación del consentimiento contractual determinantes de la ineficacia del contrato. Además, como señala la Directiva (UE) 2019/2161 en su Considerando 57, la presente Directiva (y con ella el nuevo art. 11 bis DPCD) “no debe afectar a los aspectos del Derecho contractual nacional que no regula. Por consiguiente, la presente Directiva se debe entender sin perjuicio de las disposiciones nacionales del Derecho contractual que regulan, entre otros, la celebración o la validez de un contrato, por ejemplo en caso de vicio del consentimiento...”.

Esta previsión puede encontrar su justificación en la distinta amplitud de los ámbitos aplicación de la disciplina de la deslealtad concurrencial y del régimen de los vicios del consentimiento, en los diferentes intereses tutelados por una y otra disciplina, así como en su diversa configuración jurídica⁵²⁹.

⁵²⁹ Vid. *supra* VI.3.

Junto a ello, estimamos que las modificaciones experimentadas por el texto final de la Directiva (UE) 2019/2161 respecto de la Propuesta suponen un apoyo a la tesis que aquí defendemos. En la Propuesta de Directiva, el art. 11 bis DPCD establecía que “los Estados miembros garantizarán que existan, asimismo, medidas correctoras contractuales y no contractuales a disposición de los consumidores perjudicados por prácticas comerciales desleales (...). Entre las medidas correctoras contractuales figurará, como mínimo, la posibilidad de que el consumidor rescinda unilateralmente el contrato. Entre las medidas correctoras no contractuales figurará, como mínimo, la posibilidad de obtener una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por el consumidor”. Llama la atención este cambio de redacción del precepto en un triple plano.

En primer lugar, por eliminar el carácter unilateral de la resolución del contrato en el texto final de la Directiva. Ello parece desvincular el remedio resolutorio de la órbita del derecho de desistimiento y aproximarlos al incumplimiento contractual.

En segundo lugar, por incorporar la reducción del precio como remedio alternativo a la resolución del contrato, con el consiguiente acercamiento al régimen de la resolución por incumplimiento.

Y, finalmente, en lo que se refiere a la acción de indemnización de daños y perjuicios, por eliminar su calificación como medida de carácter “no contractual”. A nuestro juicio, esta modificación puede responder al hecho de que la responsabilidad por daños y perjuicios del empresario infractor de las disposiciones de la DPCD pueda revestir carácter contractual y, por tanto, derivar del incumplimiento de la obligación de comportamiento leal del empresario, cuando entre el consumidor y el empresario infractor medie un vínculo contractual.

Así pues, somos de la opinión de que el reconocimiento de estos remedios negociales a los consumidores que contraten afectados por prácticas comerciales desleales responde al incumplimiento de una obligación contractual. Y que esta obligación contractual no es otra que el actuar leal del empresario, que en sus relaciones con los consumidores debe comportarse, a lo largo de todas las fases del contrato, de acuerdo con los parámetros de la buena fe.

De este modo, una vez celebrado el contrato entre un consumidor y un empresario que trasgreda las disposiciones de la DPCD, esta obligación de comportamiento leal se incorpora al contrato como obligación específica y su incumplimiento genera la responsabilidad del empresario, otorgando al

consumidor la facultad de solicitar la reducción del precio o la resolución del contrato y, en su caso, una indemnización por los daños y perjuicios. Se insta, así, una especie de *principio de conformidad del contrato con el comportamiento leal del empresario*.

En el fondo, el fundamento del reconocimiento de estos remedios negociales proporcionados a los consumidores afectados por prácticas comerciales desleales podría residenciarse en la transgresión del principio de buena fe que debe inspirar en todo momento el proceso de contratación.

Como es sabido, en nuestro ordenamiento, el principio de la buena fe tiene una doble dimensión contractual (art. 1258 CC) y concurrencial (art. 4 LCD) que permite al interprete dilucidar las consecuencias que se derivan de un determinado contrato y valorar si alguna de ellas se ha configurado de modo tal que constituya un abuso del derecho a competir en el mercado⁵³⁰. Pues bien, con esta regulación el legislador comunitario parece integrar la buena fe contractual y concurrencial mediante un trasvase de contenido de la segunda hacia la primera. De modo que art. 11 bis DPCD vendría a determinar las consecuencias que conforme a la buena fe contractual se derivan de un determinado contrato, utilizando para ello los criterios que emanan de la disciplina de la deslealtad concurrencial.

Esta idea ya estaba presente en los trabajos preparatorios de la DPCD. Así lo muestra la enmienda núm. 108 presentada por el Parlamento Europeo a la definición de diligencia profesional contenida en la Propuesta de DPCD, que proponía hacer coincidir la buena fe concurrencial con la buena fe tal y como se concibe en el Considerando 16 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas. Considerando en el que se afirma que “los profesionales pueden cumplir la exigencia de buena fe tratando de manera leal y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta”.

Pero, es más, esta conexión entre la buena fe contractual y la concurrencial puede atisbarse en los distintos materiales que conforman el Derecho contractual europeo. En todos ellos, la buena fe contractual se configura como un parámetro de comportamiento que tiende a la promoción de las prácticas honestas del mercado.

Así, el art. 1:201 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos, considera la buena fe como un criterio general de comportamiento en el ámbito

⁵³⁰ MIRANDA SERRANO, L. M., “En el Derecho *antitrust*...”, cit., p. 20/34.

contractual y como un límite a la libertad de las partes⁵³¹. En esta dirección, señala la doctrina que la buena fe se presenta como un arquetipo o modelo de conducta social, que puede concretarse en la lealtad en los tratos y el proceder honesto, esmerado y diligente; la fidelidad a la palabra dada; no defraudar la confianza que objetivamente se ha suscitado a los demás, ni abusar de ella, conducirse conforme cabe esperar de quienes con honrado proceder intervienen en el tráfico jurídico como contratantes o partícipes en él en virtud de otras relaciones jurídicas⁵³².

En el Marco Común de Referencia la buena fe contractual se configura como un standard de conducta caracterizado por la honestidad, la transparencia y la consideración de los intereses de la otra parte de la transacción o de la relación en cuestión⁵³³. Y, en este sentido, se ha manifestado que son valores que subyacen a la noción de buena fe la promoción de prácticas comerciales honestas, de modo que una parte no se desvíe de las buenas prácticas comerciales para aprovecharse injustamente de la otra⁵³⁴.

Igualmente, la Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea⁵³⁵ afirma en su Considerando 31 que las buenas prácticas comerciales en la situación específica de que se trate deben ser un factor pertinente para determinar el contenido de la buena fe contractual. Ésta se define en el Propuesta de Reglamento como una norma de conducta caracterizada por la honradez, la franqueza y la consideración de los intereses de la otra parte de la transacción o de la relación en cuestión, que tiene como finalidad servir de guía general para las partes. Su objeto, por tanto, es introducir en los actos jurídicos unas pautas generales de consideración y justicia⁵³⁶. Además, su art. 2.2 dispone que el incumplimiento del deber de actuar conforme a las exigencias de la buena fe contractual “podrá impedir a la parte incumplidora el ejercicio o la

⁵³¹ QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Buena fe y lealtad contractual”, en AA.VV. (Dir. SÁNCHEZ LORENZO, S.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, t. II, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, p. 179.

⁵³² Díez-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E. y MORALES MORENO, A. M., *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, Civitas, 2002, p. 154 y 155.

⁵³³ AA.VV. (Coord. JEREZ DELGADO, C.), *Principios, definiciones y reglas de un Derecho civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, Madrid, BOE, 2015, p. 481.

⁵³⁴ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE y RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Interim Edition, § 32. (disponible en www.ccbe.eu, consultado el 24 de enero de 2022).

⁵³⁵ *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea*, COM(2011) 635 final.

⁵³⁶ GIMÉNEZ COSTA, A., “Principios generales, criterios de interpretación y reglas de aplicación”, en AA.VV. (Eds. VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILLA, E. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P.), *El derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos*, Barcelona, Atelier, 2015, p. 86 .

invocación de los derechos, remedios o medios de defensa que, en otro caso, tendría, o podrá hacerla responsable por cualquier pérdida causada a la otra parte”. Lo que implicaría que el empresario no puede aprovecharse de un contrato que traiga causa en su comportamiento desleal, en tanto que contrario a las exigencias de la buena fe⁵³⁷.

5. La no incorporación del nuevo art. 11 bis DPCD al Derecho español

5.1. El Anteproyecto de Ley por el que se modifica el TRLGDCU, para la mejora y modernización de las normas de protección de los consumidores de la UE y del régimen sancionador en materia de consumo

De acuerdo con el art. 7 de la Directiva (UE) 2019/2161, los Estados miembros deben adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a las previsiones de dicha Directiva antes del 28 de noviembre de 2021 y “aplicarán dichas disposiciones a partir del 28 de mayo de 2022”. Para cumplir con este plazo de incorporación, la Dirección General de Consumo ha elaborado un Anteproyecto de Ley por el que se modifica el TRLGDCU, para la mejora y modernización de las normas de protección de los consumidores de la UE y del régimen sancionador en materia de consumo.

Entre otras medidas, este texto propone la introducción de un nuevo art. 20 bis en el TRLGDCU intitulado “Medidas correctoras como consecuencia de las prácticas comerciales desleales a disposición de los consumidores y usuarios perjudicados”. Este precepto, estructurado en cuatro apartados, tiene el siguiente contenido: 1º) prescribe el carácter irrefutable de la constatación en una resolución firme de la deslealtad de una práctica comercial en orden al ejercicio de las acciones previstas en los apartados 1 a 4 del art. 32 LCD; 2º) establece la responsabilidad solidaria por los daños y perjuicios de todos los que hayan realizado la infracción de forma conjunta; 3º) atribuye al consumidor la opción de resolver el contrato con una indemnización mínima del veinte por ciento del precio del contrato, en caso de infracciones graves o muy graves, o de solicitar una rebaja del precio del diez por ciento si son leves; y, por último, 4º) impide que la existencia de una práctica comercial desleal pueda ser utilizada en contra de los intereses de los consumidores.

Esta regulación trata de incorporar a nuestro ordenamiento el mandato contenido en el nuevo art. 11 bis DPCD. Sin embargo, de su redacción se desprende que, junto a la concreción del régimen mínimo impuesto por la

⁵³⁷ MATERA, D. M., “Prácticas comerciales...”, cit., p. 126.

Directiva (UE) 2019/2161, se introducen otras medidas que se desmarcan de las necesidades de incorporación y que no están exentas de crítica.

Ahora bien, no son éstos los únicos aspectos de la regulación proyectada que merecen un comentario específico. Sobre todo, si tenemos en cuenta que se trata de una materia que afecta al *nervio* de nuestro sistema económico y jurídico por abordar la delicada, compleja y sensible tarea de fijar las conexiones entre el Derecho de contratos y de la competencia desleal⁵³⁸. Además, en la labor de incorporación de los mandatos comunitarios a nuestro ordenamiento se exige la toma de decisiones de carácter técnico y sistemático no exentas de problemas. Máxime, si en esta tarea se asume no sólo el objetivo de incorporar las exigencias impuestas por la armonización comunitaria, sino también evitar la introducción de modificaciones que puedan generar inseguridad y mantener la calidad y homogeneidad del sistema.

En primer lugar, destaca la ubicación de este precepto en el seno del TRLGDCU. Ciertamente, el ámbito de aplicación del nuevo art. 11 bis DPCD y la finalidad perseguida por la Directiva (UE) 2019/2161 permiten tanto su incorporación a través de la reforma del Derecho de consumo como mediante una modificación de la legislación sobre competencia desleal. En este contexto, parece que en la decisión adoptada por el Anteproyecto ha pesado más el fundamento de la armonización, anclado en la garantía de un alto nivel de protección de los consumidores. A favor de esta opción también podría argumentarse el carácter contractual de la acción para hacer valer las medidas correctoras que se ponen a disposición de los consumidores. No en vano, en el TRLGDCU se recoge gran parte del régimen de los contratos de consumo.

No obstante, la estrecha vinculación que existe entre estas medidas correctoras y el régimen de la deslealtad concurrencial aconseja su regulación conjunta en la LCD. A nuestro juicio, esta decisión sería más correcta desde una perspectiva tanto sistemática, como procedimental. Sistemáticamente, porque las medidas correctoras proyectadas entran en funcionamiento como consecuencia de la realización de una práctica comercial desleal. Y, procedimentalmente, porque esta forma de proceder resuelve los problemas procesales que podría ocasionar su regulación separada en el TRLGDCU, sobre todo, en materia de acumulación de acciones.

Estimamos, por tanto, que la opción adoptada en el Anteproyecto debe ser desechada y que el ámbito de la incorporación debe situarse en la normativa represora de la competencia desleal. De un lado, porque se ajusta mejor a las

⁵³⁸ MIRANDA SERRANO, L. M. y PAGADOR LÓPEZ, J., “La necesidad...”, cit., p. 10.

características del texto comunitario, pues el art. 11 bis DPCD se ubica en una norma comunitaria plenamente adscrita al Derecho contra la competencia desleal⁵³⁹. Y ello con independencia de que su ámbito de aplicación se limite a las prácticas comerciales desleales que afectan directamente a los intereses económicos de los consumidores.

Además, el art. 11 bis DPCD se encarga de la regulación de las medidas correctoras que se ponen a disposición de los consumidores con el fin de eliminar todos los efectos de las prácticas comerciales desleales. Es, por tanto, una medida que se enmarca en los medios adecuados y eficaces para luchar contra este tipo de prácticas. De ahí que su incorporación a nuestro ordenamiento deba llevarse a cabo junto a la regulación que de esos medios se hace en la LCD. En concreto, en el marco de las acciones de remoción o como una medida específica orientada a remover los efectos negociales de las prácticas comerciales desleales. No en vano, como se indica en el Considerando 16 de la Directiva (UE) 2019/2161, la finalidad de este art. 11 bis DPCD no es otra que garantizar la eliminación plena de los efectos de tales prácticas.

Junto a ello, no podemos olvidar que dicha Directiva tiene como objetivos la mejora de la aplicación y la modernización de la legislación en materia de protección de los consumidores. Y, en el ámbito que a nosotros nos ocupa, esta mejora en la aplicación de la DPCD pasa necesariamente por el establecimiento de una regulación clara y coherente sistemática y funcionalmente. Aspecto que choca con un régimen de remedios previsto en normativas diferentes.

De otro lado, la incorporación del nuevo art. 11 bis DPCD a través de la modificación del TRLGDCU puede provocar diversos problemas. Entre ellos, destacan los derivados de la atribución de competencias a las Comunidades Autónomas en materia de consumo, la introducción de un elemento de confusión en la aplicación de la disciplina de deslealtad concurrencial, y la profundización en la fragmentación subjetiva del Derecho de la competencia desleal tan criticada doctrinalmente.

En segundo lugar, el apartado 1 de este nuevo art. 20 bis TRLGDCU contempla una medida tan deficiente técnicamente como incoherente desde las perspectivas sistemática, funcional y operativa. En concreto, este apartado 1 dispone que “(p)ara el ejercicio de las acciones contempladas en el artículo 32.1, 1ª a 4ª de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, se considerará irrefutable la constatación de una infracción por el uso de prácticas comerciales

⁵³⁹ *Vid.*, por todos, MASSAGUER, J., *El nuevo...*, cit., p. 159 y 160; y TATO PLAZA, A., “Introducción”, cit., p. 44.

desleales contra los consumidores y usuarios en una resolución firme de una autoridad competente o de un órgano jurisdiccional”.

Se trata, sin duda, de una medida con grandes carencias técnicas, toda vez que establece el carácter irrefutable de la constatación de una práctica comercial desleal declarada por la resolución firme de un órgano jurisdiccional a los efectos de ejercitar las acciones declarativa, de cesación/prohibición y, en su caso, de remoción y/o de rectificación. Esta medida carece de lógica y de sentido, por cuanto que, declarada la deslealtad de una práctica por sentencia judicial firme, esta decisión produce efectos de cosa juzgada y vincula al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto.

Sin embargo, más problemática aún resulta el reconocimiento del carácter irrefutable de la constatación de una práctica comercial desleal hecha por decisión firme de la autoridad administrativa competente. Con este precepto parece que el prelegislador ha tratado de agilizar la lucha contra las prácticas comerciales desleales, permitiendo que la decisión firme de las autoridades administrativas en un proceso sancionador de consumo vincule a los órganos jurisdiccionales a los efectos del ejercicio de las acciones privadas previstas en la LCD.

No obstante, esta medida, de un lado, no tiene de razón de ser. Las autoridades administrativas de consumo ya pueden obligar a la “reposición de la situación alterada a su estado original” (art. 51.6 TRLGDCU), lo que puede consistir en ordenar el cese de la práctica, e incluso en la remoción de sus efectos⁵⁴⁰. De este modo, no sería necesario volver a iniciar un proceso civil para poner fin a la infracción y remover los efectos por ella provocados.

De otro lado, merced a esta nueva medida los órganos administrativos de consumo (estatales y autonómicos) quedarían habilitados para interpretar y aplicar legislación puramente mercantil como es la LCD. Pero, es más, nos encontraríamos ante una situación en la que estos órganos evaluarían la deslealtad de la conducta interpretando y aplicando preceptos abiertos en el marco de un proceso sancionador que se rige por principios (como el de tipicidad y culpabilidad) diametralmente opuestos a los que rigen en el proceso civil entablado ante los órganos jurisdiccionales.

⁵⁴⁰ REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M. y BUENO ARMIJO, A., “Infracciones y sanciones”, en AA.VV. (Dir. REBOLLO, M. e IZQUIERDO, M.), *La defensa de los consumidores y usuarios (Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Madrid, Iustel, 2011, p. 838.

Y, de otro, el reconocimiento del carácter vinculante de las decisiones administrativas frente a los órganos jurisdiccionales rompe con la operativa propia de la disciplina de la competencia desleal. Como se viene aceptando comúnmente, en nuestro ordenamiento, la única instancia competenciada para decretar la lealtad o deslealtad de los comportamientos concurrenciales en aplicación de la LCD es la Jurisdicción ordinaria⁵⁴¹. Y sólo tras la declaración judicial de una conducta como desleal es posible aplicarle los correctivos requeridos que pudieran derivarse de una estimación de la pretensión de condena⁵⁴².

Junto a ello, el reconocimiento del carácter vinculante de las decisiones administrativas frente a un órgano jurisdiccional pone en peligro la independencia del poder judicial. Obviamente, el tribunal competente pueda aprovecharse de la resolución administrativa, valiéndose de ella y de las pruebas empleadas en el procedimiento administrativo. Pero someter la jurisdicción civil a las decisiones adoptadas por un órgano administrativo o por un órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa sería inadmisibles desde el prisma de la independencia judicial.

En tercer lugar, este proyectado art. 20 TRLGDCU establece en su apartado 2 que “(l)as personas que hubieran realizado de forma conjunta la infracción referida en el apartado anterior serán solidariamente responsables del resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados”. En principio, desde una óptica jurídico-privada, parece que este precepto resuelve poco, toda vez que la responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados por el acto de competencia desleal será solidaria cuando en él intervengan varios sujetos y se acrediten los presupuestos de la acción⁵⁴³. Ciertamente, no obstante, que con este precepto se establece un régimen de solidaridad propia que supera el actual sistema de solidaridad impropia admitido en sede de competencia desleal.

Sin embargo, podría pensarse que en el ánimo del prelegislador estaba la idea de dar respuesta a los supuestos de prácticas comerciales desleales realizadas por sujetos distintos de los que entablan una relación contractual o entran en tratativas comerciales con el consumidor afectado por una práctica

⁵⁴¹ LEMA DEVESA, C., “Posibilidades y...”, cit., p. 205; y FONT GALÁN, J. I. y MIRANDA SERRANO, L. M., *Competencia desleal y antitrust. Sistema de ilícitos*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 77.

⁵⁴² MASSAGUER, J., *Comentario...*, cit., p. 530 y 531; y BARONA VILAR, S., *Competencia desleal...*, cit., p. 739.

⁵⁴³ MASSAGUER, J., “La acción de competencia desleal en el Derecho español”, en *Themis: Revista de Derecho*, núm. 36, 1997, p. 115; HERRERA PETRUS, C., “Acciones frente...”, cit., p. 388; VEGA VEGA, J. A., “Artículo 32...”, cit., p. 876 y ss.; y BENEYTO PALLÁS, K., “Acciones, legitimación...”, cit., p. 284.

comercial desleal. Ahora bien, es necesario poner de manifiesto la deficiente redacción del precepto a estos efectos, puesto que se refiere expresamente a una realización conjunta de la práctica comercial desleal, cuando en realidad nos encontraríamos ante un supuesto en el que la puesta en práctica de la conducta procede de un tercero que no se relaciona con el consumidor afectado por ella. Pero, además, sería criticable que esta extensión de responsabilidad al verdadero infractor se limitara únicamente a la indemnización de daños y perjuicios. Y ello por cuanto que, en el caso de que el consumidor que contratara afectado por una práctica desleal solicitara la resolución del contrato o la rebaja del precio, el empresario que contratara con dicho consumidor no podría reclamar al empresario infractor ajeno a la relación contractual ningún otro concepto.

En cuarto lugar, el apartado 3 del proyectado art. 20 bis TRLGDCU recoge el grueso de las medidas correctoras puestas a disposición de los consumidores afectados por prácticas comerciales desleales. Con este precepto, el prelegislador trata de incorporar y concretar el régimen mínimo impuesto por el nuevo art. 11 bis DPCD. A este respecto, el apartado mencionado estipula que “(e)n caso de comisión de infracciones graves o muy graves de la presente ley, constatadas por resolución administrativa o judicial firme, que hayan podido afectar al cumplimiento del contrato, el consumidor y usuario podrá resolver el contrato, además de obtener una indemnización mínima del veinte por ciento del precio del contrato. Para el resto de infracciones, el consumidor y usuario tendrá derecho a una reducción del precio del contrato de un diez por ciento. Todo ello con independencia de la plena aplicación del régimen de responsabilidad previsto en el título IV del libro segundo”.

De la lectura del precepto, llama la atención sus múltiples carencias, arbitrando una regulación que deja muchas más sombras que luces. Además, es destacable la inconcreción de los presupuestos aplicativos de las medidas correctoras establecidas, lo que pone en riesgo la seguridad jurídica y genera problemas de eficacia.

Con carácter preliminar, es necesario destacar que el Anteproyecto conecta las medidas correctoras individuales puestas a disposición de los consumidores afectados por prácticas comerciales desleales con las infracciones administrativas en materia de consumo que afectan al cumplimiento del contrato. A nuestro juicio, esta opción es totalmente desacertado, toda vez que no llega a captar el espíritu y finalidad de la modificación operada en la DPCD. Estos remedios individuales deben anudarse al incumplimiento de las disposiciones de la DPCD (y, por tanto, de la LCD) que atenten contra los intereses de los

consumidores. No en vano, se trata de medidas que se incardinan en el marco de los medios adecuados y eficaces para luchar contra las prácticas comerciales desleales con los consumidores.

Respecto de los presupuestos aplicativos, el precepto mencionado establece que la aplicación de las medidas correctoras propuestas requiere la existencia de una infracción (leve, grave o muy grave), que dicha infracción haya sido constatada por una resolución administrativa o judicial firme, y que haya podido afectar al cumplimiento del contrato.

Como podemos apreciar, el primero de los presupuestos (la infracción) se define en términos administrativo-consumeristas, como transgresión de las normas de consumo a los efectos del procedimiento administrativo sancionador. Ha de entenderse, por tanto, como “el uso de prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios” [conforme al derogado art. 49.1.1) TRLGDCU y al proyectado art. 47.1) TRLGDCU]. Esta remisión a una normativa de carácter administrativo-sancionador debe ser desechada, toda vez que enturbia la delimitación de los presupuestos de las medidas correctoras y genera problemas aplicativos cuando sea un órgano jurisdiccional el que conozca del asunto. A nuestro juicio, sería más correcto hablar de realización de prácticas comerciales desleales con los consumidores.

El segundo presupuesto consiste en la constatación de la infracción por resolución administrativa o judicial firme. Se introduce así un requisito de procedibilidad no exento de problemas. Y es que la exigencia de una resolución firme dilataría en exceso los plazos para el ejercicio de las medidas correctoras, lo que casa mal con el efecto resolutorio del contrato y sus consecuencias. Asimismo, la exigencia de este presupuesto podría generar problemas a la hora de solicitar las medidas correctoras a través de un procedimiento extrajudicial.

El tercero de los presupuestos también merece un comentario crítico. Según se establece, para poder ejercitar las medidas correctoras es necesario que la infracción (*rectius* la deslealtad de la práctica comercial desleal) haya podido afectar al cumplimiento del contrato. La vaguedad de los términos en los que se redacta este presupuesto puede llevarnos a dudar de su alcance.

Si interpretamos literalmente este presupuesto, parece que las medidas correctoras únicamente estarían disponibles cuando la práctica comercial desleal influyera o pudiera influir en la fase de ejecución del contrato, esto es, en el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Ello supondría dejar huérfanos de medidas correctoras a los consumidores afectados por prácticas comerciales

desleales que no inciden sobre la ejecución del contrato, sino sobre su propia celebración. Es decir, aquellas prácticas comerciales desleales que afectando a la autonomía negocial de los consumidores les empujan a celebrar un contrato que en otro caso no hubieran celebrado quedarían fuera del ámbito de aplicación de estas medidas correctoras. De modo que los supuestos más lesivos para los intereses de los consumidores y más problemáticos desde un punto de vista práctico quedarían fuera del ámbito de aplicación de estas medidas.

En cambio, una lectura amplia del precepto podría llevarnos a incluir dentro de este presupuesto todas las prácticas comerciales desleales que afecten a la autonomía decisional y negocial de los consumidores por incidir sobre la celebración o ejecución de un contrato. Y ello por cuanto que la realización de una práctica comercial desleal con los consumidores en el marco de un contrato se integraría en su contenido obligacional como un incumplimiento del principio de conformidad del contrato con el comportamiento leal del empresario. Este parece ser el espíritu del nuevo art. 11 bis DPCD. Y, por tanto, sería necesario aclararlo en el propio texto del precepto.

A nuestro juicio, sería más adecuado hablar de prácticas comerciales desleales *que hayan podido influir en la celebración de un contrato o afectar a su cumplimiento*. De esta forma, el consumidor que se haya visto afectado por una práctica comercial desleal podrá acceder a las medidas correctoras sin necesidad de acreditar un nexo causal entre la práctica comercial desleal y la no querida celebración o el defectuoso cumplimiento del contrato. Sería, en cambio, el empresario quien debería soportar la carga de la prueba de que la práctica comercial desleal en cuestión no es apta en abstracto para afectar a la autonomía decisional y negocial del consumidor.

En lo que atañe al contenido de las medidas correctoras, somos de la opinión de que el prelegislador tampoco acierta a concretar las exigencias del nuevo art. 11 bis DPCD, separándose del ánimo del legislador comunitario en su delimitación.

De un lado, estimamos inadecuada la clasificación de infracciones (*rectius*, prácticas comerciales desleales) que lleva a cabo el prelegislador a la hora de anudarle los específicos remedios contractuales. Esta clasificación también responde a los parámetros propios del procedimiento administrativo sancionador. Y, por tanto, es ajena al fenómeno que trata de regularse y a su tratamiento jurídico-normativo en nuestro ordenamiento. Sin duda, esto puede plantear múltiples problemas cuando los consumidores acudan a la jurisdicción ordinaria para combatir las prácticas comerciales desleales y exigir los remedios

negociales. Y es que los órganos jurisdiccionales van a tener que juzgar empleando criterios administrativos. Además, se trata de criterios que se desentienden de los propuestos por el legislador comunitario a la hora de delimitar las medidas correctoras aplicables a las distintas prácticas comerciales desleales y que están referidos, con carácter general, a la gravedad de la práctica y a su influencia en la autonomía decisional y negocial del consumidor.

De otro lado, no puede perderse de vista que, conforme al texto del Anteproyecto, las infracciones derivadas del uso de prácticas comerciales desleales van a calificarse en la gran mayoría de los casos como graves o muy graves (proyectado art. 48 TRLGDCU). Sólo serán leves aquellas infracciones respecto de las cuales el responsable “corrigiera diligentemente las irregularidades en que consista la infracción siempre que no haya causado perjuicios directos, devolviera voluntariamente las cantidades cobradas, colaborara activamente para evitar o disminuir los efectos de la infracción u observara espontáneamente cualquier otro comportamiento de análogo significado” (proyectado art. 48.4 TRLGDCU). Ello conduce a que en la gran mayoría de los supuestos el consumidor sólo puede solicitar la resolución del contrato y una indemnización mínima del veinte por ciento del precio.

Asimismo, es necesario destacar que el Anteproyecto no concede al consumidor la facultad de optar entre la resolución del contrato y la reducción del precio. Consecuentemente, el consumidor afectado por una práctica comercial desleal calificada como infracción grave o muy grave al que interese el contrato se ve necesariamente abocado a pedir su resolución o pechar con las consecuencias jurídicas y económicas de un contrato celebrado en condiciones no queridas o cumplido en términos defectuosos. Se trata, a nuestro juicio, de una opción que no responde a los caracteres de proporcionalidad y eficacia que el texto comunitario exige a la hora de concretar las medidas correctoras.

Respecto de la reducción del precio, el texto proyectado tampoco establece una graduación de la rebaja. Siempre será del diez por ciento del precio cuando se trate de infracciones leves, sin atender a ulteriores circunstancias como la gravedad real y la naturaleza de la práctica comercial desleal, la intervención de dolo o culpa por parte del infractor u otras circunstancias pertinentes. Estimamos, por tanto, que hubiera sido interesante incluir una graduación del importe de la rebaja del precio en función de las circunstancias que rodean la realización de la práctica comercial desleal, en coherencia con la proporcionalidad y eficacia que se exige a estas medidas.

En lo que atañe a la indemnización por daños y perjuicios, se establece una cantidad fija mínima para el caso de prácticas comerciales desleales calificadas como graves o muy graves. Pero esta medida correctora desaparece en los supuestos de prácticas comerciales desleales leves y en aquellos casos en que el consumidor afectado por una práctica comercial desleal no llega a celebrar el contrato. En relación con las infracción graves o muy graves, esta medida puede resultar ventajosa para los consumidores, aunque difícilmente podrá caracterizarse por su proporcionalidad. En los casos de prácticas comerciales desleales que lleven aparejada la rebaja del precio, el consumidor podría acudir a la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios prevista en el art. 32.5 LCD, al igual que ocurriría en los casos de prácticas comerciales desleales que no conduzcan a la celebración del contrato. Si bien, los presupuestos de aplicación de esta acción y la carga probatoria que se hace descansar sobre el consumidor restarían eficacia a esta medida.

En sede de indemnización de daños y perjuicios, estimamos que sería interesante definir el carácter contractual o extracontractual de la responsabilidad. A nuestro juicio, debería calificarse como contractual en los casos en que el contrato derivado de una práctica comercial desleal se hubiera celebrado y, por tanto, diera lugar a medidas correctoras negociales; y extracontractual en los demás supuestos, que estarían cubiertos por el art. 32.5 LCD. Igualmente, aunque parece interesante la fijación de un umbral mínimo de responsabilidad, este debería fijarse en una cantidad inferior y preverse en todos los casos en que sean de aplicación las medidas correctoras, esto es, también en los supuestos de rebaja del precio. Si bien, sería conveniente permitir que la cuantía fuera mayor o menor (incluso nula) si el consumidor acreditara unos daños mayores o si el empresario demostrara que los daños son menores o nulos. De esta forma, el remedio resarcitorio respondería a los caracteres de proporcionalidad y eficacia que exige el texto comunitario.

El apartado 3 del proyectado art. 20 TRLGDCU concluye con un inciso final en el que se establece que estas medidas han de entenderse con independencia de la plena aplicación del régimen de conformidad del producto con el contrato. Con esta indicación parece que el Anteproyecto trata de incorporar el apartado 2 del nuevo art. 11 bis DPCD, donde se señala que las medidas correctoras se entenderán sin perjuicio de la aplicación de otras medidas correctoras de que dispongan los consumidores en virtud del Derecho de la Unión o nacional. Sin embargo, el prelegislador vuelve a ser impreciso y deja fuera otras medidas como el régimen de las cláusulas contractuales predispuestas, el derecho de desistimiento o la integración publicitaria del contrato, entre otras.

Por último, este proyectado art. 20 bis TRLGDCU se cierra con un apartado 4 donde se establece que “(e)n ningún caso, la existencia de una práctica comercial desleal puede ser utilizada en contra de los intereses de los consumidores y usuarios”. Se trata de una declaración programática cuya previsión legal resulta superflua. Y ello por cuanto que la declaración de deslealtad de la práctica comercial va a depender de la afectación de los intereses económicos de los consumidores. Quizá puede que el Anteproyecto esté pensando en casos en que la práctica comercial afecte o pueda afectar a otros intereses de los consumidores como su salud o seguridad. Pero en estos casos, el ordenamiento jurídico ya prevé mecanismos específicos que se asientan sobre esa prohibición de afectación de los intereses de los consumidores.

5.2. El Real Decreto-ley 24/2021: la no incorporación al Derecho español de remedios negociales frente a prácticas comerciales desleales y el recurso (como solución provisional) a la acción de remoción prevista en la LCD

El contenido de gran parte del mencionado Anteproyecto se ha plasmado legislativamente en el Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de Directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes⁵⁴⁴. Con esta iniciativa legislativa el legislador trata de incorporar en plazo una serie de Directivas comunitarias relativas a materias ciertamente dispares.

Al margen de las críticas que merezca esta forma de incorporación de los mandatos comunitarios y del vehículo legislativo empleado⁵⁴⁵, nos detendremos únicamente en el tema que aquí nos ocupa: la necesidad de establecer consecuencias negociales anudadas a la realización de prácticas comerciales desleales con los consumidores.

⁵⁴⁴ BOE, núm. 263, de 3 de noviembre de 2021.

⁵⁴⁵ Sobre esta cuestión, IBÁÑEZ GARCÍA, I., “La transposición de Directivas europeas mediante Decreto-Ley (Severo rapapolvo del Consejo de Estado)”, en *Diario La Ley*, núm. 9977, 2021 (hemos consultado la versión en línea disponible en el portal de revistas Wolters Kluwer); y TAPIA HERMIDA, A. J., “El Real Decreto-ley 24/2021 (1): Aspectos generales”, en *El Blog de Alberto J. Tapia Hermida*, 10 de noviembre de 2021 (disponible en ajtapia.com, consultado el 27 de diciembre de 2021).

El Real Decreto-ley 24/2021 mantiene el art. 20 bis TRLGDCU con un título idéntico al que tenía en el Anteproyecto, pero con dos modificaciones en lo que se refiere a su contenido. Una de ellas de especial trascendencia.

La primera modificación aparece en el apartado 1 de este art. 20 bis TRLGDCU y consiste en la modulación del valor de las resoluciones firmes (de autoridades administrativas y órganos jurisdiccionales) que constaten el uso de prácticas comerciales desleales a los efectos de ejercitar las acciones previstas en los apartados 1 a 4 del art. 32.1 LCD. Frente al texto del Anteproyecto, que establecía el carácter irrefutable de la constatación de una infracción por el uso de estas prácticas, la versión del art. 20 bis TRLGDCU contenida en el Real Decreto-ley, de un lado, se refiere a la constatación del uso de prácticas comerciales desleales y no de la infracción (lo que estimamos más correcto) y, de otro, introduce una presunción *iuris tantum* que permite al empresario desvirtuar la constatación del uso de prácticas comerciales desleales.

Ciertamente, somos de la opinión de que la regulación contenida en el Real Decreto-ley es más adecuada que la recogida en el Anteproyecto. No obstante, también es cierto que este primer apartado del art. 20 bis TRLGDCU aporta poco. En primer lugar, y como ya destacamos anteriormente, porque si la constatación del uso de prácticas comerciales desleales se lleva a cabo en una sentencia firme, ésta tendrá efecto de cosa juzgada. Y, en segundo lugar, porque los órganos jurisdiccionales que decidan sobre las acciones por competencia desleal tomarán en consideración la decisión firme de una autoridad administrativa donde se resuelva la realización de prácticas comerciales desleales, sin necesidad de que un precepto como éste así lo establezca.

La segunda modificación es la que tiene mayor relevancia. Se trata de la desaparición en el texto del art. 20 bis TRLGDCU del que era su apartado 3 en la versión del Anteproyecto. El resultado es claro: el nuevo art. 20 bis TRLGDCU no regula el régimen de medidas correctoras individuales que han de proporcionarse a los consumidores afectados por prácticas comerciales desleales, sin que esta regulación se recoja en ningún otro precepto del Real Decreto-ley 24/2021.

De este modo, el título que encabeza este art. 20 bis TRLGDCU es cuanto menos inadecuado, ya que en él no se recoge ninguna medida correctora a disposición de los consumidores perjudicados por prácticas comerciales desleales. Pero, es más, esta omisión es de vital trascendencia si tenemos en cuenta que el legislador deja sin incorporar a nuestro ordenamiento el art. 11 bis DPCD.

Actuando de este modo, el legislador no sólo esquivo la regulación de una materia ciertamente peliaguda, sino que deja huérfano de protección a un colectivo especialmente sensible frente a las técnicas de comercialización y marketing poco escrupulosas que ponen en práctica los empresarios en el mercado. Esta forma de actuar no sólo supone la falta de incorporación del art. 11 bis DPCD, con las consiguientes consecuencias que ello puede acarrear, sino que resta efectividad a la disciplina de la competencia desleal y limita la protección que los consumidores y usuarios deben recibir frente a las prácticas comerciales desleales.

Es verdad que el sistema de remedios negociales articulado en el Anteproyecto para combatir los efectos de las prácticas comerciales desleales con los consumidores adolecía de graves carencias técnicas y no respondía al espíritu y finalidad de los dictados de la Directiva (UE) 2019/2161. Pero no menos cierto es que la solución a estos problemas no puede venir dada por el desentendimiento de la cuestión y la omisión de la regulación, sino por el establecimiento de un régimen jurídico que dé respuesta a las necesidades de los consumidores, cumpla con los mandatos comunitarios y articule un marco de protección sistemáticamente adaptado al entramado normativo que forman la regulación de la competencia desleal y la protección de los consumidores con sus, cada vez más frecuentes, puntos de conexión e interacción.

Por eso hemos de expresar nuestra perplejidad y decepción ante la actuación del legislador nacional plasmada (de momento) en el Real Decreto-ley 24/2021. En realidad, nuestro reproche al legislador en el sentido indicado es doble. Por un lado, por abordar esta cuestión (y otras muchas) con prisa y precipitación, con el único fin de evitar las sanciones derivadas de la falta de incorporación de los mandatos comunitarios. Por otro lado (y probablemente por la complejidad que es inherente al asunto aquí abordado), por optar finalmente por no incorporar a nuestro ordenamiento el régimen de remedios negociales frente a prácticas comerciales desleales contenido en la Directiva (UE) 2019/2161.

No perdemos la esperanza de que el legislador rectifique pronto y se ocupe de esta materia. Pero, no con el mero objetivo de cumplir con los dictados procedentes de la Unión Europea, sino con el firme propósito de dotar a los consumidores de mecanismos contractuales útiles, eficaces y sistemáticamente ordenados al fin de construir un régimen tuitivo de sus intereses económicos que les conceda una protección integral e integrada en las esferas concurrencial y contractual. Ello pasa necesariamente por fijar con precisión y cautela las

relaciones que median entre las disciplinas contractual y concurrencial, por establecer unos presupuestos aplicativos claros y operativos, por delimitar los efectos contractuales a los que trata de hacerse frente con los mecanismos legales de protección contractual frente a las prácticas comerciales desleales, y por arbitrar un sistema de remedios con unos efectos y alcance bien definidos. La tramitación del Real Decreto-ley 24/2021 como Proyecto de Ley puede ser una buena oportunidad para acometer esta tarea.

Mientras tanto, debemos preguntarnos qué ocurrirá con aquellos consumidores que hayan contratado influenciados por prácticas comerciales desleales.

En este sentido, somos de la opinión de que la incorporación a la DPCD de este nuevo art. 11 bis regulador de las medidas correctoras individuales proporcionadas a los consumidores afectados por prácticas comerciales desleales podría dotar de una relevancia renovada a la acción de remoción prevista en la LCD. El principio de interpretación del Derecho nacional de conformidad con las Directivas comunitarias sería el revitalizador de la referida acción.

Como señala la jurisprudencia comunitaria, cuando un órgano jurisdiccional tiene que interpretar el Derecho nacional, ya sea disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva de que se trate, está obligado a hacer todo lo posible por interpretarlo a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva, para alcanzar el resultado que ésta persigue⁵⁴⁶. Este principio de interpretación conforme se impone especialmente en el caso de que alguna disposición de la Directiva carezca de efecto directo, bien porque la disposición pertinente no sea lo bastante clara, precisa e incondicional como para producir el efecto, bien porque el litigio se desarrolle exclusivamente entre particulares⁵⁴⁷.

Así, en el supuesto de adaptación tardía del ordenamiento jurídico de un Estado miembro a una Directiva cuyas disposiciones pertinentes carecen de efecto directo, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados, a partir de la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a la Directiva, a interpretar su Derecho interno en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva de que se trate. Y ello con el objeto de alcanzar los resultados que ésta persigue. A tal efecto, debe darse prioridad a la interpretación

⁵⁴⁶ STJUE de 13 de noviembre de 1990, asunto C-106/89, *Marleasing* (apdo. 8); de 12 de febrero de 2004, asunto C-218/01, *Henkel* (apdo. 60); y de 29 de abril de 2004, asunto C-371/02, *Björnekulla Fruktindustrier* (apdo. 13).

⁵⁴⁷ STJUE de 4 de julio de 2006, asunto C-212/04, *Adeneler y otros* (apdo. 113).

de las normas nacionales que mejor se ajusten a dicha finalidad, para llegar así a una solución compatible con las disposiciones de dicha Directiva⁵⁴⁸.

En consecuencia, siendo la finalidad del nuevo art. 11 bis DPCD dotar a los consumidores de medidas correctoras individuales encaminadas a la eliminación de todos los efectos de las prácticas comerciales desleales (incluidos los contractuales), la acción de remoción se convertiría en un vehículo especialmente hábil para eliminar los efectos negativos de dichas prácticas. Además, la amplitud con que se expresa el régimen de acciones previsto en la LCD otorga a los órganos jurisdiccionales margen de apreciación suficiente como para poder hacer una interpretación del Derecho nacional de conformidad con el nuevo art. 11 bis DPCD.

Sin embargo, no puede desconocerse que esta vía de incorporación indirecta de los dictados de la Directiva (UE) 2019/2161 encuentra un importante problema en la inseguridad jurídica generada por la falta de incorporación de un régimen que concrete tanto los presupuestos aplicativos de dichos remedios como su alcance y efectos. Y ello podría conducir a la aparición de soluciones diversas para problemas similares.

⁵⁴⁸ STJUE de 4 de julio de 2006, asunto C-212/04, *Adeneler y otros* (apdo. 124).

VIII. CONCLUSIONES

Primera: El Derecho contractual codificado y la disciplina de la deslealtad concurrencial son sectores normativos con diferente historia y cultura. De ahí que clásicamente se hayan configurado como disciplinas independientes e inconexas. Esta independencia y desconexión interdisciplinar puede apreciarse tanto en los planos axiológico y funcional, como normativo.

Tradicionalmente, el Derecho de contratos ha puesto el foco de atención en el contrato y en la posición contractual que las partes asumen libremente merced a su autonomía de la voluntad al fin de tutelar el interés de los contratantes, garantizar un fluido intercambio de bienes y servicios, y asegurar la seguridad del tráfico. Es por ello que este sector del ordenamiento ha asumido como funciones propias la agilización de la contratación, la concreción de los acuerdos jurídicos relevantes, la delimitación de la posición contractual de las partes, así como la salvaguarda de la efectividad de los intercambios. Esto ha conducido a una regulación que configura el contrato como un acuerdo entre partes iguales, libres, plenamente conscientes y responsables, que no se ve afectado por el contexto jurídico y económico en el que se enmarca y por los actos y conductas de mercado que preceden o rodean su celebración.

En cambio, la normativa represora de la competencia desleal ha centrado su atención en los comportamientos que los operadores económicos desarrollan en el mercado con la finalidad de tutelar, en su más reciente configuración social o institucional, el correcto funcionamiento del sistema competitivo. Se configura así como una disciplina cuya regulación se ha encaminado a la ordenación y control de los comportamientos puestos en práctica en el mercado por los operadores económicos para decantar la lucha competitiva.

Bajo estas coordenadas, se ha establecido una típica separación de los ámbitos de actuación de una y otra disciplina fundada en un criterio contextual. De acuerdo con esta separación, el Derecho contractual debía desplegar su eficacia en el contrato y el Derecho de la competencia desleal en el mercado. De modo que, una vez celebrado el contrato, la disciplina de la deslealtad concurrencial debía retirarse y dejar paso al Derecho de contratos. Los problemas surgidos durante la celebración o la ejecución del contrato tan sólo debían afectar al Derecho contractual y resolverse por sus cauces. Y ello con independencia de que dichos problemas pudieran derivar de prácticas concurrenciales desarrolladas en el mercado antes, durante o después de la celebración del contrato.

Segunda: La realidad del tráfico pone de manifiesto que contrato y mercado no son realidades independientes y desconectadas. Antes bien, están fuertemente imbricadas e interrelacionadas entre sí. El mercado no existe si no hay intercambio de bienes y servicios, y este intercambio de bienes y servicios encuentra en el contrato su vehículo de articulación jurídica. El contrato es, por tanto, un acto que se contextualiza en el mercado, configurándose como el instrumento jurídico donde se plasman las decisiones de mercado de la clientela y se manifiesta el veredicto que a ésta le corresponde como árbitro en la lucha competitiva. Constituye así el culmen del proceso competitivo que se da en el mercado. Pero, es más, en sentido inverso, no puede desconocerse que el contrato se erige como uno de los medios a través de los cuales se compete en el mercado, toda vez que la utilización de condiciones contractuales ventajosas se presenta como un elemento más a disposición de los empresarios para buscar la atracción de un mayor número de clientes.

Tercera: El Derecho de contratos y la disciplina de la deslealtad concurrencial no pueden configurarse como sectores normativos independientes y desconectados. Así lo exige tanto la realidad viva del tráfico como el carácter unitario del ordenamiento jurídico. Es por ello que el establecimiento de las necesarias conexiones entre estos sectores normativos se presenta como uno de los retos más importantes que se plantean al legislador contemporáneo. No obstante, los más recientes desarrollos normativos acaecidos en el Derecho de consumo revelan la irrupción de un *proceso de permeabilización entre el Derecho de contratos y el Derecho de la competencia desleal*, que se manifiesta en los planos axiológico, funcional y normativo.

Cuarta: Axiológicamente, tanto el Derecho de contratos como el régimen represor de la competencia desleal van incorporando valores cuya tutela correspondía inicialmente al otro sector normativo. Esta convergencia axiológica tiene como punto de partida el propio nacimiento de los sectores normativos implicados y se consolida con su posterior evolución.

En efecto, la propia irrupción del Derecho de consumo como normativa renovadora de los viejos postulados contractuales decimonónicos tiene como causas principales la crisis o decadencia del modelo contractual codificado y la insuficiencia de los mecanismos concurrenciales para dar cobertura a los intereses de los consumidores. Nace así un Derecho de faz completamente nueva para el que el contrato ya no es cosa de dos partes en pie de igualdad y plenamente libres y conscientes, sino que tiene en cuenta el contexto jurídico y económico en el que se desarrolla –el mercado– y los hechos que preceden y

rodean su celebración –las prácticas comerciales de los empresarios–. De ahí que asuma como intereses dignos de tutela la transparencia informativa, el correcto funcionamiento del mercado y los problemas ocasionados por las nuevas técnicas de comercialización que se van extendiendo en el tráfico económico.

El Derecho de la competencia desleal, por su parte, se ha consolidado como un sistema de ordenación y control de los comportamientos desarrollados en el tráfico económico que se orienta a la tutela de la competencia económica en interés de todos los que participan en el mercado (modelo social o institucional). Hace así entrada el interés de los consumidores en la disciplina de la competencia desleal. Pero actualmente no se detiene ahí. A partir de la incorporación a nuestro ordenamiento de la Directiva 2005/29/CE, la normativa represora de la competencia desleal incluye la autonomía decisional y negocial de los consumidores entre los intereses tutelados, abordando la regulación de aquellas prácticas comerciales que influyen directamente en sus decisiones sobre transacciones económicas.

Quinta: Funcionalmente, el Derecho de contratos y la normativa represora de la competencia desleal ven desbordados sus originales ámbitos de actuación para dar respuesta a los distintos problemas –contractuales y concurrenciales– que rodean todo el proceso de contratación y de ejecución contractual.

De un lado, el Derecho contractual de consumo incorpora soluciones a problemas que tienen lugar antes o durante la perfección del contrato y que se derivan de ciertas conductas puestas en práctica por los empresarios en el tráfico económico. De este modo, la normativa contractual ya no se centra únicamente en el contrato, sino que tiene muy en cuenta la actividad precontractual y paracontractual desarrollada en el mercado por el empresario. Y ello por cuanto que dicha conducta puede condicionar la autonomía negocial del consumidor (deberes precontractuales de información, principio de la integración publicitaria del contrato y derecho de desistimiento), el justo equilibrio de las prestaciones (análisis de las circunstancias concurrentes en el momento de celebración del contrato para determinar la abusividad de una cláusula contractual) y el grado de cumplimiento de las obligaciones contractuales (conformidad del bien con el contrato). De esta forma, el Derecho contractual de consumo deja de configurar el contrato como una realidad abstraída de los avatares del mercado y abre la puerta a un nuevo modelo de *iter* formativo del contrato que se yuxtapone al modelo clásico contenido en la disciplina contractual codificada.

De otro lado, la normativa represora de la competencia desleal también amplía su original campo de acción y toma en consideración las plurales situaciones que se dan en el marco del contrato, en el momento de su celebración e incluso en relación con el cumplimiento de ciertas obligaciones contractuales. En efecto, al delimitar su ámbito de aplicación objetivo, tanto la DPCD como la LCD extienden su regulación a cualquier acto o práctica realizados antes, durante o después de una operación comercial o contrato (arts. 3.1 DPCD y 2.3 LCD). Pero, es más, la disciplina de la deslealtad concurrencial amplía su ámbito de actuación no sólo a los actos y conductas empresariales extracontractuales previos, coetáneos o posteriores al contrato, sino también a aquellas prácticas comerciales que surjan del acuerdo de voluntades, por ser resultado o consecuencia del propio clausulado contractual, tal como ha puesto de relieve la jurisprudencia del TJUE.

Sexta: En la actualidad, el Derecho contractual de consumo y el Derecho de la competencia desleal han dejado de configurarse como compartimentos estancos y pasan a compartir valores y funciones. Estas conexiones axiológicas y funcionales encuentran necesariamente su reflejo en el plano normativo. Y es que, tratándose de regulaciones orientadas a la tutela de intereses comunes y referidas a fenómenos económicos coincidentes, deben entenderse como parte de una obra normativa global llamada a complementarse. En efecto, entre el Derecho contractual de consumo y la disciplina de la deslealtad concurrencial existe una relación de complementariedad, que se traduce en la influencia recíproca de sus normas. En concreto, algunas de las disposiciones del Derecho de consumo pueden contribuir a integrar determinados conceptos jurídicos indeterminados de la LCD, y a la inversa.

Séptima: El Derecho de consumo ha ido paulatinamente decantando en el plano normativo las conexiones axiológicas y funcionales entre el Derecho de contratos y el Derecho represor de la competencia desleal a través de una serie de disposiciones que plasman las necesarias imbricaciones apreciables entre contrato y mercado. Entre ellas podemos destacar:

En primer lugar, la regulación de los deberes de información precontractual a cargo de los empresarios. Este régimen, dentro de la lógica inspiradora de la normativa de consumo, introduce en el Derecho de contratos una matriz competitiva orientada al correcto funcionamiento del mercado a través de la promoción de las prácticas leales. Y es que esta regulación constituye el contrapunto en sede contractual de los problemas concurrenciales derivados de los actos y omisiones engañosas. Tanto el art. 60 TRLGDCU como los arts. 5 y 7

LCD toman como base la información puesta a disposición de los consumidores y actúan como complemento para garantizar la correcta formación de un consentimiento libre e informado y la salvaguarda de un nivel adecuado de transparencia informativa en el mercado.

En segundo lugar, el principio de la integración publicitaria del contrato. A través de esta regla, el Derecho contractual de consumo configura el contrato como un acto contextualizado en el mercado y, por tanto, permeable a las distintas prácticas y actuaciones que tienen lugar en él. Ello ha supuesto no sólo una alteración del *iter* formativo clásico del contrato para dar entrada a las nuevas técnicas de promoción y publicidad que se dan en la realidad del tráfico económico, sino también el reconocimiento a nivel normativo de la conexión entre la función jurídico-negocial de la promoción y preparación del contrato y la función jurídico-concurrencial inherente a las técnicas publicitarias. Con este principio el Derecho contractual de consumo contribuye a los fines de la disciplina de la deslealtad concurrencial, garantizando una competencia efectiva y honesta en el mercado gracias a la eliminación por los cauces contractuales de los efectos perjudiciales derivados de las prácticas engañosas.

En tercer lugar, la integración del contrato en los supuestos de falta de información precontractual relevante recogida en el art. 65 TRLGDCU. Esta norma se introdujo con la finalidad reforzar la protección de los consumidores y la leal competencia. Y, a tal efecto, promueve una solución negocial a los supuestos de falta de información relevante y, con ello, a los casos de omisiones engañosas desleales. Ésta consiste en la revisión judicial de la parte del contrato afectada por la información omitida o incorrecta, y obliga al juez a evaluarla conforme a los criterios objetivos que le suministre tanto una valoración equilibrada de los intereses de las partes como el mercado.

En cuarto lugar, el régimen de las condiciones generales de la contratación y de los clausulados contractuales predispuestos. De un lado, el control de transparencia formal (o de inclusión o incorporación, en su terminología tradicional) impone a los empresarios un estándar de conducta en la etapa inmediatamente anterior a la contratación que debe ser cumplido si quieren que el clausulado contractual predispuesto forme parte del contenido del contrato. Se establece así un remedio contractual a ciertas prácticas engañosas por acción u omisión. De otro lado, el control de transparencia material, que orientado a preservar la libertad contractual y la manifestación de un consentimiento informado sobre los elementos esenciales del contrato, contribuye a la lucha contra las prácticas y omisiones engañosas relativas a los *essentialia negotii*,

dando una respuesta negocial a estos supuestos de deslealtad. Y, por último, el control de contenido o de abusividad, donde se hace más patente la estrecha relación que existe entre el Derecho de contratos y la disciplina de la deslealtad concurrencial. Destaca en esta sede no sólo la (técnicamente deficiente) extensión de la consideración de cláusulas abusivas a las “prácticas no consentidas expresamente”, sino también la doctrina del TJUE según la cual la deslealtad de una práctica se configura como uno de los criterios a tener en cuenta a la hora de valorar la abusividad de una cláusula no negociada individualmente; así como la posibilidad considerar como desleal la introducción de cláusulas abusivas en la contratación de consumo y la tipificación como abusivas de ciertas cláusulas predispuestas que son la traducción contractual de determinadas prácticas agresivas.

En quinto lugar, el régimen de conformidad de los bienes de consumo con el contrato. Esta regulación de la obligación de entrega que incumbe al empresario que suscribe contratos de compraventa o asimilados con los consumidores, de un lado, reconoce de forma expresa la relevancia negocial de la actividad promocional y publicitaria referida a las condiciones, características y cualidades del bien objeto del contrato. Y, de otro, se configura como una medida jurídico-contractual preventiva o disuasoria de las prácticas engañosas relativas a la naturaleza, calidad, características o funciones de los bienes que constituyen el objeto contractual.

En sexto lugar, el reconocimiento *ex lege* de un derecho de desistimiento a favor de los consumidores que celebran determinados contratos o se someten a ciertos sistemas de contratación. Originalmente, este instrumento jurídico se instauró, entre otros motivos, para dar respuesta a distintos tipos de prácticas engañosas y agresivas puestas en práctica en el mercado. En la actualidad, su fundamento se reside en la tutela de la libre decisión negocial del consumidor, articulándose como un medio de protección del consumidor que tiene por finalidad ofrecerle la posibilidad de reconsiderar y evaluar mejor las consecuencias jurídicas y económicas derivadas del contrato. De esta forma, puede verse en este derecho de desistimiento un instrumento procompetitivo especialmente hábil para garantizar la competencia por eficiencia y salvaguardar la autonomía decisional y negocial del consumidor. Y al mismo tiempo, constituye un mecanismo jurídico que permite a los consumidores desvincularse de aquellos contratos celebrados bajo la influencia de prácticas desleales engañosas o agresivas.

Finalmente, la solución contractual al problema de los envíos y suministros no solicitados establecida en el 66 quáter TRLGDCU. Y es que, con esta norma, el legislador (tanto comunitario como nacional) establece una respuesta negocial específica a la práctica comercial calificada como desleal por agresiva en cualquier circunstancia que se prevé en el Anexo I DPCD y en el art. 31.2 LCD.

Octava: Tras la promulgación y la posterior incorporación de la DPCD a nuestro ordenamiento, la disciplina de la deslealtad concurrencial intensifica sus puentes de conexión con el Derecho de contratos. Estos puentes de conexión adquieren reconocimiento normativo a través de la configuración legal de los distintos ilícitos de deslealtad que son traslación de los dictados comunitarios. Nos referimos, en particular, a la cláusula general prohibitiva de la deslealtad en las relaciones entre empresarios y consumidores (art. 4 LCD), a la prohibición de los actos y omisiones engañosas (arts. 5 y 7 LCD) y de las prácticas agresivas (art. 8 LCD), así como a la tipificación del elenco de prácticas comerciales que se reputan desleales en todo caso y en cualquier circunstancia (arts. 21 y ss. LCD). Todas estas disposiciones se construyen sobre la base de la tutela de los intereses de los consumidores, en concreto, de la protección de su libertad de elección y de su capacidad de adopción de decisiones económicas con el debido conocimiento de causa, y extienden su aplicación a las distintas fases del *iter* negocial. Se reconoce así la existencia de prácticas de mercado generalizadas que pueden distorsionar no sólo la percepción de los consumidores sobre las prestaciones empresariales, sino también sus decisiones sobre la propia celebración del contrato, sobre su contenido y condiciones, así como sobre sus derechos contractuales.

Novena: La cláusula general prohibitiva de la deslealtad en su vertiente consumerista instaura en sede concurrencial un estándar de comportamiento que debe ser observado por los empresarios en sus relaciones con los consumidores. Este estándar o patrón de conducta exigible a los empresarios, de acuerdo con las finalidades perseguidas por la DPCD y con el principio de competencia por eficiencia que inspira la LCD, queda indisolublemente vinculado al comportamiento económico del consumidor o, más correctamente, a la autonomía y racionalidad de sus decisiones económicas. De modo que, en sus relaciones con los consumidores, los empresarios deben evitar aquellos comportamientos que supongan una injerencia intolerable en la autonomía decisional y negocial de los consumidores. Al igual que el resto de prohibiciones establecidas en la DPCD y en la LCD, la cláusula general prohibitiva de la deslealtad resulta de aplicación a todos los actos y comportamientos

desarrollados antes, durante o después de una operación comercial o contrato. Es por ello que esta cláusula general no sólo insta en sede concurrencial un estándar de conducta que debe presidir el comportamiento de mercado de los empresarios, sino también un deber general que se aplica al empresario como parte contractual en todas las fases y aspectos de su relación negocial con los consumidores. Así, desde la disciplina de la deslealtad concurrencial se exige un modelo de comportamiento que debe presidir las distintas fases de la contratación y que sirve para delimitar las cargas, obligaciones y derechos de los empresarios en sus relaciones con los consumidores. De ahí que este estándar de conducta pueda servir para interpretar e integrar el contenido normativo de los distintos mecanismos contractuales de tutela del consumidor.

Décima: Con la prohibición de los actos y omisiones engañosas el legislador concreta el parámetro de conducta exigido en la cláusula general prohibitiva de la deslealtad en lo relativo a la información que ha de proporcionarse a los consumidores con el fin de que éstos puedan adoptar sus decisiones de mercado con el debido conocimiento de causa. Este estándar informativo impuesto a los empresarios se traduce en la instauración en nuestro ordenamiento de un *principio de veracidad* derivado de la prohibición de los actos de engaño y de un *deber general de proporcionar a los consumidores información suficiente y tempestiva* que es consecuencia de la prohibición de la omisión de información relevante. Este principio de veracidad en la difusión de información por parte del empresario y este deber general de proporcionar información suficiente y tempestiva impregnan todo el proceso de contratación con consumidores. El empresario debe proporcionar información veraz y suficiente en las distintas fases del *iter* negocial. De modo que los consumidores puedan formarse una imagen más o menos fiel, pero siempre basada en información correcta, veraz y suficiente, sobre el empresario del que provienen las prestaciones, sobre las propias prestaciones que van a contratar, sobre los distintos extremos de la contratación y sobre los derechos y obligaciones que derivan de ésta. En la contratación de consumo desaparece esa carga de autoinformarse propia del modelo contractual clásico y se hace recaer sobre el empresario un deber de información. Este deber de información no sólo encuentra su regulación en la normativa contractual, sino que queda plasmado y delimitado en la disciplina de la deslealtad concurrencial, lo que exige una interpretación sistemática que permia su integración y complemento.

No puede desconocerse, en esta sede, la estrecha relación que existe entre la prohibición de los actos y omisiones engañosas y el régimen de los vicios del consentimiento. Sobre todo, en lo que se refiere a la regulación de los vicios del

consentimiento que tienen por finalidad tutelar la libertad de saber (error vicio y dolo), pues tanto la normativa concurrencial como la contractual persiguen la protección de la autonomía negocial de los contratantes, en este caso, consumidores. Sin embargo, no puede establecerse una correspondencia total entre estos regímenes, en el sentido de que toda práctica engañosa, por acción o por omisión, dé lugar a la anulabilidad del contrato por concurrir un vicio del consentimiento. Y ello por cuanto que los intereses tutelados por una y otra normativa no son totalmente coincidentes (más enfocados a la garantía de un orden concurrencial no falseado en la disciplina de la deslealtad concurrencial y más centrado en los intereses de los contratantes en la regulación contractual), por su diferente ámbito de aplicación (más amplio en el caso de la disciplina de la deslealtad concurrencial, que se extiende a todas las fases de la contratación y no sólo a la formación del consentimiento contractual), por el diverso enfoque que precisa el análisis y evaluación de las circunstancias que rodean el supuesto (más concreto en el régimen de los vicios del consentimiento), y por los distintos parámetros que determinan la ilicitud de la conducta (más estrictos en los casos de error vicio y dolo).

Ahora bien, ello no es óbice para que la normativa concurrencial sirva para interpretar e integrar el régimen de los vicios del consentimiento en determinados aspectos. Y es que si la emisión de un consentimiento libre e informado exige la concurrencia de una información veraz, suficiente y que no induzca a error a la contraparte y el empresario está obligado a proporcionar esa información en estas condiciones, la existencia de una práctica desleal por engañosa o por omisión de información relevante puede servir para acreditar la esencialidad del error o su carácter excusable, así como para demostrar la existencia de una maquinación insidiosa, su causalidad y/o su gravedad.

Undécima: Con la instauración de la prohibición de las prácticas agresivas, el legislador, tanto comunitario como nacional, trata de poner coto a aquellas conductas y comportamientos empresariales orientados a intimidar o forzar a la clientela a adoptar decisiones sobre su comportamiento económico. Se establece así un estándar de conducta a cargo de los empresarios consistente en la evitación de prácticas que coloquen a la clientela y, especialmente, a los consumidores frente a situaciones coactivas, intimidatorias, amenazantes o de presión encaminadas a impedir la adopción de decisiones de mercado completamente libres. El empresario, por tanto, debe guiarse por este patrón de comportamiento sustentado sobre el respeto de una esfera libre de injerencias indebidas que permita la formación de preferencias y de decisiones sobre el comportamiento económico con plena libertad de querer. Y este patrón de

comportamiento ha de extenderse no sólo a las relaciones de mercado, sino también al ámbito contractual, alcanzando todas las etapas o fases negociales. De modo que el referido patrón de comportamiento debe servir para integrar la normativa contractual en aquellos aspectos relacionados con la autonomía decisional del consumidor o con la imposición de obstáculos onerosos al ejercicio de sus derechos legales o contractuales.

Asimismo, no puede perderse de vista la estrecha vinculación que existe entre la prohibición de las prácticas agresivas y el régimen de los vicios del consentimiento. Particularmente, en lo que se refiere a aquellos vicios encaminados a la salvaguarda de la libertad negocial o, si se prefiere, la libertad de querer de los contratantes (violencia o intimidación). Al igual que señalábamos anteriormente y por los mismos motivos, no puede establecerse un paralelismo pleno entre estos regímenes. Si bien, ello no debe ser impedimento para que los distintos elementos de juicio que, desde la disciplina concurrencial, se proporcionan al objeto valorar la existencia de una práctica agresiva, puedan servir para integrar e interpretar los presupuestos de la violencia y de la intimidación. En este sentido, las circunstancias que han de ser tomadas en consideración para calificar una práctica comercial como agresiva previstas en el art. 8.2 LCD pueden ser de especial utilidad para determinar si la fuerza que requiere la violencia es o no irresistible. Y, del mismo modo, la declaración de deslealtad por agresiva de una práctica comercial puede servir para presumir algunos de los requisitos de la intimidación, como es el caso de la amenaza en el supuesto de una práctica agresiva por coacción.

Duodécima: La DPCD deja cierta libertad a los Estados miembros en lo que se refiere a los remedios y sanciones aplicables en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales que incorporan sus normas, no especificando el carácter público o privado de los remedios y procedimientos, ni el régimen de sanciones aplicables. Bajo estas coordenadas, la DPCD indica algunos medios que han de reconocerse en todo caso (cesación *stricto sensu* y prohibición de la práctica) y otros que pueden adoptarse de forma opcional (publicación de la resolución de cesación y publicación de un comunicado rectificativo). Ahora bien, estos remedios no se configuran como un catálogo cerrado, sino que los Estados miembros pueden incorporar otros que se consideren adecuados y eficaces para combatir las prácticas comerciales desleales.

En el marco de estos otros remedios pueden incardinarse las acciones individuales encaminadas a proporcionar remedios negociales a los consumidores que hayan concluido una operación comercial como consecuencia

de prácticas comerciales desleales. En este sentido, el art. 3.2 DPCD se limita a establecer que ésta se entiende “sin perjuicio del Derecho contractual, y en particular de las normas relativas a la validez, la formación o el efecto de los contratos”. De este precepto parece inferirse que los Estados miembros no tienen la obligación de proporcionar a los consumidores que contraten afectados por prácticas comerciales desleales acciones privadas orientadas a la invalidación del contrato resultante. Pero ello no significa que tengan vedado el establecimiento de este tipo de acciones. Antes bien, los Estados miembros gozan de libertad para determinar la incidencia de las prácticas comerciales desleales en la validez, formación o efectos de los contratos, toda vez que la Directiva no armoniza el Derecho nacional.

Haciendo uso de esta libertad, algunos Estados miembros han optado por la atribución de acciones individuales a los consumidores que contraten afectados por prácticas comerciales desleales, estableciendo consecuencias negociales específicas para dichas prácticas concurrencialmente ilícitas. Otros, en cambio, no han previsto acciones individuales, lo que obliga a los consumidores a acudir a los remedios previstos en la normativa específica de consumo o en el Derecho general de contratos.

Decimotercera: De entre los distintos sistemas de represión de las prácticas comerciales desleales propuestos por la DPCD, el legislador español se ha decantado por establecimiento de un sistema mixto, que combina los cauces público y privado. El sistema de represión jurídico-público se sustancia a través de un procedimiento administrativo sancionador ante las autoridades competentes en materia de consumo que conduce a la imposición de sanciones administrativas consistentes, fundamentalmente, en multas. El sistema jurídico-privado, por su parte, se articula en vía judicial a través del ejercicio de las acciones de competencia desleal. A tal efecto, la LCD recoge un catálogo de acciones donde se prevén seis vías procesales específicas. En concreto, la acción declarativa de la deslealtad; la acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura; la acción de remoción de los efectos producidos por dicha conducta; la acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas; la acción de resarcimiento de daños y perjuicios; y, por último, la acción de enriquecimiento injusto. Este catálogo, empero, no contempla acciones individuales específicas encaminadas a la tutela de aquellos consumidores que hayan contratado influenciados por prácticas comerciales desleales. De modo que el contrato suscrito por el consumidor afectado por una práctica comercial desleal no puede ser atacado por los cauces de la LCD, sino

por la vía de las acciones contractuales previstas en la normativa de consumo o en el Derecho general de contratos.

Decimocuarta: La ausencia del reconocimiento de remedios negociales directamente vinculados a la realización de prácticas comerciales desleales en nuestra disciplina de la deslealtad concurrencial ha llevado a algunos autores a reclamar una mayor coordinación entre esta disciplina y el Derecho de contratos. Para ello se han apoyado en distintos argumentos, entre los que destacan, la extensión de la normativa represora de la competencia desleal a todas las prácticas previas, coetáneas y posteriores a la celebración del contrato; la coincidencia del bien jurídico protegido por ambas disciplinas (la libre decisión comercial del consumidor); la idea de unidad del ordenamiento jurídico; y el reconocimiento legal de que algunas infracciones de la LGP tienen consecuencias en el terreno comercial que no pueden ser desatendidas en su tratamiento judicial (art. 6.1 LGP).

Sobre la base de lo anterior han propuesto la oportunidad o conveniencia de que en los casos de contratación afectada por prácticas comerciales desleales se establezca una presunción, desvirtuable por la otra parte, de que el contrato ha nacido viciado; o bien pueda considerarse acreditada la concurrencia de un vicio del consentimiento, quedando a cargo del interesado la prueba de sus requisitos aplicativos. Estas soluciones también han sido propuestas por la doctrina italiana. Sin embargo, a nuestro juicio, estas soluciones no resultan del todo satisfactorias. Sobre todo, por cuanto que el régimen de las prácticas comerciales desleales abarca un espectro más amplio que el propio de los vicios del consentimiento (referido tan sólo a la fase de la formación del consentimiento contractual) y contempla comportamientos y conductas que difícilmente podrían afectar al consentimiento contractual.

Decimoquinta: En el Derecho comparado puede advertirse la articulación de distintos mecanismos jurídicos encaminados a proporcionar remedios negociales a los contratantes que hayan concluido una operación comercial como consecuencia de prácticas comerciales desleales. Sin embargo, las soluciones adoptadas por los distintos legisladores nacionales han sido dispares, no sólo en lo que se refiere al remedio comercial arbitrado, sino también al tipo de prácticas desleales a las que se ha vinculado dicho remedio.

El ordenamiento jurídico alemán, tras la modificación de la UWG de 1909, optó por atribuir un derecho de desistimiento a quienes celebraran un contrato influenciados por una publicidad engañosa (§ 13a). Sin embargo, las

múltiples lagunas e incorrecciones técnicas del precepto condujeron a su derogación.

Otros legisladores nacionales, como el polaco, el portugués, el luxemburgués y el neerlandés, han optado por el remedio de la anulabilidad del contrato que traiga causa de una práctica comercial desleal con los consumidores. Ahora bien, cada régimen nacional contiene sus propias particularidades. En el ordenamiento polaco se exige que el consumidor acredite la concurrencia de dolo o culpa por parte del empresario y la existencia de un daño real y efectivo, lo que dificulta la efectividad de la medida. En Portugal, la anulabilidad del contrato sigue el régimen general de anulación contractual previsto en el Código civil y se acompaña de otras medidas negociales como la modificación del contrato “según juicios de equidad” o la anulación parcial del contrato (limitada a las cláusulas contractuales afectadas por la práctica desleal). En Luxemburgo, junto a la posibilidad de instar la anulabilidad de las cláusulas contractuales afectadas por prácticas comerciales desleales, se prevé una solución negocial específica para las prácticas desleales consistentes en falsas promesas sobre premios similar a la recogida a nivel comunitario para los envíos o suministros no solicitados. En el ordenamiento de Países Bajos se opta por el establecimiento de la anulabilidad del contrato que traiga causa de una práctica comercial desleal en términos similares a los previstos en relación con los vicios del consentimiento.

En Francia, por su parte, se ha previsto la nulidad de pleno derecho como remedio negocial específico para combatir las prácticas agresivas. Los consumidores que contraten afectados por prácticas engañosas no tienen a su disposición este remedio, debiendo acudir al régimen de los vicios del consentimiento.

El legislador belga ha optado por una solución *sui generis*, conforme a la cual el consumidor que haya contratado afectado por ciertos tipos de prácticas desleales específicamente tipificados en la norma está facultado para solicitar el reembolso del precio o rechazar el pago del precio sin obligación de devolver el bien objeto del contrato. En los casos no previstos en la norma, el consumidor puede acudir a los tribunales para que éstos decidan si aplican este remedio, si no lo aplican, o si conceden una rebaja del precio o la devolución del precio con restitución el bien.

Por último, el ordenamiento jurídico inglés establece una serie de remedios negociales para los consumidores que contraten bajo la influencia de una práctica comercial desleal que se traducen en el derecho a rescindir el contrato (*right to unwind*) o a solicitar una reducción del precio (*right to a*

discount) y, en todo caso, a instar la reclamación de los daños y perjuicios ocasionados. Ahora bien, estos remedios negociales individuales sólo están disponibles cuando el consumidor haya contratado afectado por prácticas engañosas o agresivas, pero no en los casos de omisiones engañosas.

Decimosexta: Uno de los principales problemas que se ha suscitado en el marco de la DPCD viene constituido por la falta de reconocimiento de remedios individuales a favor de los consumidores afectados por prácticas comerciales desleales. Y, particularmente, en lo que se refiere a las consecuencias negociales derivadas de las infracciones de la DPCD. La Directiva (UE) 2019/2161 trata de hacer frente a esta situación mediante la introducción en la DPCD de un nuevo art. 11 bis intitulado “Reparación”. En esta dirección, la DPCD impone a los Estados miembros la obligación de proporcionar a los consumidores afectados por prácticas comerciales desleales “medidas correctoras proporcionadas y eficaces, incluida una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por los consumidores y, cuando proceda, una reducción del precio o la resolución del contrato”.

Con esta medida se trata, por tato, de poner a disposición de los consumidores una serie de remedios individuales que facilitan la remoción de los efectos negociales derivados de las prácticas comerciales desleales que lesionen sus intereses económicos, así como la reparación de los perjuicios ocasionados. Y ello con el fin de mejorar su nivel de protección y de alcanzar una mayor eficacia de la DPCD gracias al establecimiento de nuevos mecanismos jurídicos con los que hacer frente a las infracciones de la DPCD. Bajo estas coordenadas, el legislador comunitario regula esta materia mediante la articulación de un conjunto de remedios individuales que se incardinan en la línea de la solución adoptada en el ordenamiento inglés. Ahora bien, de la lectura del nuevo art. 11 bis DPCD debemos destacar dos cuestiones.

Por un lado, el hecho de que el legislador comunitario sólo se limite a individualizar el resultado que los Estados miembros deben garantizar, dejando a éstos la elección de los mecanismos legales específicos a través de los cuales conseguirlo. De esta forma, serán los distintos legisladores nacionales quienes concreten la sanción negocial que mejor se amolde al supuesto de hecho en el marco de su ordenamiento jurídico-privado. No obstante, somos de la opinión de que los remedios negociales frente al incumplimiento contractual son los que mejor de adecúan a los dictados de la DPCD.

Por otro lado, el carácter mínimo de la armonización introducida por la Directiva (UE) 2019/2161. Ello implica, de una parte, que los distintos Estados

miembros son libres para establecer otras medidas correctoras individuales encaminadas a la remoción de los efectos de las prácticas comerciales desleales. A tal efecto, la Directiva (UE) 2019/2161 alude, como ejemplo, a la posibilidad de establecer la reparación o la sustitución del producto. Pero ello debe completarse con la libertad que el art. 3.2 DPCD sigue concediendo a los Estados miembros para determinar la incidencia de las prácticas comerciales desleales en la validez, formación o los efectos de los contratos, con la consiguiente posibilidad de regular, junto a las medidas previstas en el nuevo art. 11 bis DPCD, otras consecuencias negociales, como la nulidad o anulabilidad. Y, de otra parte, deja en manos de los legisladores nacionales la fijación de “las condiciones de aplicación y los efectos” de las medidas correctoras individuales. De ahí que, entre otras cuestiones, tengan que decidir el modo de incorporación de la Directiva; definir si la acción de daños y perjuicios tiene carácter extracontractual o contractual (ya que su calificación como extracontractual prevista en la Propuesta, desaparece del texto final de la Directiva) y, en su caso, en qué supuestos tiene uno u otro carácter; si los remedios de reducción del precio y de resolución del contrato se configuran de forma alternativa a elección del consumidor o si son remedios que responden a supuestos distintos de deslealtad; si se establece un sistema más o menos objetivo de graduación de la reducción del precio o si ésta responde al criterio discrecional del órgano competente; frente a quién puede reclamarse la indemnización de daños, la rebaja del precio o la resolución del contrato en el caso en que la práctica comercial desleal proceda un tercero (por ejemplo, el fabricante) ajeno a la relación contractual; los casos en qué procede la resolución contractual; o qué ocurre con las prestaciones recibidas en los casos de resolución del contrato.

Decimoséptima: Una de las consecuencias más destacadas de la introducción en la DPCD del nuevo art. 11 bis es la atribución de consecuencias negociales a las prácticas comerciales desleales. Se trata, por tanto, de una medida que ahonda en el proceso de permeabilización entre el Derecho de contratos y el Derecho de la competencia desleal. Con esta nueva medida se da una relevancia renovada a ese patrón de comportamiento leal que desde la disciplina de la deslealtad concurrencial se impone a los empresarios en sus relaciones con los consumidores y que es exigible a lo largo de las distintas fases del *iter* negocial.

Del tenor literal del nuevo art. 11 bis DPCD, de su ubicación sistemática y de las finalidades que se persiguen con su instauración, parece desprenderse el reconocimiento por parte del legislador comunitario de que ese patrón de conducta exigido a los empresarios desde la disciplina de la deslealtad

concurrential se transforma en una obligación derivada del contrato cuando entre el empresario y el consumidor se entabla una relación contractual. La disciplina de la competencia desleal exige a los empresarios que en sus relaciones de mercado con los consumidores se comporten de forma leal al objeto de tutelar su autonomía decisional y negocial. Pero cuando empresario y consumidor quedan jurídicamente vinculados a través de un contrato, esta obligación de comportamiento leal trasciende al marco de la relación contractual configurándose como una obligación más del contrato. Y es que, una vez establecido el vínculo contractual, la falta de ese comportamiento leal por parte del empresario desencadena unas consecuencias que permiten al consumidor desvincularse del contrato o, al menos, ver reducido el importe del precio pagado como compensación por la pérdida económica derivada de esa falta de actuación leal. Lo que convierte a las prácticas comerciales desleales con los consumidores en una especie de supuestos de *falta de conformidad del contrato con el comportamiento leal del empresario*.

Estimamos así que el reconocimiento de estos remedios negociales a los consumidores que contraten afectados por prácticas comerciales desleales encuentra su fundamento en la transgresión del principio de buena fe que debe inspirar en todo momento el proceso de contratación. Con esta regulación el legislador comunitario parece integrar la buena fe contractual y concurrential mediante un trasvase de contenido de la segunda hacia la primera. De esta forma, el art. 11 bis DPCD vendría a determinar las consecuencias que conforme a la buena fe contractual se derivan de un determinado contrato, utilizando para ello los criterios que emanan de la disciplina de la deslealtad concurrential.

Decimoctava: Con el fin de incorporar los dictados de la Directiva (UE) 2019/2161, la Dirección General de Consumo ha elaborado un Anteproyecto de Ley por el que se modifica el TRLGDCU, para la mejora y modernización de las normas de protección de los consumidores de la UE y del régimen sancionador en materia de consumo. Entre otras medidas, este texto propone la introducción de un nuevo art. 20 bis intitulado “Medidas correctoras como consecuencia de las prácticas comerciales desleales a disposición de los consumidores y usuarios perjudicados”. Este precepto, estructurado en cuatro apartados, tiene el siguiente contenido: 1º) prescribe el carácter irrefutable de la constatación en una resolución firme de la deslealtad de una práctica comercial en orden al ejercicio de las acciones previstas en los apartados 1 a 4 del art. 32 LCD; 2º) establece la responsabilidad solidaria por los daños y perjuicios de todos los que hayan realizado la infracción de forma conjunta; 3º) atribuye al consumidor la opción de resolver el contrato con una indemnización mínima del veinte por ciento del

precio del contrato, en caso de infracciones graves o muy graves, o de solicitar una rebaja del precio del diez por ciento si son leves; y, por último, 4º) impide que la existencia de una práctica comercial desleal pueda ser utilizada en contra de los intereses de los consumidores.

A la vista de la redacción de este nuevo art. 20 bis TRLGDCU y a su ubicación sistemática, no podemos sino poner de manifiesto sus importantes deficiencias técnicas y su incoherencia desde las perspectivas sistemática, funcional y operativa. Y es que a nuestro juicio este precepto es merecedor de una severa crítica.

En primer lugar, estimamos que la ubicación sistemática de las medidas correctoras individuales reguladas en el nuevo art. 11 bis DPCD debe ser la LCD y no el TRLGDCU. Esta sería la opción más correcta desde los puntos de vista sustantivo, sistemático, teleológico y procedimental. Además, somos de la opinión de que estas medidas han de incorporarse a nuestra LCD en el marco de las acciones de remoción o como una medida específica orientada a remover los efectos negociales de las prácticas comerciales desleales.

En segundo lugar, llama poderosamente la atención que el Anteproyecto conecte las medidas correctoras individuales puestas a disposición de los consumidores afectados por prácticas comerciales desleales con las infracciones administrativas en materia de consumo. A nuestro juicio, esta opción es totalmente desacertada, toda vez que no llega a captar el espíritu y finalidad de la modificación operada en la DPCD. Estos remedios individuales deben anudarse al incumplimiento de las disposiciones de la DPCD (y, por tanto, de la LCD) que atenten contra los intereses de los consumidores. No en vano, se trata de medidas que se incardinan en el marco de los medios adecuados y eficaces para luchar contra las prácticas comerciales desleales con los consumidores.

En tercer lugar, el reconocimiento del carácter irrefutable de la constatación de una infracción por el uso de prácticas desleales contra los consumidores en una resolución firme de una autoridad competente o de un órgano jurisdiccional a los efectos de ejercitar las acciones previstas en los apartados 1 a 4 del art. 32 LCD es una medida con graves deficiencias técnicas, que carece de razón de ser, rompe con la operativa propia de la disciplina de la deslealtad concurrencial y pone en peligro la independencia del poder judicial.

En cuarto lugar, la fijación del carácter solidario de la responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados por la infracción consistente en el uso de prácticas comerciales desleales, además de resolver poco desde una óptica

jurídico-privada, resulta insuficiente. Y ello por cuanto que no resuelve el problema relativo a las consecuencias negativas que corresponden al empresario infractor cuando éste es distinto del empresario que contrata con el consumidor que se vio perjudicado por la práctica comercial puesta en práctica por aquél.

Y, en quinto lugar, el apartado 3 del proyectado art. 20 bis TRLGDCU, donde se contiene el grueso de la regulación de las medidas correctoras individuales, destaca por lo escueto y parco de su regulación, no llegando a resolver gran parte de los problemas que plantea la incorporación de estas medidas correctoras. De un lado, sus presupuestos aplicativos se definen en términos administrativo-consumeristas y dejan más sombras que luces en lo que se refiere a la delimitación de los requisitos aplicativos. De otro lado, en lo que atañe al contenido de las medidas correctoras, el Anteproyecto tampoco acierta a concretar las exigencias del nuevo art. 11 bis DPCD, separándose del ánimo del legislador comunitario en su delimitación y en la fijación de su alcance.

En consecuencia, no podemos sino destacar que el Anteproyecto no acierta a incorporar los mandatos comunitarios y que ha actuado con prisa y precipitación en la incorporación de la Directiva (UE) 2019/2161, lo que casa mal con una materia que, afectando al nervio de nuestro sistema jurídico y económico, resulta tan delicada, compleja y sensible.

Decimonovena: El contenido de gran parte de este Anteproyecto se ha plasmado legislativamente en el Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre. Este Real Decreto-Ley mantiene el art. 20 bis TRLGDCU con un título idéntico al que tenía en el Anteproyecto, pero con una importante modificación en lo que se refiere a su contenido. Nos referimos a la eliminación del que fue el apartado 3 en la versión del Anteproyecto. El resultado es claro: el nuevo art. 20 bis TRLGDCU no regula el régimen de medidas correctoras individuales que han de proporcionarse a los consumidores afectados por prácticas comerciales desleales, sin que esta regulación se recoja en ningún otro precepto del Real Decreto-ley 24/2021. De modo que el legislador nacional ha dejado sin incorporar al ordenamiento español el mandato comunitario contenido en el art. 11 bis DPCD, al que más arriba nos referimos. Pero, además, introduce en el TRLGDCU un nuevo art. 20 bis cuyo título no se corresponde con su contenido.

Hemos de manifestar, por tanto, nuestra perplejidad y decepción ante la actuación del legislador nacional plasmada (de momento) en el Real Decreto-ley 24/2021. En realidad, nuestro reproche al legislador en el sentido indicado es doble. Por un lado, por abordar esta cuestión (y otras muchas) con prisa y precipitación, con el único fin de evitar las sanciones derivadas de la falta de

incorporación de los mandatos comunitarios. Por otro lado (y probablemente por la complejidad que es inherente al asunto aquí abordado), por optar finalmente por no incorporar a nuestro ordenamiento el régimen de remedios negociales frente a prácticas comerciales desleales contenido en la Directiva (UE) 2019/2161.

No perdemos la esperanza de que el legislador rectifique pronto y se ocupe de esta materia. Pero, no con el mero objetivo de cumplir con los dictados procedentes de la Unión Europea, sino con el firme propósito de dotar a los consumidores de mecanismos contractuales útiles, eficaces y sistemáticamente ordenados al fin de construir un régimen tuitivo de sus intereses económicos que les conceda una protección integral e integrada en las esferas concurrencial y contractual.

No obstante, mientras se acomete esta tarea, estimamos que el recurso a la acción de remoción prevista en la LCD puede convertirse en un vehículo hábil para eliminar los efectos negociales derivados de las prácticas comerciales desleales con los consumidores. El principio de interpretación del Derecho nacional de conformidad con las Directivas comunitarias sería el revitalizador de la referida acción. Y es que, el reconocimiento de estos remedios contractuales en la Directiva (UE) 2019/2161 y su falta de incorporación a nuestro ordenamiento permitiría el recurso a esta acción para alcanzar el resultado perseguido por el nuevo art. 11 bis DPCD.

Vigésima: A la vista de todo lo anterior y, sobre todo, de los antecedentes legislativos y del espíritu de la Directiva (UE) 2019/2161, así como de la finalidad y ubicación sistemática del nuevo art. 11 bis DPCD, estimamos que la incorporación de las medidas correctoras individuales a favor de los consumidores afectados por prácticas comerciales desleales debe incorporarse a nuestro ordenamiento mediante una reforma de la LCD. Y, en particular, a través de la adición de un nuevo inciso en el precepto regulador de la acción de remoción de los efectos perjudiciales de los actos de competencia desleal, que regule los diversos presupuestos aplicativos y el alcance de estas medidas correctoras individuales.

En lo relativo a los presupuestos de las medidas correctoras de carácter contractual, somos de la opinión de que la aplicación de estas medidas debe quedar condicionada al cumplimiento de un triple requisito: 1) la constatación de la existencia de una práctica comercial desleal; 2) la celebración de un contrato; y 3) que dicha práctica comercial desleal haya podido influir en la celebración de un contrato o afectar a su cumplimiento. De esta forma, el consumidor que se

haya visto afectado por una práctica comercial desleal podrá acceder a las medidas correctoras sin necesidad de acreditar un nexo causal entre la práctica comercial desleal y la celebración no querida o el cumplimiento defectuoso del contrato. Sería, en cambio, el empresario quien debería soportar la carga de la prueba de que la práctica comercial desleal en cuestión no es apta en abstracto para afectar a la autonomía decisional y negocial del consumidor. Lo que redundaría en una mayor eficacia de las medidas negociales.

En lo que atañe al contenido de los remedios contractuales, estimamos que la nueva regulación debe permitir al consumidor optar por la medida concreta que mejor satisfaga sus intereses. En consecuencia, el consumidor podrá solicitar la resolución contractual si se trata de un contrato no deseado o por la rebaja del precio si prefiere mantener los efectos dicho contrato.

Asimismo, sería conveniente establecer una regulación del alcance de la resolución del contrato y de sus efectos, así como una excepción a su aplicación cuando el objeto del contrato no pueda restituirse al empresario.

Respecto a la reducción del precio, creemos conveniente que se arbitre un baremo de reducciones en función de la gravedad de la práctica, de sus efectos perjudiciales, del grado de diligencia empleado por el empresario y del resto de circunstancias que rodean el supuesto.

Junto a ello, creemos necesario regular el supuesto en que la práctica comercial desleal sea realizada por un tercero ajeno a la relación contractual que trae causa de dicha práctica, estableciendo el alcance de su responsabilidad y las posibles vías de reclamación por parte del empresario que contrata con el consumidor.

Estas medidas, a nuestro juicio, deberían poder solicitarse directamente por el consumidor al empresario con el que haya celebrado el contrato afectado por la práctica desleal mediante una mera comunicación en la que se detalle la práctica en cuestión y se acredite la contratación. Y es que, de esta forma, los consumidores tendrán una vía más rápida y eficaz de ver eliminados los efectos negociales derivados de prácticas comerciales cuya deslealtad sea declarada judicialmente, ya sea a instancia de los propios consumidores, de asociaciones de defensa de sus intereses o, incluso, de otros competidores. En caso de que el empresario no se avenga a satisfacer el interés del consumidor, éste debe seguir teniendo a su disposición la posibilidad de ejercitar estas acciones en vía judicial.

Finalmente, en lo que respecta a la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, proponemos la delimitación de su carácter contractual o

extracontractual, así como su previsión para todos los casos en que el consumidor se haya visto afectado por una práctica comercial desleal y no sólo a aquellos en los que se solicite la resolución del contrato. Además, en los casos en que se concedan medidas negociales creemos útil la estimación de una cifra mínima de indemnización. Si bien, sería conveniente permitir que la cuantía sea mayor o menor (incluso nula) si el consumidor acredita unos daños mayores o si el empresario demuestra que los daños son menores o nulos. De esta forma, el remedio resarcitorio respondería a los caracteres de proporcionalidad y eficacia que exige el texto comunitario.

VIII. CONCLUSIONI

Prima: Il diritto contrattuale codificato e la disciplina della concorrenza sleale sono settori normativi con una storia e una cultura diverse. Questo è il motivo per cui sono stati classicamente configurati come discipline indipendenti e non collegate. Questa indipendenza e disconnessione interdisciplinare può essere vista sia a livello assiologico e funzionale, sia a livello normativo.

Tradizionalmente, il diritto contrattuale si è concentrato sul contratto e sulla posizione contrattuale che le parti assumono liberamente grazie alla loro autonomia privata per proteggere gli interessi dei contraenti, garantire un fluido scambio di beni e servizi e salvaguardare la sicurezza del traffico. Pertanto, questo settore dell'ordinamento giuridico ha assunto come proprie funzioni la razionalizzazione della contrattazione, la specificazione dei relativi accordi giuridici, la delimitazione della posizione contrattuale delle parti, così come la salvaguardia dell'efficacia degli scambi. Questo ha portato a una regolamentazione che configura il contratto come un accordo tra parti uguali, libere, pienamente consapevoli e responsabili che non è influenzato dal contesto giuridico ed economico in cui è inquadrato e dalle azioni e comportamenti di mercato che precedono o circondano la sua conclusione.

Invece, il diritto della concorrenza sleale ha concentrato la sua attenzione sui comportamenti che gli operatori economici sviluppano nel mercato con l'obiettivo di proteggere, nella sua più recente configurazione sociale o istituzionale, il corretto funzionamento del sistema competitivo. Si configura così come una disciplina la cui regolamentazione è stata finalizzata all'organizzazione e al controllo dei comportamenti messi in atto nel mercato dagli operatori economici per decantare la lotta competitiva.

Sotto queste coordinate, si è stabilita una tipica scissione tra le sfere d'azione delle due discipline in base a un criterio contestuale. Secondo questa separazione, il diritto contrattuale doveva stendere i suoi effetti nel contratto e il diritto della concorrenza sleale nel mercato. Così, una volta concluso il contratto, la disciplina in materia di slealtà concorrenziale doveva ritirarsi e lasciare il posto al diritto contrattuale. I problemi che sorgano durante la conclusione o l'esecuzione del contratto dovrebbero riguardare solo il diritto contrattuale ed essere risolti attraverso i suoi canali. Questo indipendentemente dal fatto che tali problemi possano derivare da pratiche concorrenziali poste in essere prima, durante o dopo la conclusione del contratto.

Seconda: L'esperienza dimostra che contratto e mercato non sono realtà indipendenti e scollegate. Al contrario, sono fortemente intrecciati e correlati. Il mercato non esiste se non c'è scambio di beni e servizi, e questo scambio di beni e servizi trova nel contratto il suo veicolo di articolazione giuridica. Il contratto è, dunque, un atto che si contestualizza nel mercato, configurandosi come lo strumento giuridico dove si incarnano le decisioni di mercato della clientela e dove si manifesta il verdetto che corrisponde a quest'ultima come arbitro nella lotta competitiva. Costituisce quindi il culmine del processo competitivo che si svolge nel mercato. Però, in ordine inverso, non si può ignorare che il contratto è uno dei mezzi attraverso i quali si svolge la concorrenza nel mercato, visto che l'uso di condizioni contrattuali vantaggiose si presenta come un altro elemento a disposizione dei professionisti per attirare un maggior numero di clienti.

Terza: Il diritto contrattuale e la disciplina della concorrenza sleale non possono configurarsi come aree di diritto separate e non collegate. Questo è richiesto sia dalla realtà viva del commercio che dalla natura unitaria del sistema giuridico. È per questo che la creazione delle connessioni necessarie tra questi settori normativi è una delle sfide più importanti per il legislatore contemporaneo. Tuttavia, gli sviluppi normativi più recenti del diritto dei consumatori rivelano l'emergere di un processo di permeabilità tra il diritto dei contratti e il diritto della concorrenza sleale, che si manifesta a livello assiologico, funzionale e normativo.

Quarta: A livello assiologico, sia il diritto contrattuale che la disciplina della slealtà concorrenziale incorporano valori la cui protezione corrispondeva inizialmente all'altro settore normativo. Questa convergenza assiologica ha il suo punto di partenza nella nascita stessa dei settori normativi coinvolti e si consolida con la loro successiva evoluzione.

In effetti, la propria irruzione del diritto dei consumatori come regolamentazione rinnovante dei vecchi postulati contrattuali ottocenteschi ha come cause principali la crisi o decadenza del modello contrattuale codificato e l'insufficienza dei meccanismi concorrenziali per coprire gli interessi dei consumatori. Nasce così un nuovo diritto per il quale il contratto non è più una questione di due parti pari e pienamente libere e consapevoli, ma tiene conto del contesto giuridico ed economico in cui si sviluppa –il mercato– e dei fatti che precedono e circondano la sua conclusione –le pratiche commerciali dei professionisti–. Quindi, assume come interessi degni di protezione la trasparenza dell'informazione, il corretto funzionamento del mercato e i problemi causati

dalle nuove tecniche di marketing che si stanno diffondendo nel traffico economico.

Il diritto della concorrenza sleale, invece, si è consolidato come un sistema di organizzazione e controllo dei comportamenti sviluppati nel traffico economico che è orientato alla protezione della concorrenza economica nell'interesse di tutti coloro che partecipano al mercato (modello sociale o istituzionale). Porta così l'interesse dei consumatori nella disciplina della concorrenza sleale. Ma al giorno d'oggi non si ferma qui. Dall'incorporazione della direttiva 2005/29/CE nel nostro ordinamento giuridico, le norme che regolano la concorrenza sleale hanno incluso l'autonomia decisionale e contrattuale dei consumatori tra gli interessi protetti, affrontando la regolamentazione di quelle pratiche commerciali che influenzano direttamente le loro decisioni di natura commerciale.

Quinta: Funzionalmente, il diritto contrattuale e il diritto della concorrenza sleale vanno oltre le loro sfere d'azione originali per rispondere ai vari problemi –contrattuali e concorrenziali– che circondano l'intero processo di contrattazione e di esecuzione dei contratti.

Da un lato, il diritto contrattuale dei consumatori incorpora soluzioni a problemi che si verificano prima o durante il perfezionamento del contratto e che derivano da certi comportamenti messi in pratica dai professionisti nel corso del commercio. Così, il diritto contrattuale non si concentra più solo sul contratto, ma prende in considerazione l'attività precontrattuale e para-contrattuale svolta sul mercato dal professionista. Questo perché tali comportamenti possono condizionare la libertà contrattuale del consumatore (obblighi di informazione precontrattuale, il principio dell'integrazione pubblicitaria del contratto e il diritto di recesso), il giusto equilibrio delle prestazioni (analisi delle circostanze al momento della conclusione del contratto per determinare il carattere vessatorio di una clausola contrattuale) e il grado di adempimento degli obblighi contrattuali (conformità del bene al contratto). In questo modo, il diritto contrattuale dei consumatori smette di configurare il contratto come una realtà astratta dalle vicissitudini del mercato e apre la porta a un nuovo modello dell'iter formativo del contratto che si giustappone al modello classico contenuto nella disciplina contrattuale codificata.

D'altra parte, la disciplina della concorrenza sleale amplia anche il loro campo d'azione originario e prende in considerazione le molteplici situazioni che si presentano nell'ambito del contratto, al momento della sua conclusione e anche in relazione all'adempimento di certi obblighi contrattuali. In effetti,

delimitando il loro campo di applicazione oggettivo, sia la DPCD che la LCD estendono la loro regolamentazione a qualsiasi atto o pratica effettuata prima, durante o dopo un'operazione commerciale o contratto (articoli 3.1 DPCD e 2.3 LCD). Tuttavia, per di più, la disciplina della slealtà concorrenziale estende il suo campo d'azione non solo agli atti e ai comportamenti commerciali extracontrattuali precedenti, contemporanei o successivi al contratto, ma anche a quelle pratiche commerciali che nascono dal patto di volontà, come risultato o conseguenza delle clausole contrattuali stesse, come è stato evidenziato dalla giurisprudenza della CGUE.

Sesta: Oggi, il diritto contrattuale dei consumatori e il diritto della concorrenza sleale non sono più compartimentati, ma condividono valori e funzioni. Queste connessioni assiologiche e funzionali si riflettono necessariamente sul piano normativo. Dato che queste regolamentazioni sono orientati alla protezione di interessi comuni e si riferiscono a fenomeni economici coincidenti, devono essere intesi come parte di un'opera normativa globale che è destinata a completarsi a vicenda. Infatti, esiste un rapporto di complementarità tra il diritto contrattuale dei consumatori e la disciplina della concorrenza sleale, che si traduce nell'influenza reciproca delle loro norme. In particolare, alcune delle disposizioni del diritto dei consumatori possono contribuire all'integrazione di alcuni concetti giuridici indeterminati della LCD, e viceversa.

Settimo: Il diritto dei consumatori ha gradualmente stabilito le connessioni assiologiche e funzionali tra il diritto contrattuale e il diritto della concorrenza sleale a livello normativo attraverso una serie di disposizioni che riflettono la necessaria interazione tra contratto e mercato. Tra questi possiamo evidenziare:

In primo luogo, la regolamentazione degli obblighi di informazione precontrattuale che i professionisti devono fornire. Questo regime, nella logica ispiratrice del diritto dei consumatori, introduce nella normativa contrattuale una matrice competitiva volta al corretto funzionamento del mercato attraverso la promozione di pratiche leali. Questa istituzione costituisce il contrappunto in sede contrattuale ai problemi di concorrenza derivanti da azioni e omissioni ingannevoli. Sia l'art. 60 TRLGDCU che gli artt. 5 e 7 LCD si basano sulle informazioni messe a disposizione dei consumatori e fungono da complemento per garantire la corretta formazione di un consenso libero e informato e la salvaguardia di un adeguato livello di trasparenza informativa sul mercato.

In secondo luogo, il principio dell'integrazione pubblicitaria del contratto. Attraverso questa norma, il diritto contrattuale dei consumatori configura il contratto come un atto contestualizzato nel mercato e, pertanto, permeabile alle

diverse pratiche e azioni che si svolgono in esso. Questo ha significato non solo un'alterazione dell'iter formativo classico del contratto per includere le nuove tecniche di promozione e pubblicità che si presentano nella realtà del traffico economico, ma anche il riconoscimento a livello normativo della connessione tra la funzione giuridico-contrattuale della promozione e preparazione del contratto e la funzione giuridico-concorrenziale inerente alle tecniche pubblicitarie. Con questo principio, il diritto contrattuale dei consumatori contribuisce agli obiettivi della disciplina della concorrenza sleale, garantendo una concorrenza effettiva e onesta sul mercato attraverso l'eliminazione in via contrattuale degli effetti nocivi delle pratiche ingannevoli.

In terzo luogo, l'integrazione del contratto in caso di mancanza di informazione precontrattuale rilevante enunciata nell'articolo 65 del TRLGDCU. Questa regola è stata introdotta con l'obiettivo di rafforzare la protezione dei consumatori e la concorrenza leale. A tal fine, promuove una soluzione contrattuale ai casi di mancanza di informazione rilevante e, quindi, agli ipotesi di omissioni ingannevoli sleali. Consiste in un controllo giudiziario della parte del contratto interessata dall'informazione omessa o errata, e obbliga al giudice a valutarla secondo criteri oggettivi forniti da una valutazione equilibrata degli interessi delle parti e del mercato.

In quarto luogo, il regime delle condizioni generali di contratto e le clausole contrattuali non negoziate individualmente. Da un lato, il controllo della trasparenza formale (o di inclusione o incorporazione, nella sua terminologia tradizionale) impone ai professionisti uno standard di comportamento nella fase immediatamente precedente alla contrattazione che deve essere rispettato se vogliono che le clausole contrattuali non negoziate individualmente facciano parte del contenuto del contratto. Può vedersi qui un rimedio contrattuale a certe pratiche ingannevoli per azione o omissione. D'altra parte, il controllo della trasparenza materiale, che mira a preservare la libertà contrattuale e la manifestazione di un consenso informato sugli elementi essenziali del contratto, contribuisce alla lotta contro le pratiche ingannevoli e le omissioni relative agli *essentialia negotii*, fornendo così una risposta contrattuale a questi casi di slealtà. E infine, il controllo di vessatorietà, dove la stretta relazione tra il diritto contrattuale e la disciplina della concorrenza sleale diventa più evidente. In questo ambito, risalta non solo l'estensione (tecnicamente inadeguata) della considerazione delle clausole vessatorie alle "pratiche non espressamente acconsentite", ma anche la dottrina della CGUE secondo la quale il carattere sleale di una pratica si configura come uno dei criteri da prendere in considerazione per valutare il carattere vessatorio di una clausola non negoziata

individualmente; così come la possibilità di considerare sleale l'introduzione di clausole vessatorie nei contratti di consumo e la tipizzazione come vessatorie di certe clausole prestabilite che sono la traduzione contrattuale di certe pratiche aggressive.

In quinto luogo, il regime di conformità del bene al contratto. Questa regolamentazione dell'obbligo di consegna che incombe al professionista che stipula contratti di vendita o contratti simili con i consumatori, da un lato, riconosce espressamente la rilevanza commerciale dell'attività promozionale e pubblicitaria riferita alle condizioni, caratteristiche e qualità del bene oggetto del contratto. E, d'altra parte, si configura come una misura giuridico-contrattuale preventiva o dissuasiva contro le pratiche ingannevoli relative alla natura, qualità, caratteristiche o funzioni dei beni che costituiscono l'oggetto del contratto.

In sesto luogo, il riconoscimento *ex lege* di un diritto di recesso a favore dei consumatori che concludono certi contratti o sono soggetti a certi sistemi contrattuali. Questo strumento legale è stato originariamente introdotto, tra le altre ragioni, in risposta a vari tipi di pratiche ingannevoli e aggressive nel mercato. Oggi si basa sulla protezione della libera decisione contrattuale del consumatore ed è un mezzo di protezione del consumatore che mira ad offrire al consumatore la possibilità di riconsiderare e valutare meglio le conseguenze giuridiche ed economiche del contratto. In questo modo, il diritto di recesso può essere visto come uno strumento pro-concorrenziale particolarmente efficace nel garantire la concorrenza basata sui meriti e salvaguardare l'autonomia decisionale e contrattuale del consumatore. Allo stesso tempo, costituisce un meccanismo legale che permette ai consumatori di recedere dai contratti conclusi sotto l'influenza di pratiche sleali, ingannevoli o aggressive.

Infine, la soluzione contrattuale al problema delle forniture non richieste inserita nell'articolo 66 quater TRLGDCU. Con questa norma, il legislatore (sia comunitario che nazionale) stabilisce una specifica risposta contrattuale alla pratica commerciale tipificata come sleale per aggressiva in ogni caso che è prevista nell'Allegato I DPCD e nell'art. 31.2 LCD.

Ottava: Dopo la promulgazione e la successiva incorporazione della DPCD nel nostro sistema giuridico, la disciplina della concorrenza sleale intensifica i suoi ponti di connessione con il diritto contrattuale. Questi ponti di collegamento acquisiscono un riconoscimento normativo attraverso la configurazione giuridica dei diversi illeciti concorrenziali che sono una traduzione dei dettami comunitari. In particolare, ci riferiamo alla clausola

generale che vieta la slealtà nelle relazioni tra professionisti e consumatori (articolo 4 LCD), il divieto di azioni e omissioni ingannevoli (articoli 5 e 7 LCD) e di pratiche aggressive (articolo 8 LCD), così come la tipificazione delle diverse pratiche commerciali che sono considerate sleali in tutti i casi e in tutte le circostanze (articoli 21 e seguenti LCD). Tutte queste disposizioni si basano sulla protezione degli interessi dei consumatori, in particolare la protezione della loro libertà di scelta e la loro capacità di prendere decisioni di natura commerciale informate, ed estendono la loro applicazione alle diverse fasi del processo di contrattazione. Questo riconosce l'esistenza di pratiche di mercato generalizzate che possono distorcere non solo la percezione dei consumatori sulle prestazioni commerciali, ma anche le loro decisioni sulla conclusione del contratto stesso, sul suo contenuto e le sue condizioni, nonché sui loro diritti contrattuali.

Nona: La clausola generale di slealtà stabilisce uno standard di comportamento che deve essere osservato dai professionisti nelle loro relazioni con i consumatori. Questo standard o modello di comportamento richiesto ai professionisti, in conformità con gli obiettivi perseguiti dalla DPCD e con il principio di concorrenza basata sui meriti che ispira la LCD, è inestricabilmente legato al comportamento economico dei consumatori o, più correttamente, all'autonomia e alla razionalità delle loro decisioni di natura commerciale. Così, nelle loro relazioni con i consumatori, i professionisti devono evitare comportamenti che comportino un'intollerabile interferenza nell'autonomia decisionale e contrattuale dei consumatori. Come gli altri divieti enunciati nella DPCD e nella LCD, la clausola generale che vieta la slealtà si applica a tutti gli atti e i comportamenti posti in essere prima, durante o dopo un'operazione commerciale o un contratto. Per questo motivo questa clausola generale non solo stabilisce uno standard di condotta nel diritto della concorrenza che deve regolare il comportamento sul mercato dei professionisti, ma anche un dovere generale che si applica al professionista come parte contrattuale in tutte le fasi e gli aspetti del suo rapporto negoziale con i consumatori. In questo senso, la disciplina della concorrenza sleale richiede un modello di condotta che deve governare le diverse fasi del contratto e che serve a delimitare gli oneri, gli obblighi e i diritti dei professionisti nei loro rapporti con i consumatori. Quindi, questo standard di condotta può servire per interpretare e integrare il contenuto normativo dei diversi meccanismi contrattuali di protezione dei consumatori.

Decima: Con il divieto delle azioni e omissioni ingannevoli, il legislatore specifica il parametro di comportamento richiesto nella clausola generale che vieta la slealtà per quanto riguarda le informazioni da fornire ai consumatori affinché possano prendere le loro decisioni di mercato con piena conoscenza dei

fatti. Questo standard informativo imposto ai professionisti si traduce nell'instaurazione nel nostro sistema giuridico di un principio di veridicità derivato dal divieto delle azioni ingannevoli e di un dovere generale di fornire ai consumatori informazioni sufficienti e tempestive, che è una conseguenza del divieto delle omissioni di informazioni rilevanti. Questo principio di veridicità nella diffusione delle informazioni da parte del professionista e questo dovere generale di fornire informazioni sufficienti e tempestive permeano l'intero processo contrattuale di consumo. Il professionista deve fornire informazioni veritiere e sufficienti nelle diverse fasi del processo di negoziazione in modo tale che i consumatori possano formarsi un'immagine più o meno fedele, ma sempre basata su informazioni corrette, veritiere e sufficienti, sul professionista da cui vengono fornite le prestazioni, sulle proprie prestazioni da contrattare, sui diversi aspetti del contratto e sui diritti e obblighi che ne derivano. Nel contratto di consumo, l'onere di autoinformazione, tipico del modello contrattuale classico, scompare e ricade sul professionista un dovere di informazione. Questo dovere di informazione non è solo regolato nella normativa contrattuale dei consumatori, ma è anche incarnato e delimitato nella disciplina della concorrenza sleale, ciò che richiede un'interpretazione sistematica che ne permetta la sua integrazione e completamento.

La stretta relazione tra il divieto di atti e omissioni ingannevoli e il regime dei vizi del consenso non può essere qui ignorata. Soprattutto, per quanto riguarda la regolamentazione dei vizi del consenso il cui scopo è quello di proteggere la libertà di conoscenza (errore e dolo), poiché sia la normativa concorrenziale che le regole contrattuali cercano di proteggere l'autonomia privata delle parti contraenti, in questo caso, i consumatori. Tuttavia, non è possibile stabilire una corrispondenza totale tra questi regimi, nel senso che qualsiasi pratica ingannevole, per azione o omissione, dà luogo all'annullabilità del contratto per vizi del consenso. Questo perché gli interessi tutelati dalle due normative non sono del tutto coincidenti (più incentrati sulla garanzia di un ordine concorrenziale non distorto nella disciplina della concorrenza sleale e più centrati sugli interessi dei contraenti nel regime contrattuale), a causa del loro diverso ambito di applicazione (più ampio nel caso della normativa della slealtà concorrenziale, che si estende a tutte le fasi della contrattazione e non solo alla formazione del consenso contrattuale), dal diverso approccio richiesto per l'analisi e la valutazione delle circostanze che circondano la fattispecie (più specifico nel regime dei vizi del consenso), e dai diversi parametri che determinano l'illiceità della condotta (più severi nei casi di errore e dolo).

Ciò nonostante, questo non impedisce che il diritto della concorrenza serva a interpretare e integrare il regime dei vizi del consenso in alcuni aspetti. Se il rilascio del consenso libero e informato richiede il concorso di informazioni veritiere e sufficienti che non ingannino la controparte e il professionista è obbligato a fornire queste informazioni in tali condizioni, l'esistenza di una pratica sleale dovuta all'inganno o all'omissione di informazioni rilevanti può servire a provare il carattere essenziale dell'errore o la sua scusabilità, così come a dimostrare l'esistenza di un raggiri, la sua causalità e/o la sua gravità.

Undicesima: Con l'instaurazione del divieto delle pratiche aggressive, il legislatore, sia a livello comunitario che nazionale, cerca di porre fine a comportamenti e condotte commerciali che mirano a intimidire o costringere i clienti a prendere decisioni sul loro comportamento economico. Questo stabilisce una norma di condotta per i professionisti che consiste nell'evitare pratiche che mettano i clienti e, in particolare, i consumatori in situazioni di coercizione, intimidazione, minaccia o pressione volte a impedire loro di prendere decisioni di mercato completamente libere. Il professionista, quindi, deve essere guidato da questo modello di comportamento basato sul rispetto di una sfera libera da interferenze indebite che permette la formazione di preferenze e decisioni sul comportamento economico con piena libertà di scelta. E questo modello di comportamento deve essere esteso non solo alle relazioni di mercato, ma anche alla sfera contrattuale, raggiungendo tutte le fasi della contrattazione. Così, il suddetto modello di comportamento dovrebbe servire a integrare le norme contrattuali in quegli aspetti legati all'autonomia privata del consumatore o all'imposizione di ostacoli onerosi all'esercizio dei suoi diritti legali o contrattuali.

Allo stesso modo, non si può trascurare lo stretto legame che esiste tra il divieto delle pratiche aggressive e il regime dei vizi del consenso. In particolare, per quanto riguarda quei vizi della volontà contrattuale volti a salvaguardare la libertà di contrattare o, se si preferisce, la libertà di volere delle parti contraenti (violenza o intimidazione). Come abbiamo sottolineato sopra e per le stesse ragioni, non è possibile stabilire un parallelismo completo tra questi regimi. Tuttavia, questo non deve essere un impedimento perché i diversi elementi di giudizio che, dalla disciplina concorrenziale, sono forniti al fine di valutare l'esistenza di una pratica aggressiva, possono essere utilizzati per integrare e interpretare i presupposti della violenza e dell'intimidazione. In questo senso, le circostanze che devono essere prese in considerazione per classificare una pratica commerciale come aggressiva, previste dall'art. 8.2 LCD, possono essere particolarmente utili per determinare se la forza che richiede la violenza è

irresistibile o no. E, ugualmente, la dichiarazione di slealtà di una pratica commerciale come aggressiva può servire a presumere alcuni dei requisiti dell'intimidazione, come è il caso della minaccia nell'ipotesi di una pratica aggressiva per coercizione.

Dodicesima: La DPCD lascia agli Stati membri un certo grado di libertà per quanto riguarda i mezzi e le sanzioni applicabili in caso di inadempimento delle disposizioni nazionali che recepiscono le sue norme, senza precisare la natura pubblica o privata dei mezzi e delle procedure né il sistema di sanzioni applicabili. In questo contesto, la DPCD indica alcuni rimedi che devono essere riconosciuti in ogni caso (cessazione *stricto sensu* e divieto della pratica) e altri che possono essere adottati facoltativamente (pubblicazione della decisione di cessazione e pubblicazione di una dichiarazione rettificativa). Tuttavia, questi rimedi non sono un catalogo chiuso. Invece, gli Stati membri possono incorporare altri rimedi che sono considerati adeguati ed efficaci per combattere le pratiche commerciali sleali.

Nell'ambito di questi altri rimedi, si possono includere azioni individuali volte a fornire rimedi contrattuali ai consumatori che abbiano concluso una transazione commerciale a causa di pratiche commerciali sleali. A questo proposito, l'art. 3.2 DPCD si limita ad affermare che "(1) la presente direttiva non pregiudica l'applicazione del diritto contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità o efficacia di un contratto". Sembra che da questa disposizione si possa dedurre che gli Stati membri non sono obbligati a fornire ai consumatori colpiti da pratiche commerciali sleali azioni private volte a invalidare il contratto risultante. Ciò non significa, tuttavia, che siano impediti dallo stabilire tali azioni. Piuttosto, gli Stati membri sono liberi di determinare l'impatto delle pratiche commerciali sleali sulla validità, la formazione o gli effetti dei contratti, poiché la direttiva non armonizza il diritto nazionale.

Facendo uso di questa libertà, alcuni Stati membri hanno optato per introdurre azioni individuali per i consumatori che stipulano contratti colpiti da pratiche commerciali sleali, prevedendo conseguenze contrattuali specifiche per tali pratiche illegali dal punto di vista della concorrenza. Altri, invece, non hanno previsto azioni individuali, ciò che obbliga ai consumatori a ricorrere ai rimedi previsti dalla legislazione specifica dei consumatori o dal diritto generale dei contratti.

Tredicesima: Tra i diversi sistemi di repressione delle pratiche commerciali sleali proposti dalla DPCD, il legislatore spagnolo ha optato per la creazione di un sistema misto, che combina canali pubblici e privati. Il sistema di

applicazione giuridico pubblico si basa su una procedura sanzionatoria amministrativa davanti alle autorità competenti in materia di consumo, che porta all'imposizione di sanzioni amministrative consistenti principalmente in multe. Il sistema giuridico privato, invece, si articola in procedimenti giudiziari attraverso l'esercizio di azioni di concorrenza sleale. A tal fine, la LCD include un catalogo di azioni in cui sono previsti sei canali procedurali specifici. In particolare, l'azione per dichiarare la slealtà; l'azione per far cessare il comportamento sleale o per vietare la sua futura ripetizione; l'azione per rimuovere gli effetti prodotti da tale comportamento; l'azione per rettificare le informazioni ingannevoli, errate o false; l'azione di risarcimento del danno; e, infine, l'azione di arricchimento senza causa. Questo catalogo, tuttavia, non comprende azioni individuali specifiche volte a proteggere i consumatori che hanno contratto sotto l'influenza di pratiche commerciali sleali. Così, il contratto stipulato dal consumatore colpito da una pratica commerciale sleale non può essere attaccato attraverso i canali della LCD, ma attraverso le azioni contrattuali previste dal diritto dei consumatori o dal diritto contrattuale generale.

Quattordicesima: La mancanza di riconoscimento dei rimedi contrattuali direttamente legati alle pratiche commerciali sleali nella nostra disciplina della concorrenza sleale ha portato alcuni autori a chiedere un maggiore coordinamento tra questa disciplina e il diritto contrattuale. A tal fine, si sono basati su diversi argomenti, tra i quali spiccano i seguenti: l'estensione delle norme che reprimono la concorrenza sleale a tutte le pratiche precedenti, contemporanee e successive alla conclusione del contratto; la coincidenza dell'interesse giuridico protetto da entrambe le discipline (la libera decisione contrattuale del consumatore); l'idea dell'unità del sistema giuridico; e il riconoscimento giuridico che alcune infrazioni della LGP hanno conseguenze nel campo degli affari che non possono essere trascurate nel loro trattamento giuridico (art. 6.1 LGP).

Sulla base di quanto sopra, questi autori hanno proposto l'opportunità o la convenienza che nei casi di contratti colpiti da pratiche commerciali sleali, si stabilisca una presunzione, che può essere confutata dal professionista, che il contratto sia stato viziato; o che si possa considerare provata l'esistenza di un vizio di consenso, lasciando alla parte interessata di provare i requisiti applicabili. Queste soluzioni sono state proposte anche dalla dottrina italiana. Tuttavia, a nostro parere, non sono del tutto soddisfacenti. Soprattutto, perché il regime delle pratiche commerciali sleali copre uno spettro più ampio di quello dei vizi del consenso (riferito solo alla fase di formazione del consenso

contrattuale) e contempla comportamenti e condotte che difficilmente potrebbero incidere sul consenso contrattuale.

Quindicesima: Nel diritto comparato, è possibile notare l'articolazione di diversi meccanismi giuridici volti a fornire rimedi contrattuali alle parti contraenti che hanno concluso un'operazione commerciale a causa di pratiche commerciali sleali. Tuttavia, le soluzioni adottate dai diversi legislatori nazionali sono state eterogenee, non solo per quanto riguarda il rimedio contrattuale scelto, ma anche rispetto al tipo di pratiche sleali a cui il rimedio è stato collegato.

L'ordinamento giuridico tedesco, in seguito alla modifica della UWG nel 1909, ha optato per un diritto di recesso per coloro che hanno stipulato un contratto influenzato dalla pubblicità ingannevole (§ 13a). Tuttavia, le numerose carenze e le imprecisioni tecniche della disposizione hanno portato alla sua abrogazione.

Altri legislatori nazionali, come quello polacco, portoghese, lussemburghese e olandese, hanno optato per il rimedio della annullabilità del contratto derivante da una pratica commerciale sleale nei confronti dei consumatori. Tuttavia, ogni sistema nazionale ha le sue particolarità. Nel diritto polacco, il consumatore è tenuto a provare il dolo o la colpa del professionista e l'esistenza di un danno reale ed effettivo, ciò che rende difficile l'efficacia della misura. In Portogallo, l'annullabilità del contratto segue il regime generale previsto dal Codice civile ed è accompagnato da altre misure contrattuali come la modifica del contratto "secondo giudizi di equità" o l'annullabilità parziale del contratto (limitato alle clausole contrattuali colpite dalla pratica sleale). In Lussemburgo, oltre alla possibilità di chiedere l'annullabilità delle clausole contrattuali colpite da pratiche commerciali sleali, è previsto un rimedio contrattuale specifico per le pratiche sleali consistenti in false promesse di premi, simile a quello previsto a livello comunitario per le forniture non richieste. La legge olandese opta anche per l'annullabilità del contratto risultante da una pratica commerciale sleale in termini simili a quelli previsti per i vizi del consenso.

Il legislatore francese, invece, ha stabilito la nullità di pieno diritto come rimedio contrattuale specifico per combattere le pratiche aggressive. Ciò nonostante, i consumatori che concludono contratti colpiti da pratiche ingannevoli non hanno questo rimedio a loro disposizione, ma devono ricorrere al regime dei vizi del consenso.

In Belgica si ha optato per una soluzione *sui generis*, secondo la quale il consumatore che ha concluso un contratto colpito da certi tipi di pratiche sleali specificamente tipizzate nella norma ha il diritto di chiedere il rimborso del prezzo o di rifiutare di pagare il prezzo senza essere obbligato a restituire il bene oggetto del contratto. Nei casi non coperti dalla regola, il consumatore può rivolgersi ai tribunali chi decideranno se applicare questo rimedio, se non applicarlo, o se concedere una riduzione del prezzo o un rimborso con restituzione del bene.

Infine, l'ordinamento giuridico inglese stabilisce una serie di rimedi contrattuali per i consumatori che contrattano sotto l'influenza di una pratica commerciale sleale, che consistono nel diritto a rescindere il contratto (*right to unwind*) o a richiedere una riduzione del prezzo (*right to a discount*) e, in ogni caso, a chiedere il risarcimento dei danni. Tuttavia, questi rimedi negoziali individuali sono disponibili solo quando il consumatore ha contrattato colpito da pratiche ingannevoli o aggressive, ma non nei casi di omissioni ingannevoli.

Sedicesima: Uno dei principali problemi sorti nell'ambito della DPCD è la mancanza di riconoscimento di rimedi individuali a favore dei consumatori colpiti da pratiche commerciali sleali. E, particolarmente, per quanto riguarda le conseguenze contrattuali delle infrazioni della DPCD. La direttiva (UE) 2019/2161 cerca di affrontare questa situazione introducendo un nuovo articolo 11 bis intitolato "Rimedi" nella DPCD. In questa direzione, la DPCD impone agli Stati membri l'obbligo di fornire ai consumatori colpiti da pratiche commerciali sleali "rimedi proporzionati ed effettivi, compresi il risarcimento del danno subito dal consumatore e, se pertinente, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto".

L'obiettivo di questo provvedimento è quindi quello di fornire ai consumatori una serie di rimedi individuali per facilitare la rimozione degli effetti contrattuali delle pratiche commerciali sleali che danneggiano i loro interessi economici, così come il risarcimento del danno causato. La sua finalità è quella di migliorare il loro livello di protezione e di rendere la DPCD più efficace stabilendo nuovi meccanismi legali per trattare le sue infrazioni. In questo contesto, il legislatore comunitario regola la materia articolando un insieme di rimedi individuali sulla falsariga della soluzione adottata nel sistema giuridico inglese. Tuttavia, dalla lettura del nuovo art. 11 bis DPCD, due questioni dovrebbero essere evidenziate.

Da una parte, il fatto che il legislatore comunitario si limiti a individuare il risultato che gli Stati membri devono garantire, lasciando a quelli la scelta dei

meccanismi giuridici specifici attraverso i quali raggiungerlo. In questo modo, spetterà ai diversi legislatori nazionali specificare la sanzione contrattuale che meglio si adatta alla situazione di fatto nel quadro del loro sistema giuridico privato. Tuttavia, siamo del parere che i rimedi contrattuali per l'inadempimento del contratto sono quelli che meglio si adattano ai dettami del DPCD.

D'altra parte, la natura minima dell'armonizzazione introdotta dalla direttiva (UE) 2019/2161. Ciò implica, da un lato, che i singoli Stati membri sono liberi di prevedere altri rimedi individuali volti a rimuovere gli effetti delle pratiche commerciali sleali. A tal fine, la direttiva (UE) 2019/2161 si riferisce, come esempio, alla possibilità di prevedere la riparazione o la sostituzione del prodotto. Ma questo deve essere completato dalla libertà che l'art. 3.2 DPCD continua a concedere agli Stati membri di determinare l'impatto delle pratiche commerciali sleali sulla validità, formazione o effetti dei contratti, con la conseguente possibilità di regolare, oltre alle misure previste dal nuovo art. 11 bis DPCD, altre conseguenze contrattuali, come la nullità o l'annullabilità. D'altro lato, lascia ai legislatori nazionali il compito di determinare "le condizioni per l'applicazione e gli effetti" dei rimedi individuali. Quindi, tra altre questioni, devono decidere come recepire la direttiva; definire se l'azione di risarcimento ha natura extracontrattuale o contrattuale (dato che la sua qualificazione come extracontrattuale, come previsto dalla proposta, scompare dal testo finale della direttiva) e, in caso affermativo, in quali casi ha l'una o l'altra natura; se i rimedi della riduzione del prezzo e della risoluzione del contratto si configurano alternativamente a scelta del consumatore o se sono rimedi che rispondono a diversi casi di slealtà; se è stabilito un sistema più o meno obiettivo di graduazione della riduzione del prezzo o se è a discrezione dell'organo competente; contro chi può essere chiesto il risarcimento dei danni, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto nel caso in cui la pratica commerciale sleale provenga da un terzo (per esempio il produttore) al di fuori del rapporto contrattuale; i casi in cui è opportuna la risoluzione contrattuale; o cosa succede alle prestazioni ricevute in caso di risoluzione del contratto.

Diciassettesima: Una delle conseguenze più importanti dell'introduzione del nuovo art. 11 bis nella DPCD è l'attribuzione delle conseguenze contrattuali alle pratiche commerciali sleali. Si tratta quindi di una misura che approfondisce il processo di permeabilità tra il diritto contrattuale e il diritto della concorrenza sleale. Con questa nuova misura, si dà nuova rilevanza a quel modello di comportamento corretto che la disciplina della concorrenza sleale impone ai professionisti nei loro rapporti con i consumatori e che è applicabile in tutte le diverse fasi del processo contrattuale.

Dalla formulazione letterale del nuovo art. 11 bis DPCD, dalla sua ubicazione sistematica e dalle finalità perseguite con la sua introduzione, sembra emergere chiaramente che il legislatore comunitario riconosce che questo modello di comportamento richiesto ai professionisti sotto la disciplina della concorrenza sleale si trasforma in un'obbligazione derivante dal contratto quando si instaura un rapporto contrattuale tra professionista e consumatore. La disciplina della concorrenza sleale impone ai professionisti di comportarsi in modo leale nelle loro relazioni di mercato con i consumatori, al fine di proteggere la loro autonomia decisionale e contrattuale. Ma quando professionista e consumatore sono giuridicamente legati da un contratto, questo obbligo di comportarsi in modo leale trascende al quadro della relazione contrattuale e diventa un obbligo aggiuntivo del contratto. Una volta stabilita la relazione contrattuale, la mancanza di correttezza da parte del commerciante fa scattare delle conseguenze che permettono al consumatore di recedere dal contratto o, almeno, di vedere ridotto l'importo del prezzo pagato come compensazione per la perdita economica derivante dalla mancanza di correttezza. Questo rende le pratiche commerciali sleali con i consumatori una specie *d'ipotesi di non conformità del contratto con la condotta corretta del professionista*.

Riteniamo quindi che il riconoscimento di questi rimedi negoziali per i consumatori che contrattano colpiti da pratiche commerciali sleali si basa sulla trasgressione del principio di buona fede che deve ispirare il processo contrattuale in ogni momento. Con questo regolamento, il legislatore comunitario sembra integrare la buona fede contrattuale e quella concorrenziale attraverso un trasferimento di contenuto dalla seconda alla prima. In questo modo, l'art. 11 bis DPCD verrebbe a determinare le conseguenze che, secondo la buona fede contrattuale, derivano da un contratto specifico, utilizzando a tal fine i criteri che emanano dalla disciplina della concorrenza sleale.

Diciottesima: Al fine di recepire i dettami della direttiva (UE) 2019/2161, la Direzione Generale del Consumo ha predisposto un progetto preliminare di legge che modifica il TRLGDCU, per il miglioramento e la modernizzazione delle norme comunitarie a tutela dei consumatori e del regime sanzionatorio dei consumatori. Tra le altre misure, questo testo propone l'introduzione di un nuovo articolo 20 bis intitolato "Misure correttive in conseguenza di pratiche commerciali sleali a disposizione dei consumatori e degli utenti che sono stati danneggiati". Questa disposizione, strutturata in quattro sezioni, ha il seguente contenuto: 1) prescrive il carattere irrefutabile dell'accertamento in una decisione definitiva della slealtà di una pratica commerciale per esercitare le azioni previste

negli appartati 1 a 4 dell'art. 32 LCD; 2) stabilisce la responsabilità solidale per i danni di tutti coloro che hanno commesso congiuntamente l'infrazione; 3) dà al consumatore la possibilità di risolvere il contratto con un risarcimento minimo del venti per cento del prezzo contrattuale, in caso di infrazioni gravi o molto gravi, o di chiedere una riduzione del prezzo del dieci per cento se sono lievi; e, infine, 4) impedisce che l'esistenza di una pratica commerciale sleale sia usata contro gli interessi dei consumatori.

Vista la formulazione di questo nuovo art. 20 bis TRLGDCU e la sua ubicazione sistematica, possiamo solo evidenziare le sue importanti carenze tecniche e la sua incoerenza dal punto di vista sistematico, funzionale e operativo. A nostro parere, questo precetto merita una critica severa.

In primo luogo, riteniamo che la ubicazione sistematica delle singole misure correttive regolamentate nel nuovo art. 11 bis DPCD dovrebbe essere la LCD e non il TRLGDCU. Questa sarebbe l'opzione più corretta dal punto di vista sostanziale, sistematico, teleologico e procedurale. Inoltre, siamo del parere che queste misure dovrebbero essere incorporate nella nostra LCD nel quadro delle azioni di rimozione o come una misura specifica volta a rimuovere gli effetti contrattuali delle pratiche commerciali sleali.

In secondo luogo, attira estremamente l'attenzione il fatto che il progetto preliminare di legge colleghi i rimedi individuali messe a disposizione dei consumatori colpiti da pratiche commerciali sleali con le infrazioni amministrative in materia di consumo. A nostro parere, questa opzione è totalmente sconsigliata, poiché non riesce a cogliere lo spirito e lo scopo della modifica apportata alla DPCD. Questi rimedi individuali dovrebbero essere legati alla infrazione delle disposizioni della DPCD (e, quindi, della LCD) che danneggiano gli interessi dei consumatori. Queste misure fanno parte dei mezzi adeguati ed efficaci per combattere le pratiche commerciali sleali contro i consumatori.

In terzo luogo, il riconoscimento del carattere irrefutabile dell'accertamento di un'infrazione per l'uso di pratiche sleali contro i consumatori in una decisione definitiva di un'autorità o di un tribunale competente ai fini dell'esercizio delle azioni previste negli appartati 1 a 4 dell'articolo 32 LCD è una misura con gravi lacune tecniche, che manca di ragion d'essere, rompe con il funzionamento della disciplina della concorrenza sleale e mette in pericolo l'indipendenza del potere giudiziario.

In quarto luogo, lo stabilimento del carattere solidale della responsabilità per i danni causati dall'infrazione consistente nell'uso di pratiche commerciali sleali, oltre a risolvere poco dal punto di vista del diritto privato, è insufficiente. Questo perché non risolve il problema delle conseguenze contrattuali che corrispondono al professionista colpevole quando quest'ultimo è diverso dal professionista che contratta con il consumatore danneggiato dalla pratica commerciale posta in essere dal primo.

E, in quinto luogo, l'appartato 3 del progettato art. 20 bis TRLGDCU, che contiene la maggior parte del regime dei rimedi individuali, si distingue per la frugalità della sua regolamentazione, non riuscendo a risolvere molti dei problemi posti dall'incorporazione di queste misure correttive. Da un lato, le sue ipotesi di applicazione sono definite in termini amministrativo-consumistici e lasciano più ombre che luci per quanto riguarda la delimitazione dei requisiti di applicazione. D'altro lato, per quanto riguarda il contenuto delle misure correttive, il progetto preliminare non concretizza adeguatamente i requisiti del nuovo articolo 11 bis del DPCD, allontanandosi così dallo spirito del legislatore comunitario nella sua delimitazione e nella determinazione di suoi effetti.

Di conseguenza, non possiamo che evidenziare che il progetto preliminare di legge non incorpora correttamente i dettami comunitari e che ha agito in modo affrettato e frettoloso nell'incorporazione della direttiva (UE) 2019/2161, ciò che non si sposa bene con una materia che, colpendo il nervo del nostro sistema giuridico ed economico, è così delicata, complessa e sensibile.

Diciannovesima: Il contenuto di gran parte di questo progetto preliminare di legge è stato incorporato legislativamente nel Real Decreto-ley 24/2021, del 2 novembre. Questo Real Decreto-ley mantiene l'art. 20 bis TRLGDCU con un titolo identico a quello del progetto preliminare, ma con un'importante modifica per quanto riguarda il suo contenuto. Ci riferiamo all'eliminazione di quello che era il paragrafo 3 nella versione del progetto preliminare. Il risultato è chiaro: il nuovo art. 20 bis TRLGDCU non regola il sistema di rimedi individuali da fornire ai consumatori colpiti da pratiche commerciali sleali, e questa regolamentazione non è inclusa in nessun'altra disposizione del Real Decreto-ley 24/2021. Così, il legislatore nazionale ha lasciato il mandato comunitario contenuto nell'art. 11 bis DPCD senza incorporarlo nel diritto spagnolo. Ma, inoltre, introduce un nuovo art. 20 bis nel TRLGDCU, il cui titolo non corrisponde al suo contenuto.

Dobbiamo quindi esprimere la nostra perplessità e la nostra delusione per la condotta del legislatore nazionale formulata (per il momento) nel Real

Decreto-ley 24/2021. In realtà, il nostro rimprovero al legislatore nel senso indicato è duplice. Da un lato, per aver affrontato questo tema (e molti altri) in modo frettoloso e sbrigativo, al solo scopo di evitare le sanzioni derivanti dal mancato recepimento dei mandati comunitari. D'altra parte (e probabilmente a causa della complessità intrinseca della questione qui affrontata), per aver finalmente scelto di non recepire nell'ordinamento spagnolo il sistema di rimedi contrattuali contro le pratiche commerciali sleali contenuto nella direttiva (UE) 2019/2161.

Non perdiamo la speranza che il legislatore corregga presto la situazione e affronti questo problema. Tuttavia, non solo con l'obiettivo di conformarsi ai dettami dell'Unione Europea, ma con la ferma intenzione di fornire ai consumatori meccanismi contrattuali utili, efficaci e sistematicamente ordinati per costruire un regime di protezione dei loro interessi economici che garantisca loro una protezione completa e integrata in ambito competitivo e contrattuale.

Ciononostante, mentre questo compito viene intrapreso, riteniamo che il ricorso all'azione di rimozione prevista nel LCD possa diventare un abile veicolo per eliminare gli effetti contrattuali derivati dalle pratiche commerciali sleali con i consumatori. Il principio dell'interpretazione del diritto nazionale in conformità con le direttive comunitarie sarebbe il rivitalizzatore di questa azione. Il riconoscimento di questi rimedi contrattuali nella direttiva (UE) 2019/2161 e il suo mancato recepimento nel nostro ordinamento permetterebbe di ricorrere a questa azione per ottenere il risultato voluto dal nuovo art. 11 bis DPCD.

Ventesima: Alla luce di quanto sopra e, soprattutto, del contesto legislativo e dello spirito della direttiva (UE) 2019/2161, nonché dello scopo e della ubicazione sistematica del nuovo art. 11 bis DPCD, riteniamo che l'incorporazione di rimedi individuali a favore dei consumatori colpiti da pratiche commerciali sleali debba essere inserita nel nostro ordinamento giuridico attraverso una riforma della LCD. E, in particolare, attraverso l'aggiunta di una nuova clausola nella disposizione che regola l'azione di rimozione degli effetti dannosi degli atti di concorrenza sleale, che regola le varie ipotesi applicabili e la portata di questi rimedi individuali.

Per quanto riguarda i presupposti per i rimedi contrattuali, siamo del parere che l'applicazione di queste misure dovrebbe essere subordinata all'adempimento di un triplice requisito: 1) la constatazione dell'esistenza di una pratica commerciale sleale; 2) la conclusione di un contratto; e 3) che la pratica commerciale sleale possa aver influenzato la conclusione di un contratto o influito sulla sua esecuzione. In questo modo, il consumatore che è stato colpito

da una pratica commerciale sleale potrà accedere ai rimedi senza la necessità di provare un rapporto di causalità tra la pratica commerciale sleale e la conclusione indesiderata o l'esecuzione difettosa del contratto. Invece, l'onere della prova che la pratica commerciale sleale in questione non è in grado in astratto di influenzare la libertà di scelta e la libertà privata del consumatore sarebbe a carico del professionista. Questo si traduce in una maggiore efficacia dei rimedi contrattuali.

Rispetto al contenuto dei rimedi contrattuali, riteniamo che il nuovo regolamento dovrebbe permettere al consumatore di scegliere la misura concreta che meglio risponde ai suoi interessi. Di conseguenza, il consumatore potrà chiedere la rescissione del contratto se si tratta di un contratto indesiderato o una riduzione del prezzo se preferisce mantenere gli effetti del contratto.

Inoltre, sarebbe anche opportuno stabilire una regolamentazione della portata della risoluzione del contratto e dei suoi effetti, così come un'eccezione alla sua applicazione quando l'oggetto del contratto non può essere restituito al professionista.

In merito alla riduzione del prezzo, crediamo che sarebbe opportuno stabilire una scala di riduzioni a seconda della gravità della pratica, dei suoi effetti nocivi, del grado di diligenza impiegato dal professionista e delle altre circostanze del caso.

Altresì, opiniamo che sarebbe necessario regolare il caso in cui la pratica commerciale sleale sia realizzata da un terzo al di fuori della relazione contrattuale che è conseguenza di tale pratica, stabilendo la portata della sua responsabilità e i possibili mezzi di reclamo da parte del professionista che contratta con il consumatore.

A nostro parere, dovrebbe essere possibile per i consumatori richiedere queste misure direttamente al professionista con cui hanno concluso il contratto influenzato dalla pratica sleale, attraverso una semplice comunicazione che descriva dettagliatamente la pratica in questione e fornisca la prova del contratto. In questo modo, i consumatori avranno un modo più rapido ed efficace per far eliminare gli effetti contrattuali derivati da pratiche commerciali la cui slealtà è dichiarata giudizialmente, sia su richiesta dei consumatori stessi, che di associazioni che difendono i loro interessi o anche di altri concorrenti. Nel caso in cui il professionista non accetti di soddisfare l'interesse del consumatore, quest'ultimo dovrebbe continuare ad avere la possibilità di portare tali azioni in tribunale.

Infine, per quanto riguarda l'azione di risarcimento del danno, proponiamo la delimitazione della sua natura contrattuale o extracontrattuale, così come la sua previsione per tutti i casi in cui il consumatore sia stato colpito da una pratica commerciale sleale e non solo quelli in cui si richiede la risoluzione del contratto. Inoltre, nei casi in cui vengono concesse rimedi contrattuali, crediamo che sarebbe utile stimare un importo minimo di compensazione. Tuttavia, sarebbe conveniente permettere che l'importo sia più alto o più basso (anche zero) se il consumatore prova un danno maggiore o se il professionista prova che il danno è inferiore o nullo. In questo modo, il rimedio di compensazione rispetterebbe la proporzionalità e l'efficacia richieste dal testo comunitario.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (Coord. JEREZ DELGADO, C.), *Principios, definiciones y reglas de un Derecho civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, Madrid, BOE, 2015.
- ACOSTA MÉRIDA, M. P., “Protección del consumidor en la fase precontractual”, en AA.VV. (Coord. YZQUIERDO TOLSADA, M.), *Derecho del Consumo*, Mataró, Cálamo, 2005, p. 65 y ss.
- AGÜERO ORTIZ, A., “El consumidor como inversor de alto riesgo: la impugnación por vicios del consentimiento de los contratos de adquisición de participaciones preferentes y swaps, una opción sólo al alcance de algunos”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8, 2013, p. 446 y ss.
- ALBADALEJO, M., *Derecho civil I. Introducción y parte general*, vol. II, 15ª ed., Barcelona, Bosch, 2002.
- ALBIEZ DOHRMANN, K. J., “Mercado interior, contrato y derecho de la competencia”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 5, 2006, p. 101 y ss.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, Civitas, 1991.
- “Protección de los consumidores y Derecho de los contratos”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. XLVII, fasc. II, 1994, p. 306 y ss.
 - “Cláusulas predisuestas que describen el objeto principal del contrato”, en *Almacén de Derecho*, 21 de marzo de 2017 (disponible en www.almacenederecho.org, consultado el 19/05/2021).
- ÁLVAREZ LATA, N., “Información al consumidor, prácticas comerciales y publicidad”, en BUSTO LAGO, J. M., ÁLVAREZ LATA, N. y PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones de consumo*, Cizur Menor, Aranzadi, 4ª ed., 2020, p. 149 y ss.
- “Invalidez e ineficacia de los contratos de consumo”, en BUSTO LAGO, J. M., ÁLVAREZ LATA, N. y PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones de consumo*, Cizur Menor, Aranzadi, 4ª ed., 2020, p. 327 y ss.
 - “Aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio”, en BUSTO LAGO, J. M., ÁLVAREZ LATA, N. y PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones de consumo*, Cizur Menor, Aranzadi, 4ª ed., 2020, p. 1911 y ss.
- ANCEL, P. y POILLOT, E., “La vulnérabilité économique”, en *Annales du droit luxembourgeois*, vol. 27-28, 2017-2018, p. 259 y ss.
- ASCARELLI, T., *Teoría de la competencia y de los bienes inmateriales*, traducción a cargo de VERDERA, E. y SUÁREZ-LLANOS, L., Barcelona, Bosch, 1970, p. 231.
- ASTONE, M., “Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo”, en *Europa e Diritto Privato*, I, 2014, p. 1 y ss.
- ARPIO SANTACRUZ, J., “Artículo 19. Prácticas comerciales desleales con los consumidores”, en AA.VV. (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.),

- Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 517 y ss.
- ARROYO APARICIO, A., “Artículo 8. Prácticas agresivas”, en AA.VV. (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 197 y ss.
- ARROYO I AMAYUELAS, E., “Los Principios del Derecho contractual comunitario”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. LXI, 2008, p. 211 y ss.
- “Prácticas comerciales desleales y Derecho de la competencia: «Prácticas agresivas» (delimitación y análisis de casos)”, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 21, 2017 (hemos consultado la versión en línea disponible en el portal de revistas Wolters Kluwer).
- AUGENHOFER, S., “Unfair Commercial Practices and Austrian Private Law”, en *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 2, 2016, p. 92 y ss.
- ÁVILA DE LA TORRE, A., “Artículo 26. Prácticas comerciales encubiertas”, en AA.VV. (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 733 y ss.
- AVILÉS GARCIA, J., “Las obligaciones de información tras la Ley 17/2009 de libre acceso a las actividades de servicios”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2010 (hemos consultado la versión en línea disponible en la base de datos Aranzadi Instituciones).
- “Usos y prácticas en la contratación de consumo después de la transposición de la normativa europea”, en *Revista Doctrinal Aranzadi*, vol. 2, núm. 5, 2014, p. 71 y ss.
- AYALA MUÑOZ, J. M., “Aspectos jurídico procesales del nuevo derecho de la de competencia desleal”, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 7, 2010, p. 119 y ss.
- BACHARACH DE VALERA, S., “Acciones derivadas de la competencia desleal (En torno al artículo 18 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal)”, en *Revista General de Derecho*, 1991, núm. 562-563, p. 6177 y ss.
- BALLUGERA GÓMEZ, C., “Prácticas abusivas, información, integración contractual y regla «contra proferentem»”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 14, 2007 (hemos consultado la versión en línea disponible en la base de datos Aranzadi Instituciones).
- BALOGH, V. y CSERES, K. J., “Institutional Design in Hungary: A Case Study of the Unfair Commercial Practices Directive”, en *Journal of Consumer Policy*, núm. 36, 2013, p. 343 y ss.
- BARONA VILAR, S., *Competencia desleal: tutela jurisdiccional -especialmente proceso civil- y extrajurisdiccional*, t. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.
- BASOZABAL ARRUE, X., “En torno a las obligaciones precontractuales de información”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. LXII, fasc. II, 2009, p. 647 y ss.
- “Los deberes precontractuales de información después del DCFR, la Directiva 2011/83 y la Propuesta CESL”, en AA.VV. (Dir. CÁMARA LAPUENTE, S.), *La*

revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores, Cizur Menor, Aranzadi, 2012, p. 181 y ss.

BEDNARZ, Z., “Acciones individuales a disposición de los consumidores perjudicados por prácticas comerciales desleales: perspectiva del derecho europeo comparado”, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 23, 2018 (hemos consultado la versión en línea disponible en el portal de revistas Wolters Kluwer).

– “Acciones individuales frente a la publicidad engañosa: ¿Necesidad de una solución europea?”, en AA.VV. (Dir. TATO PLAZA, A., COSTAS COMESAÑA, J., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. I. y TORRES PÉREZ, F. J.), *Nuevas tendencias en el Derecho de la competencia y de la propiedad industrial II*, Granada, Comares, 2019, p. 3 y ss.

BENEYTO PALLÁS, K., “Acciones, legitimación y prescripción en materia de competencia desleal”, en AA.VV. (Dir. BENEYTO PALLÁS, K.), *Actos de competencia desleal y su tratamiento procesal: un estudio práctico de la Ley de competencia desleal (LCD)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 271 y ss.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “La competencia desleal”, en *Derecho de los Negocios*, núm. 20, 1992, p. 1 y ss.

– “Nociones introductorias”, en AA.VV. (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 39 y ss.

– “Artículo 1. Finalidad”, en AA.VV. (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 73 y ss.

– “Artículo 2. Ámbito objetivo”, en AA.VV. (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 79 y ss.

– “Artículo 4. Cláusula general”, en AA.VV. (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 93 y ss.

– “Artículo 21. Prácticas engañosas sobre códigos de conducta u otros distintivos de calidad”, en AA.VV. (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 603 y ss.

– *Apuntes de Derecho Mercantil*, 21ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2020.

BERMÚDEZ BALLESTEROS, M. S., “La nueva regulación del derecho de desistimiento a la luz de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLGDCU”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9, 2014, p. 104 y ss.

BERROCAL LANZAROT, A. I., “Los deberes de información en la comercialización de productos de inversión. Las consecuencias de su incumplimiento”, en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núm. 12, 2018, p. 179 y ss.

BOSCH CAPDEVILA, E., “Estado de necesidad y consentimiento contractual: ¿Una reinterpretación de los conceptos de violencia e intimidación como vicios del

- consentimiento a la luz del derecho contractual europeo y comparado?”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 711, 2009, p. 57 y ss.
- BOTANA GARCÍA, G., “Los contratos a distancia y la protección de los consumidores”, en *Estudios sobre Consumo*, núm. 46, 1998, p. 58 y ss.
- “Derecho de desistimiento y otras fórmulas contractuales”, en *Diario La Ley*, núm. 7147, 2009, p. 1 y ss.
- BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, vol. II, 17ª ed., Madrid, Tecnos, 2010.
- BUITRAGO RUBIRA, J. R., “Artículo 23. Prácticas engañosas sobre la naturaleza y propiedades de los bienes o servicios, su disponibilidad y los servicios posventa”, en AA.VV. (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 685 y ss.
- BUSTO LAGO, J. M., “Artículo 19. Principio general y prácticas comerciales”, en AA.VV. (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, 2ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2015, p. 223 y ss.
- BUSTO LAGO, J. M. y PEÑA LÓPEZ, F., “Las estipulaciones contractuales predisuestas por el empresario en las relaciones de consumo: las condiciones generales de los contratos y las cláusulas abusivas”, en BUSTO LAGO, J. M., ÁLVAREZ LATA, N. y PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones de consumo*, Cizur Menor, Aranzadi, 4ª ed., 2020, p. 215 y ss.
- BUSTOS PUECHE, J. E., “Juicio crítico al pretendido Derecho de Consumo”, en *La Ley*, núm. 4, 1993, p. 966 y ss.
- CABALLERO LOZANO, J. M., “Eficacia contractual de la publicidad comercial en la jurisprudencia”, en *Actualidad Civil*, núm. 1, 1996, p. 293 y ss.
- CALAIS-AULOY, J., “La venta a domicilio y la venta por correo en el Derecho Francés”, en *Estudios sobre Consumo*, núm. 24, 1992, p. 46 y ss.
- CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario al art. 65 TRLGDCU”, en AA.VV. (Dir. CÁMARA LAPUENTE, S.), *Comentario a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007 y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2011, p. 579 y ss.
- “El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE 3 junio 2010 (*Caja Madrid*) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 2013, p. 98 y ss.
- CAMARDI, C., “La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul codice del consumo”, en *Jus Civile*, núm. 5, 2013, p. 305 y ss.
- CAMPUZANO, A. B., “Capítulo 6. La competencia desleal”, en CAMPUZANO, A. B., PALOMAR OLMEDA, A. y CALDERÓN, C., *Derecho de la competencia*, 2ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019, p. 411 y ss.

- CARBAJO CASCÓN, F., “Artículo 31. Otras prácticas agresivas”, en AA.VV. (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 817 y ss.
- CARRASCO PERERA, A., “Invalidez e ineficacia en los contratos con consumidores”, en AA.VV. (Coord. DELGADO ECHEVERRÍA, J.), *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Cizur Menor, Aranzadi, 2007, p. 163 y ss.
- “El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Ámbito de aplicación y alcance de la refundición”, en *Aranzadi Civil*, núm. 5, 2008, p. 2215 y ss.
 - “Modificación del régimen de competencia desleal y protección de consumidores en lo relativo a las prácticas comerciales desleales (Ley 29/2009)”, en *CESCO*, enero de 2010 (disponible en <http://centrodeestudiosdeconsumo.com>, consultado el 03/06/2021).
 - “Desarrollos futuros del Derecho de consumo en España, en el horizonte de la transposición de la Directiva de derechos de los consumidores”, en AA.VV. (Dir. CÁMARA LAPUENTE, S.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Cizur Menor, Aranzadi, 2012, p. 311 y ss.
 - “Un mapa de situación: Directivas de cláusulas abusivas, de prácticas desleales y de «derechos» de los consumidores”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 1, 2012, p. 80 y ss.
 - *Derecho de Contratos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017 (hemos consultado la versión en línea disponible en la base de datos Aranzadi Instituciones).
- CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARTÍNEZ ESPÍN, P., “Transposición de la Directiva comunitaria sobre venta y garantías de los bienes de consumo”, en *Estudios sobre consumo*, núm. 52, 2000, p. 125 y ss.
- CARRESI, F., *Il contratto*, t. 1, Milano, Giuffrè, 1987.
- CASADO NAVARRO, A., *El nombre comercial*, Madrid, Marcial Pons, 2020.
- CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, A., “Artículo 32 LCD. Acciones”, en AA.VV. (Dir. LEMA DEVESA, C.), *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores: régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29-2009*, L’Hospitalet de Llobregat, Bosch, 2012, p. 486 y ss.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, t. III, 10 ed., Madrid, Reus, 1967.
- CASTILLA BAREA, M., “La determinación de la «falta de conformidad» del bien con el contrato a tenor del art. 2 de la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo”, en *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, vol. XXI, 2003, p. 283 y ss.
- CERVERA MARTÍNEZ, M., “Acciones y legitimación ante un acto de competencia desleal”, en AA.VV. (Dir. GARCÍA-CRUCES, J. A.), *Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 1843 y ss.

- COLLADO-RODRÍGUEZ, N. y PEÑA LÓPEZ, F., “La protección del consumidor frente a la adquisición de bienes defectuosos o que no satisfagan sus legítimas expectativas económicas”, en BUSTO LAGO, J. M., ÁLVAREZ LATA, N. y PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones de consumo*, Cizur Menor, Aranzadi, 4^a ed., 2020, p. 851 y ss.
- COLLINS, H., “The Unfair Commercial Practices Directive”, en *European Review of Contract Law*, vol. 1, Iss. 4, 2005, p. 417 y ss.
- CORCHERO PÉREZ, M. A. y HERNÁNDEZ TORRES, A., “La protección de los consumidores y la radical transformación del Derecho español”, en *Diario La Ley*, núm. 6293-6294, 2005 (hemos consultado la versión en línea disponible en el portal de revistas Wolters Kluwer).
- COSTAS COMESAÑA, J., “El concepto de acto de competencia desleal”, en *Actas de Derecho Industrial*, t. 19, 1998, (hemos consultado la versión en línea disponible en el portal jurídico V-Lex).
- CUENCA GARCÍA, A., “Prácticas comerciales engañosas específicas para consumidores”, en AA.VV. (Dir. RUIZ PERIS, J. I.), *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal (Estudios sobre 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 mejora de la protección de los consumidores y usuarios)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 93 y ss.
- CUESTA GARCÍA DE LEONARDO, A., “El artículo 8 LGDCU en la jurisprudencia”, en *Aranzadi Civil*, núm. 2, 1996, p. 129 y ss.
- CURTO POLO, M. M., “Artículo 25. Prácticas engañosas por confusión”, en AA.VV. (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 721 y ss.
- DE CASTRO, F., “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La defensa del consumidor”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. XXXV, fasc. IV, 1982, p. 987 y ss.
- *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1991.
- DE CRISTOFARO, G., “Voce Pratiche commerciali scorrette”, en AA.VV., *Enciclopedia del Diritto*. Annali vol. V, Milano, Giuffrè, 2012, p. 1079 y ss.
- “Pratiche commerciali scorrette e responsabilità d’impresa”, en AA.VV. (Eds. ALPA, G. y CONTE, G.), *La responsabilità d’impresa*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 253 y ss.
- DE LA CUESTA RUTE, J. M., “Supuestos de competencia desleal por confusión, imitación y aprovechamiento de la reputación ajena”, en AA.VV. (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.), *La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991*, Madrid, BOE-Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1992, p. 35 y ss.
- DE SOVERAL MARTINS, A., “La transposición de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales (Directiva 2005/29/CE) en Portugal por el Decreto-Ley núm. 57/2008, de 26 de marzo”, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 6, 2010, p. 163 y ss.

- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “El dolo in contrahendo”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 16, 2006 (hemos consultado la versión en línea disponible en la base de datos Aranzadi Instituciones).
- DEL POZO CARRASCOSA, P., “Terminación, por causa distinta del no cumplimiento, mediante notificación”, en AA.VV. (Coords. VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILLA, E. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P.), *Derecho Europeo de contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, t. I., Barcelona, Atelier, 2012, p. 1447 y ss.
- DEVENNEY, J., “Private Redress Mechanisms in England and Wales for Unfair Commercial Practices”, en *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 2, 2016, p. 100 y ss.
- DÍAZ GÓMEZ, M. A., “Ámbito objetivo y subjetivo de la integración publicitaria prevista en el art. 61 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 2, 2008, p. 65 y ss.
- DIÉGUEZ OLIVA, R., “El derecho de desistimiento en el marco común de referencia”, en *InDret*, núm. 2, 2009, p. 1 y ss.
- DÍEZ BAJO, A., “Artículo 8 LCD. Prácticas agresivas”, en AA.VV. (Dir. LEMA DEVESA, C.), *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores: régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29-2009*, L’Hospitalet de Llobregat, Bosch, 2012, p. 205 y ss.
- DÍEZ ESTELLA, F., “Los nuevos actos de competencia desleal contra los consumidores en la Ley 29/09 de 30 de diciembre, especial referencia a las prácticas agresivas”, en AA.VV. (Dir. VIERA GONZÁLEZ, A. J. y ECHEBARRÍA SÁENZ, J. A.), *Distribución comercial y Derecho de la competencia*, Madrid, La Ley, 2011, p. 545 y ss.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, 5ª ed., Madrid, Civitas, 1996.
- “¿Una nueva doctrina general del contrato?”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. XLVI, fasc. IV, 1993, p. 1705 y ss.
 - “Contratos de consumo y derecho de contratos”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. LIX, fasc. I, 2006, p. 11 y ss.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, t. I, 10ª ed., Madrid, Tecnos, 2012.
- DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E. y MORALES MORENO, A. M., *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, Civitas, 2002.
- DUIVENVOORDE, B., “The Upcoming Changes in the Unfair Commercial Practices Directive: A Better Deal for Consumers?”, en *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 8, Iss. 6, 2019, p. 219 y ss.
- DUROVIC, M., “The Subtle Europeanization of Contract Law: The Case of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices”, en *European Review of Private Law*, núm. 5, 2015, p. 715 y ss.

- EGUSQUIZA, M. A., “Prácticas comerciales desleales e incidencia en la contratación de consumo: algunas cuestiones desde la perspectiva española”, en AA.VV. (Dir. PINTO MONTEIRO, A.), *Actas del Colóquio práticas comerciais desleais*, Coimbra, Centro de Direito do Consumo, 2017, p. 9 y ss.
- EIDENMÜLLER, H., FAUST, F., GRIGOLEIT, H. C., JANSEN, N., WAGNER, G y ZIMMERMANN, R., “Hacia una revisión del *acquis* de consumo”, en AA.VV. (Dir. CÁMARA LAPUENTE, S.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Cizur Menor, Aranzadi, 2012, p. 311 y ss.
- EMPARANZA SOBEJANO, A., “Artículo 2. Ámbito objetivo”, en AA.VV. (Dir. MARTÍNEZ SANZ, F.), *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid, Tecnos, 2009, p. 29 y ss.
- “Régimen jurídico de las prácticas comerciales con los consumidores y usuarios”, en *Revista de la Competencia y la Distribución*, núm. 7, 2010, p. 71 y ss.
 - “Las propuestas telefónicas o por correo electrónico no deseadas: un supuesto de práctica agresiva por acoso”, en *Actas de Derecho Industrial*, núm. 31, 2010-2011, p. 153 y ss.
 - “Competencia desleal y protección de los consumidores”, en AA.VV. (Dir. MIRANDA SERRANO, L. M. y COSTAS COMESAÑA, J.), *Derecho de la competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad*, Madrid, Marcial Pons, 2018, p. 95 y ss.
- ERÉSEÓ, N., “Pratiques commerciales trompeuses”, en *JurisClasseur Communication*, Fasc. 3480, 2019.
- FENOY PICÓN, N., “La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de diversos textos jurídicos”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. LXX, 2017, p. 473 y ss.
- FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y SALGADO ANDRÉ, E., “Actos de engaño y omisiones engañosas en la Ley de Competencia Desleal (análisis de los arts. 5 y 7 LCD)”, en *Actas de Derecho Industrial*, t. 30, 2009-2010, p. 226 y ss.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “Política y Derecho del consumo: reflexiones teóricas y análisis normativo”, en *Estudios sobre Consumo*, núm. 34, 1995, p. 23 y ss.
- FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., “La Directiva comunitaria sobre prácticas comerciales desleales”, en *Diario La Ley*, núm. 6408, 2006 (hemos consultado la versión en línea disponible en el portal de revistas Wolters Kluwer).
- FERNANDO MARGAZO, M. R., “Códigos de conducta”, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 7, 2010, p. 91 y ss.
- FONT GALÁN, J. I., “Competencia desleal y prácticas prohibidas en el marco de la Ley de prácticas restrictivas de la competencia”, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 146, 1977, p. 519 y ss.
- “¿Hacia un sistema jurídico mercantil de «faz completamente nueva»? La Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios un

- instrumento para la realización histórica de un Derecho Mercantil del Estado Social”, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 177, 1985, p. 381 y ss.
- *Constitución económica y Derecho de la competencia*, Madrid, Tecnos, 1987.
 - “La protección de los consumidores en el Derecho Privado: del viejo Derecho de los comerciantes al nuevo Derecho de los consumidores”, en AA.VV. (Coords. FONT GALÁN, J. I. y LÓPEZ MENUDO, F.), *Curso sobre el Nuevo Derecho del Consumidor*, Madrid, Instituto Nacional de Consumo, 1990, p. 14 y ss.
 - “El tratamiento jurídico de la publicidad en la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios”, en AA.VV. (Coords. FONT GALÁN, J. I. y LÓPEZ MENUDO, F.), *Curso sobre el Nuevo Derecho del Consumidor*, Madrid, Instituto Nacional de Consumo, 1990, p. 55 y ss.
 - “Publicidad comercial y contrato con consumidores. Conexiones funcionales y normativas: sustantivación obligacional e integración contractual de las ofertas promocionales y publicitarias”, en AA.VV. (Dir. REBOLLO, M. e IZQUIERDO, M.), *La defensa de los consumidores y usuarios (Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Madrid, Iustel, 2011, p. 1132 y ss.
- FONT GALÁN, J. I. y MIRANDA SERRANO, L. M., *Competencia desleal y antitrust. Sistema de ilícitos*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “El derecho de desistimiento”, en AA.VV. (Dir. REBOLLO, M. e IZQUIERDO, M.), *La defensa de los consumidores y usuarios (Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Madrid, Iustel, 2011, p. 1257 y ss.
- GARCÍA ABURUZA, M. P., “Prácticas comerciales desleales: ¿una sólida protección del consumidor?”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2009 (hemos consultado la versión en línea disponible en la base de datos Aranzadi Instituciones).
- GARCÍA PÉREZ, R., “Propuesta de Directiva sobre las prácticas comerciales desleales. Consideraciones críticas”, en *Actas de Derecho Industrial*, t. 24, 2003, p. 1207 y ss.
- *Ley de Competencia Desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2008.
 - “Consideraciones preliminares sobre la incidencia en la Ley de Competencia Desleal del Anteproyecto de Ley que incorpora la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales”, en *Diario La Ley*, núm. 7051, 2008, p. 4 y ss.
 - “Nuevo texto de la Ley de Competencia Desleal alemana (UWG). Traducción con anotaciones”, en *Actas de Derecho Industrial*, t. 29, 2008-2009, p. 699 y ss.
 - “La reforma contra el Derecho de la competencia desleal: ¿hacia el Derecho de la lealtad?”, en AA.VV. (Dir. GÓMEZ SEGADE, J. A. y GARCÍA VIDAL, A.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI, Libro homenaje a Fernández-Nóvoa*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 323 y ss.
 - “La diligencia profesional: un concepto clave del nuevo Derecho contra la competencia desleal”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña*, núm. 14, 2010, p. 23 y ss.

- GARCÍA VICENTE, J. R., “Artículo 1265”, en AA.VV. (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), *Comentarios al Código Civil*, t. VII, Valencia, Tirant lo blanch, 2013, p. 9093 y ss.
- GARCÍA VICENTE, J. R. y LÓPEZ MAZA, S., “Artículo 65. Integración del contrato”, en AA.VV. (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, 2ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2015, p. 904 y ss.
- GARCÍA VICENTE, J. R. y MINERO ALEJANDRE, G., “Artículo 68. Contenido y régimen del derecho de desistimiento”, en AA.VV. (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, 2ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2015, p. 975 y ss.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., “La protección de los consumidores en la CEE”, en *Estudios sobre Consumo*, núm. 17, 1990, p. 94 y ss.
- “Artículo 5. Actos de engaño”, en AA.VV. (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 119.
 - “Finalidad y ámbito de aplicación de la Ley de competencia desleal. La cláusula general de deslealtad competitiva”, en AA.VV. (Dir. GARCÍA-CRUCES, J. A.), *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 1091 y ss.
 - “La prohibición de los actos de engaño y omisiones engañosas”, en AA.VV. (Dir. GARCÍA-CRUCES, J. A.), *Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 1207 y ss.
- GERLACH, J. W., “La protección de los consumidores en el Derecho alemán”, en AA.VV. (Coords. FONT GALÁN, J. I. y LÓPEZ MENUDO, F.), *Curso sobre el Nuevo Derecho del Consumidor*, Madrid, Instituto Nacional de Consumo, 1990, p. 239 y ss.
- GHIDINI, G., “Competencia desleal: Desde la matriz corporativa a los intereses del mercado”, en GHIDINI, G., *Aspectos actuales del Derecho Industrial, Propiedad Intelectual y competencia*, traducción a cargo de MARTÍ MOYA, V., Granada, Comares, 2002, p. 103 y ss.
- GILIBERTI, L., “Il danno da pratica commerciale scorretta”, en AA.VV. (Dir. CENDON, P. y PONCIBÒ, C.), *Il risarcimento del danno al consumatore*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 377 y ss.
- GIMÉNEZ COSTA, A., “Principios generales, criterios de interpretación y reglas de aplicación”, en AA.VV. (Eds. VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILLA, E. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P.), *El derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos*, Barcelona, Atelier, 2015, p. 75 y ss.
- GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales de información*, Madrid, La Ley, 1994.

- GÓMEZ SEGADE, J. A., “La nueva cláusula general en la LCD”, en AA.VV. (Dir. GÓMEZ SEGADE, J. A. y GARCÍA VIDAL, A.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI, Libro homenaje a Fernández-Nóvoa*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 331 y ss.
- GONDRA ROMERO, J. M., *Derecho Mercantil*, t. I, vol. 1º, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 2000.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Artículo 80. Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente”, en AA.VV. (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, 2ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2015, p. 1028 y ss.
- “Artículo 82. Concepto de cláusulas abusivas”, en AA.VV. (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, 2ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2015, p. 1103 y ss.
- GONZÁLEZ PONS, E., “Prácticas comerciales desleales e *influencers*. Un nuevo reto para el Derecho de la competencia desleal”, en AA.VV. (Dir. TATO PLAZA, A., COSTAS COMESAÑA, J., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. I. y TORRES PÉREZ, F. J.), *Nuevas tendencias en el Derecho de la competencia y de la propiedad industrial II*, Granada, Comares, 2019, p. 51 y ss.
- *Prácticas agresivas y tutela del consumidor*, Madrid, AEBOE, 2019.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, L., “La Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales en materia de protección de los consumidores (entre el objetivo de una armonización total y el enfoque de plena armonización)”, en *Derecho de los Negocios*, núm. 181, 2005, p. 5 y ss.
- GRANELLI, C., “Pratiche commerciali scorrette e invalidità del contratto: il D.D.L. S1151 di revisione del Codice civile”, en *JUS. Rivista di Scienze giuridiche*, núm. 1, 2020, p. 179 y ss.
- GUALDE CAPÓ, P. y BORRÁS CEBRIÁN, P., “Artículo 18. Acciones”, en AA.VV. (Dir. MARTÍNEZ SANZ, F.), *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid, Tecnos, 2009, p. 305 y ss.
- GUFFANTI PESENTI, L., *Scorrettezza delle pratiche commerciali e rapporto di consumo*, Napoli, Jovene Editore, 2020.
- “Pratiche commerciali scorrette e invalidità del contratto nel D.D.L. delega N. 1151 del 2019”, en *JUS. Rivista di Scienze giuridiche*, núm. 1, 2020, p. 157 y ss.
- GUISADO MORENO, A., “Las normas de consumo y la quiebra de algunos principios clásicos del Derecho de contratos”, en AA.VV. (Dir. MIRANDA SERRANO, L. M.), *La protección de los consumidores en tiempos de cambio*, Madrid, Iustel, 2015, p. 109 y ss.
- HERRERA PETRUS, C., “Acciones frente a la competencia desleal”, en TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, 1ª ed., Madrid, La Ley, 2010, p. 345 y ss.

- IBÁÑEZ GARCÍA, I., “La transposición de Directivas europeas mediante Decreto-Ley (Severo rapapolvo del Consejo de Estado)”, en *Diario La Ley*, núm. 9977, 2021 (hemos consultado la versión en línea disponible en el portal de revistas Wolters Kluwer).
- IZQUIERDO CARRASCO, M., “Derecho a la información, formación y educación”, en AA.VV. (Dir. REBOLLO, M. e IZQUIERDO, M.), *La defensa de los consumidores y usuarios (Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Madrid, Iustel, 2011, p. 250 y ss.
- KOUTSIS, M. y WILLET, C., “UK Implementation of the Unfair Commercial Practices Directive”, en AA.VV. (Eds. VAN BOOM, W., GARDE, A. y AKSELL, O.), *The European Unfair Commercial Practices Directive. Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems*, London-New York, Routledge, 2016, p. 21 y ss.
- LA ROCCA, L., “Articolo 24. Pratiche commerciali aggressive”, en AA.VV. (Ed. CUFFARO, V.), *Codice del consumo*, 5ª ed., Milano, Giuffrè, 2019, p. 224 y ss.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, vol. 2, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 1987, p. 19.
- LARROSA AMANTE, M. A., *El derecho de desistimiento en la contratación de consumo*, Tesis Doctoral presentada en la Universidad de Murcia, 2015 (disponible en <https://digitum.um.es/digitum/>, consultado el 7 de mayo de 2020).
- LASARTE, C., *Principios de Derecho Civil III*, 21ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2019.
- *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 11ª ed., Madrid, Dykinson, 2019.
- LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., “El avance en la protección de la persona consumidora y usuaria ante las nuevas prácticas comerciales desleales”, en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 59, 2013, p. 85 y ss.
- LEIÑENA MENDIZÁBAL, E. e IRACULIS ARREGUI, N., “La reforma del Derecho Español en materia de competencia desleal, protección de los consumidores y comercio minorista por la Ley 29/2009”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6, 2010, p. 87 y ss.
- LEMA DEVESA, C., “Posibilidades y remedios para reprimir la competencia desleal”, en *Derecho de los Negocios*, núm. 6, 1991, p. 205 y ss.
- “Los actos de engaño en la Ley de Competencia Desleal”, en AA.VV. (Dir. GÓMEZ SEGADE, J. A. y GARCÍA VIDAL, A.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI, Libro homenaje a Fernández-Nóvoa*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 355 y ss.
- LIBERTINI, M., “Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette”, en *Contratto e Impresa*, núm. 1, 2009 (hemos consultado la versión en línea disponible en la base de datos Leggi d’Italia Legale).
- LÓPEZ MAZA, S., “Información precontractual obligatoria en la compraventa al consumo”, en AA.VV. (Dir. CARRASCO PERERA, A.), *Tratado de la compraventa. Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, t. I, Cizur Menor, Aranzadi, 2013, p. 451 y ss.

- “Artículo 66 quáter. Prohibición de envíos y suministros no solicitados”, en AA.VV. (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, 2ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2015, p. 942 y ss.
- LÓPEZ MAZA, S. y GARCÍA VICENTE, J. R., “Artículo 60. Información previa al contrato”, en AA.VV. (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, 2ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2015, p. 820 y ss.
- “Artículo 61. Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato”, en AA.VV. (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, 2ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2015, p. 864 y ss.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, M. A., “Publicidad comercial, contratación estandarizada y protección del consumidor”, en *Estudios sobre consumo*, núm. 16, 1989, p. 48 y ss.
- LÓPEZ SANTOS, O., “La Directiva sobre prácticas comerciales desleales: antecedentes, descripción y comentario crítico”, en *Estudios de Consumo*, núm. 75, 2005, p. 9 y ss.
- LUNAS DÍAZ, M. J., “Artículo 27 LCD. Otras prácticas engañosas”, en AA.VV. (Dir. LEMA DEVESA, C.), *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores: régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29-2009*, L’Hospitalet de Llobregat, Bosch, 2012, p. 402 y ss.
- “Artículo 28 LCD. Prácticas agresivas por coacción”, en AA.VV. (Dir. LEMA DEVESA, C.), *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores: régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29-2009*, L’Hospitalet de Llobregat, Bosch, 2012, p. 415 y ss.
- “Artículo 29 LCD. Prácticas agresivas por acoso”, en AA.VV. (Dir. LEMA DEVESA, C.), *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores: régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29-2009*, L’Hospitalet de Llobregat, Bosch, 2012, p. 431 y ss.
- “Artículo 30 LCD. Prácticas agresivas en relación con los menores”, en AA.VV. (Dir. LEMA DEVESA, C.), *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores: régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29-2009*, L’Hospitalet de Llobregat, Bosch, 2012, p. 453 y ss.
- “Artículo 31 LCD. Otras prácticas agresivas”, en AA.VV. (Dir. LEMA DEVESA, C.), *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores: régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29-2009*, L’Hospitalet de Llobregat, Bosch, 2012, p. 469 y ss.
- MADRIÑÁN VÁZQUEZ, M., “El derecho de desistimiento en los contratos de crédito al consumo”, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2156, 2013, p. 1 y ss.

- MAIA, P., “Portugal: The Implementation of Directive 2005/29/EU from the Perspective of Portuguese Private Law”, en *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 5, 2015, p. 204 y ss.
- MAK, V., “Unfair Commercial Practices and Dutch Private Law”, en *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 6, 2015, p. 246 y ss.
- MAMBRILLA RIBERA, V., “Prácticas comerciales y competencia desleal: estudio del Derecho comunitario, europeo y español. La incorporación de la Directiva 2005/29/CE a nuestro Derecho interno (incidencia en los presupuestos generales y en la cláusula general prohibitiva del ilícito desleal) (primera parte)”, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 4, 2008, (hemos consultado la versión en línea disponible en el portal de revistas Wolters Kluwer).
- “Prácticas comerciales y competencia desleal: estudio del Derecho comunitario, europeo y español. La incorporación de la Directiva 2005/29/CE a nuestro Derecho interno (incidencia en los presupuestos generales y en la cláusula general prohibitiva del ilícito desleal) (segunda parte)”, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 5, 2009 (hemos consultado la versión en línea disponible en el portal de revistas Wolters Kluwer).
 - “Prácticas comerciales y competencia desleal: estudio del Derecho comunitario, europeo y español. La incorporación de la Directiva 2005/29/CE a nuestro Derecho interno (incidencia en los presupuestos generales y en la cláusula general prohibitiva del ilícito desleal) (y tercera parte)”, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 6, 2010 (hemos consultado la versión en línea disponible en el portal de revistas Wolters Kluwer).
- MARCO ARCALÁ, L. A., “Artículo 20. Prácticas engañosas por confusión para los consumidores”, en AA.VV. (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 545 y ss.
- “Las prácticas comerciales desleales con los consumidores en la propuesta del Código Mercantil”, en AA.VV. (Dir. MORAILLAS JARILLO, M. J., PERALES VISCASILLAS, P. y PORFIRIO CARPIO, L. J.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al Profesor Rafael Illescas Ortiz*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 1087 y ss.
- MARIMÓN DURÁ, R., “Prácticas comerciales desleales con los consumidores”, en AA.VV. (Dir. GARCÍA-CRUCES, J. A.), *Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 1645 y ss.
- “Información engañosa o deficiente en el mercado bancario y protección del cliente a través de la Ley de Competencia Desleal”, en AA.VV. (Eds. PACIELLO, A. y GUIZZI, G.), *Crisi dell’Impresa e Ruolo dell’informazione*, Torino, Giuffrè, 2016, p. 311 y ss.
 - “La OPS como acto de competencia desleal. Fundamentación de una acción colectiva”, en AA.VV. (Dir. MARIMÓN DURÁ, R.), *La oferta pública de suscripción de acciones desde la perspectiva judicial: análisis de la OPS de Bankia de 2011*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, p. 67 y ss.

- MARÍN LÓPEZ, M. J., “La formación del contrato con consumidores”, en AA.VV. (Dir. PARRA LUCÁN, M. A.), *Negociación y perfección de los contratos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, p. 789 y ss.
- “Artículo 115. Ámbito de aplicación”, en AA.VV. (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, 2ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2015, p. 1665 y ss.
 - “Falta de conformidad del bien vendido y derechos del consumidor en la Directiva 2019/771/UE”, en *Diario La Ley*, núm. 9461, 2019 (hemos consultado la versión en línea disponible en el portal de revistas Wolters Kluwer).
- MARINO, G., “Scorrettezza della pratica ed abusività della clausola nella disciplina del contratto del consumatore”, en *Contratto e Impresa/Europa*, núm. 1, 2014, p. 135 y ss.
- MARTÍ MOYA, V., “Consecuencias del Principio de Armonización Plena de la directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales, a la luz de la reciente Jurisprudencia del TJUE”, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 283, 2012, p. 325 y ss.
- MARTÍN ARESTI, P., “Garantías y servicios posventa”, en AA.VV. (Dir. REBOLLO, M. e IZQUIERDO, M.), *La defensa de los consumidores y usuarios (Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Madrid, Iustel, 2011, p. 1687 y ss.
- “Artículo 27. Otras prácticas engañosas”, en AA.VV. (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 741 y ss.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “Trascendencia del principio de protección de los consumidores en el Derecho de obligaciones”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. XLVII, fasc. I, 1994, p. 31 y ss.
- MARTÍNEZ GÓMEZ, S., “La entrega de información precontractual con suficiente antelación como parámetro de validez de la cláusula suelo”, en *CESCO*, 15 de marzo de 2021 (disponible en <http://centrodeestudiosdeconsumo.com>, consultado el 24/03/2021).
- MARTÍNEZ SANZ, F., “Artículo 1. Finalidad”, en AA.VV. (Dir. MARTÍNEZ SANZ, F.), *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid, Tecnos, 2009, p. 19 y ss.
- “Artículo 5. Cláusula general”, en AA.VV. (Dir. MARTÍNEZ SANZ, F.), *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid, Tecnos, 2009, p. 61 y ss.
- MARTÍNEZ SANZ, F. y PUETZ, A., “Ámbito de aplicación y cláusulas general de competencia desleal”, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 7, 2010, p. 17 y ss.
- MARTORELL ZULUETA, P., “Actos y omisiones engañosas”, en AA.VV. (Dir. RUIZ PERIS, J. I.), *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal (Estudios sobre 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 mejora de la protección de los consumidores y usuarios*), Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 77 y ss.
- MASSA, F., “Art. 19. Ambito di applicazione”, en AA.VV. (Ed. CUFFARO, V.), *Codice del consumo*, 5ª ed., Milano Giuffrè, 2019, p. 132 y ss.
- “Art. 20. Divieto delle pratiche commerciali scorrette”, en AA.VV. (Ed. CUFFARO, V.), *Codice del consumo*, 5ª ed., Milano Giuffrè, 2019, p. 155 y ss.
- MASSAGUER, J., “La acción de competencia desleal en el Derecho español”, en *Themis: Revista de Derecho*, núm. 36, 1997, p. 103 y ss.
- *Comentario a la ley de competencia desleal*, Madrid, Civitas, 1999.
- *El nuevo Derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, Madrid, Thomson Civitas, 2006.
- “Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 27, 2011, p. 17 y ss.
- “Treinta años de Ley de Competencia Desleal”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 55, 2021, p. 64 y ss.
- MASSAGUER, J., MARCOS, F. y SUÑOL, A., “La transposición al Derecho español de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 2013, 2006, p. 1925 y ss.
- MATERA, D. M., “Prácticas comerciales desleales, acciones individuales y armonización plena”, en *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 61, 2019, p. 101 y ss.
- MAUGERI, M. R., “Violazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali”, en *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2009 (hemos consultado la versión en línea disponible en la base de datos Leggi d’Italia Legale).
- MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal*, 1ª ed., Madrid, Civitas, 1988.
- MENÉNDEZ GONZÁLEZ, A., “Artículo 19 LCD. Prácticas comerciales desleales con los consumidores”, en AA.VV. (Dir. LEMA DEVESA, C.), *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores: régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29-2009*, L’Hospitalet de Llobregat, Bosch, 2012, p. 247 y ss.
- MENEZES LEITÃO, L. M., “As práticas comerciais desleais nas relações de consumo”, en *Revista da Ordem dos Advogados*, núm. 2, 2011, p. 423 y ss.
- MIRANDA SERRANO, L. M., *Los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Su caracterización en el Derecho español*, Madrid, Marcial Pons, 2001.
- “La contratación mercantil en general: su actual fisonomía y otras cuestiones preliminares”, en MIRANDA SERRANO, L. M., VELA TORRES, P. J. y PRÍES PICARDO, A., *La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 25 y ss.
- “La protección de los consumidores en la contratación: aspectos generales”, en MIRANDA SERRANO, L. M., VELA TORRES, P. J. y PRÍES PICARDO, A., *La*

- contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 179 y ss.
- “La contratación fuera de los establecimientos mercantiles”, en MIRANDA SERRANO, L. M., VELA TORRES, P. J. y PRÍES PICARDO, A., *La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 224 y ss.
 - “La contratación a distancia (y electrónica)”, en MIRANDA SERRANO, L. M., VELA TORRES, P. J. y PRÍES PICARDO, A., *La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 286 y ss.
 - “La oferta pública de contrato: entre la solución vienesa y el criterio tradicional español”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 27, 2011 (hemos consultado la versión en línea disponible en la base de datos Aranzadi Instituciones).
 - “La contratación a distancia de consumo: TRDCU y Directiva 2011/83/UE”, en AA.VV. (Coords. MIRANDA SERRANO, L. M. y PAGADOR LÓPEZ, J.), *Derecho (privado) de los consumidores*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 145 y ss.
 - “La Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores: una nueva regulación para Europa de los contratos celebrados a distancia y extramuros de los establecimientos mercantiles”, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 11, 2012, p. 77 y ss.
 - “En el Derecho *antitrust* también lo accesorio sigue la suerte de lo principal: a propósito de la recepción por el Tribunal Supremo de la doctrina de las restricciones accesorias”, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 13, 2013 (hemos consultado la versión en línea disponible en el portal de revistas Wolters Kluwer).
 - “La protección del consumidor como ariete de la reforma del viejo Derecho privado; en especial, en la fase previa a la contratación de bienes y servicios”, en AA.VV. (Dir. MIRANDA SERRANO, L. M.), *La protección de los consumidores en tiempos de cambio*, Madrid, Iustel, 2015, p. 27 y ss.
 - “Retos y tendencias en materia de disposiciones generales sobre obligaciones y contratos mercantiles. Aportaciones del Derecho mercantil a una regulación unitaria de la teoría general del Derecho de obligaciones y contratos (I)”, en AA.VV. (Dir. MIRANDA SERRANO, L. M. y PAGADOR LÓPEZ, J.), *Retos y tendencias del Derecho de la contratación mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 2017, p. 41 y ss.
 - “El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predisuestas en la contratación bancaria”, en *InDret*, núm. 2, 2018, p. 1 y ss.
 - “El derecho de desistimiento en los contratos de consumo sobre contenidos digitales”, en *La Ley Mercantil*, núm. 76, 2021.
- MIRANDA SERRANO, L. M. y PANIAGUA ZURERA, M., “La protección de los consumidores y usuarios en la fase previa a la contratación: la tutela de la libertad negocial”, en AA.VV. (Coords. MIRANDA SERRANO, L. M. y PAGADOR LÓPEZ, J.), *Derecho (privado) de los consumidores*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 63 y ss.

- MIRANDA SERRANO, L. M. y PAGADOR LÓPEZ, J., “La necesidad de establecer conexiones normativas entre el Derecho de la competencia desleal y el Derecho de contratos”, en *Diario La Ley*, núm. 8464, 2015, p. 8 y ss.
- MIRANDA SERRANO, L. M. y SERRANO CAÑAS, J. M., “Relevancia negocial de la publicidad en los contratos entre empresarios o profesionales”, en *La Ley Mercantil*, núm. 27, 2016 (hemos consultado la versión en línea disponible en el portal de revistas Wolters Kluwer).
- MONGE GIL, A. L., “Artículo 28. Prácticas agresivas por coacción”, en AA.VV. (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 781 y ss.
- MONTEAGUDO, M., “El riesgo de confusión en Derecho de marcas y en Derecho de la Competencia Desleal”, en *Actas de Derecho Industrial*, t. 15, 1993, p. 73 y ss.
- MORALEJO MENÉNDEZ, I., “Artículo 7. Omisiones engañosas”, en AA.VV. (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 159 y ss.
- MORALES MORENO, A. M., “Declaraciones públicas y vinculación contractual (reflexiones sobre una Propuesta de Directiva)”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. LII, fasc. I, 1999, p. 265 y ss.
- “Concreción jurisprudencial de la regla general de integración del contrato mediante la publicidad, fundada en el principio de buena fe”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. LXXIII, fasc. III, 2020, p. 983 y ss.
- MORENO QUESADA, B., “La protección del consentimiento contractual, hoy”, en AA.VV., *Estudios de Derecho de obligaciones. Homenaje al Prof. Mariano Alonso Pérez*, Madrid, La Ley, 2006, p. 449 y ss.
- MUNAR BERNAT, P. A., “Estudio sobre la Directiva 2008/122/CE, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores en los contratos de aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico, adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa e intercambio”, en *InDret*, núm. 4/2009, p. 1 y ss.
- NAMYSŁOWSKA, M., “To B2C or Not to B2C. Some reflections on the Regulation of Unfair Commercial Practices from a Polish Perspective”, en *Journal of Consumer Policy*, núm. 36, 2013, p. 329 y ss.
- NAVARRO MENDIZÁBAL, I., “Los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles”, en AA.VV. (Coord. YZQUIERDO TOLSADA, M.), *Derecho del Consumo*, Mataró, Cálamo, 2005, p. 135 y ss.
- NESTORUK, I. B., “Poland: The Impact of the UCP Directive on National Contract and Tort Law”, en *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 5, 2015, p. 198 y ss.
- O’CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho Civil*, t. 2., vol. 1, Madrid, Edersa, 2004 (hemos consultado la versión en línea disponible en la biblioteca virtual Tirant onLine).
- OLIVA BLÁZQUEZ, F., “Comentario a la Sentencia de 12 de noviembre de 2010”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 86, 2011, p. 1301 y ss.

- ORLANDO, S., “The Use of Unfair Contractual Terms as an Unfair Commercial Practice”, en *European Review of Contract Law*, vol. 7, Iss. 1, 2011, p. 25 y ss.
- OSSORIO MORALES, J., “Crisis en la dogmática del contrato”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. V, fasc. IV, 1952, p. 1175 y ss.
- “Concepto de contrato”, en AA.VV. (Coord. SÁNCHEZ CALERO, F. J.), *Curso de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*, 10ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 137 y ss.
 - “Elementos esenciales del contrato”, en AA.VV. (Coord. SÁNCHEZ CALERO, F. J.), *Curso de Derecho Civil: Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*, 6ª ed., Valencia, Tirant lo blanch, 2012, p. 171 y ss.
- PACHECO GALLARDO, M., “El contrato y sus elementos esenciales”, en *Diario La Ley*, núm. 8740, 2016 (hemos consultado la versión en línea disponible en el portal de revistas Wolters Kluwer).
- PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Madrid, Marcial Pons, 1999.
- “Condiciones generales y cláusulas abusivas”, en AA.VV. (Dir. REBOLLO, M. e IZQUIERDO, M.), *La defensa de los consumidores y usuarios (Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Madrid, Iustel, 2011, p. 1307 y ss.
 - “Los contratos de consumo celebrados mediante condiciones generales y cláusulas predispuestas”, en AA.VV. (Coords. MIRANDA SERRANO, L. M. y PAGADOR LÓPEZ, J.), *Derecho (privado) de los consumidores*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 99 y ss.
 - “De nuevo sobre las cláusulas predispuestas relativas a la parte económica del contrato”, en *Derecho de los Negocios*, núm 268, 2013, p. 7 y ss.
 - “Hacia un nuevo paradigma en cuanto a la celebración del contrato: el impacto del Derecho de los consumidores sobre las reglas aplicables al perfeccionamiento del contrato”, en AA.VV. (Dir. MIRANDA SERRANO, L. M.), *La protección de los consumidores en tiempos de cambio*, Madrid, Iustel, 2015, p. 65 y ss.
 - “Desafíos de la contratación digital con consumidores: la obligación de conformidad con el contrato”, en AA.VV. (Dir. MIRANDA SERRANO, L. M. y PAGADOR LÓPEZ, J.), *Desafíos del regulador mercantil en materia de contratación y competencia empresarial*, Madrid, Marcial Pons, 2021, p. 67 y ss.
- PALAU RAMIREZ, “El consumidor medio y los sondeos de opinión en las prohibiciones de engaño en Derecho español y europeo. A raíz de la sentencia de TJCE de 16 de julio de 1998, C-201/96, Gut Sprigenheide”, en *Actas de Derecho Industrial*, t. 19, 1998 (hemos consultado la versión en línea disponible en el portal jurídico V-Lex).
- “Prácticas agresivas”, en AA.VV. (Dir. RUIZ PERIS, J. I.), *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal (Estudios sobre 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 mejora de la protección de los consumidores y usuarios)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 147 y ss.

- PANIAGUA ZURERA, M., “Las garantías en la venta de productos de consumo. La responsabilidad civil por daños y perjuicios causados por bienes o servicios defectuosos”, en AA.VV. (Coords. MIRANDA SERRANO, L. M. y PAGADOR LÓPEZ, J.), *Derecho (privado) de los consumidores*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 291 y ss.
- PANIAGUA ZURERA, M. y MIRANDA SERRANO, L. M., “La protección de los consumidores y usuarios y la irrupción del Derecho de los consumidores”, en AA.VV. (Coords. MIRANDA SERRANO, L. M. y PAGADOR LÓPEZ, J.), *Derecho (privado) de los consumidores*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 19 y ss.
- PANTALEÓN PRIETO, F., “10 tesis sobre la falta de transparencia de las cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato”, en *Almacén de Derecho*, 12 de marzo de 2017 (disponible en www.almacenederecho.org, consultado el 19/05/2021).
- PARRA LUCÁN, M. A., “La formación del contrato como proceso”, en AA.VV. (Dir. PARRA LUCÁN, M. A.), *Negociación y perfección de los contratos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, p. 57 y ss.
- PASQUAU LIAÑO, M., “Comentario al art. 8 LGDCU”, en AA.VV. (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y SALAS HERNÁNDEZ, J.), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, Civitas, 1992, p. 139 y ss.
- PASSINHAS, S., “Práticas comerciais desleais no sector das telecomunicações”, en AA.VV. (Dir. PINTO MONTEIRO, A.), *Actas del Colóquio prácticas comerciais desleais*, Coimbra, Centro de Direito do Consumo, 2017, p. 107 y ss.
- PATIÑO ALVES, B. y DÍEZ BAJO, A., “Artículo 4 LCD. Cláusula general”, en AA.VV. (Dir. LEMA DEVESA, C.), *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores: régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29-2009*, L’Hospitalet de Llobregat, Bosch, 2012, p. 60 y ss.
- “Artículo 26 LCD. Prácticas comerciales encubiertas”, en AA.VV. (Dir. LEMA DEVESA, C.), *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores: régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29-2009*, L’Hospitalet de Llobregat, Bosch, 2012, p. 367 y ss.
- PAZ-ARES, C., “La economía política como jurisprudencia racional”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. XXXIV, fasc. III, 1981, p. 601 y ss.
- “El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista a la política antitrust (Un ensayo sobre el Derecho alemán de la competencia desleal)”, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 159, 1981, p. 7 y ss.
- PEINADO GRACIA, J. I., “El pretendido «derecho de los consumidores» y el sistema”, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 224, 1997, p. 797 y ss.
- “Consumidores, contratos, seguridad y costes alternativos. Documento público y documento privado en la protección de consumidores”, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 237, 2000, p. 1109 y ss.

- PÉREZ BENÍTEZ, J. y GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., “La competencia desleal (II): Acciones y procedimiento. Falseamiento de la competencia por actos desleales”, en AA.VV. (Coord. CARBAJO CASCÓN, F.), *Manual práctico de derecho de la competencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 415 y ss.
- PÉREZ MOLINA, M. A., “Enjuiciamiento *antitrust* de las restricciones accesorias insertas en operaciones de concentración de empresas en la Unión Europea”, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 15, 2014 (hemos consultado la versión en línea disponible en el portal de revistas Wolters Kluwer).
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Cizur Menor, Aranzadi, 2005.
- “Información precontractual obligatoria, error, prácticas comerciales desleales”, en AA.VV. (Dir. CARRASCO PERERA, A.), *Tratado de la compraventa. Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, t. I, Cizur Menor, Aranzadi, 2013, p. 379 y ss.
 - “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, en *InDret*, núm. 3, 2013, p. 1 y ss.
 - “El error excusable por pérdidas en la adquisición de valores: análisis en relación a las obligaciones necesariamente convertibles en acciones”, en *Diario La Ley*, núm. 8562, 2015 (hemos consultado la versión en línea disponible en el portal de revistas Wolters Kluwer).
- PICATOSTE BOBILLO, J., “El derecho de información en la contratación con consumidores”, en *Actualidad Civil*, núm. 4, 2011, (hemos consultado la versión en línea disponible en el portal de revistas Wolters Kluwer).
- PINO ABAD, M., “Comentarios a los artículos 61 y 65. La relevancia negocial de la publicidad comercial: integración publicitaria del contrato celebrado con consumidores”, en AA.VV. (Dir. REBOLLO, M. e IZQUIERDO, M.), *La defensa de los consumidores y usuarios (Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Madrid, Iustel, 2011, p. 1106 y ss.
- “La integración publicitaria de los contratos de consumo”, en *Derecho de los Negocios*, núm. 260, 2012, p. 9 y ss.
 - “La compraventa a plazos de bienes muebles”, en AA.VV. (Coords. MIRANDA SERRANO, L. M. y PAGADOR LÓPEZ, J.), *Derecho (privado) de los consumidores*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 235 y ss.
 - “El aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico”, en AA.VV. (Coords. MIRANDA SERRANO, L. M. y PAGADOR LÓPEZ, J.), *Derecho (privado) de los consumidores*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 267 y ss.
- PLAZA PENADÉS, J., “Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo”, en *Diario La Ley*, núm. 8112, 2013 (hemos consultado la versión en línea disponible en el portal de revistas Wolters Kluwer).
- PODSZUN, R., BUSCH, C. y HENNING-BODEWIG, F., “Consumer Law in Germany: A Shift to Public Enforcement”, en *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 2, 2019, p. 75 y ss.

- POLO, E., “La protección del consumidor en el Derecho Privado”, en AA.VV., *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Antonio Polo*, Madrid, Edersa, 1981, p. 811 y ss.
- *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, Madrid, Civitas, 1990.
- PORTELLANO DÍEZ, P., *La imitación en el Derecho de la competencia desleal*, Madrid, Civitas, 1995.
- PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, t. 2, vol. 1, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 1978.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Buena fe y lealtad contractual”, en AA.VV. (Dir. SÁNCHEZ LORENZO, S.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, t. II, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, p. 133 y ss.
- RAVÀ, T., *Diritto Industriale*, 2ª ed., vol. I, Torino, UTET, 1981.
- RAYMOND, G., “Pratiques commerciales déloyales et agressives”, en *JurisClasseur Commercial*, Fasc. 919, 2018.
- REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M., “Protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios”, en AA.VV. (Dir. REBOLLO, M. e IZQUIERDO, M.), *La defensa de los consumidores y usuarios (Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Madrid, Iustel, 2011, p. 312 y ss.
- REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M. y BUENO ARMIJO, A., “Infracciones y sanciones”, en AA.VV. (Dir. REBOLLO, M. e IZQUIERDO, M.), *La defensa de los consumidores y usuarios (Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Madrid, Iustel, 2011, p. 702 y ss.
- REILLY, N., “The Role of Traders in the Enforcement of the Unfair Commercial Practices Directive: A New Unfair Competition Law for Ireland?”, en *Dublin University Law Journal*, vol. 31, 2009, p. 100 y ss.
- REYES LÓPEZ, M. J., “El carácter vinculante de la oferta y de la publicidad en el artículo 8 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, en *Estudios de Consumo*, núm. 43, 1997, p. 58 y ss.
- RIBÓN SEISDEDOS, E., “Artículo 20 LCD. Prácticas engañosas por confusión para los consumidores”, en AA.VV. (Dir. LEMA DEVESA, C.), *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores: régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29-2009*, L’Hospitalet de Llobregat, Bosch, 2012, p. 273 y ss.
- “Artículo 22 LCD. Prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas”, en AA.VV. (Dir. LEMA DEVESA, C.), *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores: régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29-2009*, L’Hospitalet de Llobregat, Bosch, 2012, p. 323 y ss.
- “Artículo 22 LCD. Prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas”, en AA.VV. (Dir. LEMA DEVESA, C.), *Prácticas comerciales desleales de las*

- empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores: régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29-2009*, L'Hospitalet de Llobregat, Bosch, 2012, p. 323 y ss.
- “Artículo 23 LCD. Prácticas engañosas sobre la naturaleza y propiedades de los bienes o servicios, su disponibilidad y los servicios posventa”, en AA.VV. (Dir. LEMA DEVESA, C.), *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores: régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29-2009*, L'Hospitalet de Llobregat, Bosch, 2012, p. 338 y ss.
- ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “El modelo de conducta en la nueva cláusula general de la Ley de Competencia Desleal. Una crítica breve”, en *Derecho de los Negocios*, núm. 240, 2010 (hemos consultado la versión en línea disponible en el portal de revistas Wolters Kluwer).
- ROCA TRIAS, E., “El incumplimiento de los contratos en la propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos”, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2132, 2011, p. 1 y ss.
- RUBIO TORRANO, E., “Cuándo vincula al vendedor la publicidad y promoción precontractual”, en AA.VV. (Dir. CARRASCO PERERA, A.), *Tratado de la compraventa. Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, t. I, Cizur Menor, Aranzadi, 2013, p. 465 y ss.
- RUIZ MARTIN, A. M., “«Cláusulas de permanencia», prácticas comerciales desleales, y estrategias competitivas a la luz de ciertos contratos con operadoras móviles en España: Una visión holística del asunto”, en *Anales De Derecho*, vol. 37, núm. 1, 2019, p. 1 y ss.
- RUIZ MUÑOZ, M., “Facultad revocatoria del consumidor y competencia desleal (algunos presupuestos metodológicos)”, en *Estudios sobre consumo*, núm. 39, 1996, p. 10 y ss.
- “Introducción a la contratación con consumidores”, en *Estudios sobre Consumo*, núm. 47, 1998, p. 69 y ss.
 - “Nota introductoria a la protección jurídica de los consumidores”, en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 29, 1999, p. 11 y ss.
- RUIZ PERIS, J. I., “La reforma de la cláusula general de la ley de competencia desleal”, en AA.VV. (Dir. RUIZ PERIS, J. I.), *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal (Estudios sobre 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 mejora de la protección de los consumidores y usuarios)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 37 y ss.
- “Una reforma consumerista de la ley de competencia desleal o reforma no siempre significa mejora”, en AA.VV. (Dir. RUIZ PERIS, J. I.), *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal (Estudios sobre 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 mejora de la protección de los consumidores y usuarios)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 13 y ss.

- “Panorámica de la reforma en materia de competencia desleal”, en AA.VV. (Dir. GÓMEZ SEGADE, J. A. y GARCÍA VIDAL, A.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI, Libro homenaje a Fernández-Nóvoa*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 379 y ss.
- SALAS CARCELLER, A., “Acciones por publicidad ilícita y competencia desleal (Parte I)”, en *Autocontrol*, 2010, núm. 156, p. 11 y ss.
- SALLELES CLIMENT, J. R., “La incidencia de la deslealtad de los actos de engaño, las omisiones engañosas y las prácticas agresivas sobre la formación de la voluntad negocial”, en AA.VV. (Dir. CARRASCO PERERA, A.), *Tratado de la compraventa. Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, t. I, Cizur Menor, Aranzadi, 2013, p. 407 y ss.
- SAN MIGUEL PRADERA, L. P., “La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. LXIV, 2011, p. 1686 y ss.
- SÁNCHEZ BARRIOS, J. L., “Artículo 22. Prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas”, en AA.VV. (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 611 y ss.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La ampliación del concepto de competencia desleal”, en AA.VV. (Dir. GÓMEZ SEGADE, J. A. y GARCÍA VIDAL, A.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI, Libro homenaje a Fernández-Nóvoa*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 391 y ss.
- SANJUAN Y MUÑOZ, E., “Acciones derivadas de la Ley de Competencia Desleal”, en AA.VV. (Coord. SANJUAN Y MUÑOZ, E.), *Competencias de los juzgados de lo mercantil competencias en materia concursal y "competencias añadidas" mercantiles. (Sociedades, competencia, publicidad, transportes, propiedad industrial, propiedad intelectual, etc.)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, (hemos consultado la versión en línea disponible en la biblioteca virtual Tirant onLine).
- SARAZÁ JIMENA, R., “La crisis del derecho privado codificado y el paso al nuevo derecho privado del tráfico económico. El derecho de consumo”, en *Jueces para la democracia*, núm. 14, 1991, p. 36 y ss.
- SCHULZE, R., “Deberes precontractuales y conclusión del contrato en el Derecho Contractual Europeo”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. LIX, fasc. I, 2006, p. 29 y ss.
- SEMINARA, A. P., “La tutela civilistica del consumatore di fronte alle pratiche commerciali scorrette”, en *I Contratti*, núm. 6, 2018, p. 689 y ss.
- SERRANO CAÑAS, J. M., “La protección de los consumidores en el Derecho privado: Balance de lo conseguido y nuevos desafíos”, en AA.VV. (Dir. HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U.), *La intervención penal en la protección de los intereses económicos de los consumidores*, Madrid, Marcial Pons, 2020, p. 167 y ss.
- SHEARS, P., “The Consumer Protection Regulations in the UK: The Story So Far”, en *European Business Law Review*, núm. 27, 2016, p. 177 y ss.

- SIGNORINI, C., “Concorrenza sleale e pratiche commerciale scorrette”, en AA.VV. (Dirs. GHIDINI, G. y CAVANI, G.), *Lezioni di Diritto Industriale*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 111 y ss.
- SIKORSKI, R., “Implementation of the Unfair Commercial Practices Directive in Polish Law”, en *Medien und Recht-International Edition*, núm. 2, 2009, p. 51 y ss.
- SOLÉ FELIU, J., “La intimidación o amenaza como vicio del consentimiento contractual: textos, principios europeos y propuestas de reforma en España”, en *InDret*, núm. 4, 2016, p. 1 y ss.
- SOTO COÁGUILA, C. A., “La contratación masiva y la crisis de la teoría clásica del contrato”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. LVII, fasc. III, 2004, p. 1147 y ss.
- STEENNOT, R., “The Belgian civil remedy in case of an unfair commercial practice towards a consumer: an effective, proportionate and dissuasive sanction?”, en *Business and Economics Series*, núm. 2, 2012, p. 17 y ss.
- “Belgium: Private Law Remedies for Breach of the Prohibition of Unfair Commercial Practices”, en *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 5, 2015, p. 188 y ss.
- SUÑOL LUCEA, A., “Los elementos estructurales que definen la conducta sometida a la Ley de Competencia Desleal”, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 284, 2012 (hemos consultado la versión en línea disponible en la base de datos Aranzadi Instituciones).
- TAPIA HERMIDA, A. J., “El Real Decreto-ley 24/2021 (1): Aspectos generales”, en *El Blog de Alberto J. Tapia Hermida*, 10 de noviembre de 2021 (disponible en *ajtapia.com*, consultado el 27 de diciembre de 2021).
- TATO PLAZA, A., “Una primera aproximación al régimen jurídico de las prácticas agresivas en la Directiva sobre prácticas desleales con los consumidores”, en *Actas de Derecho Industrial*, t. 27, 2006-2007, p. 425 y ss.
- “Prácticas comerciales engañosas con los consumidores”, en *Actas de Derecho Industrial*, t. 29, 2008-2009, p. 529 y ss.
- “La reforma del Derecho español contra la competencia desleal: rasgos generales”, en *Actas de Derecho Industrial*, t. , 2009-2010, p. 455 y ss.
- “Introducción”, en TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, 1ª ed., Madrid, La Ley, 2010, p. 27 y ss.
- “La nueva cláusula general de represión de la competencia desleal”, en TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, 1ª ed., Madrid, La Ley, 2010, p. 59 y ss.
- “Prácticas agresivas”, en TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, 1ª ed., Madrid, La Ley, 2010, p. 179 y ss.
- TATO PLAZA, A. y FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., “Actos de engaño y omisiones engañosas”, en TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-

- CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, 1ª ed., Madrid, La Ley, 2010, p. 101 y ss.
- TOMÁS MARTÍNEZ, G., “Derecho privado comunitario y evolución de las consecuencias del incumplimiento del deber de informar del derecho de desistimiento: contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 42, 2012, p. 543 y ss.
- TWIGG-FLESNER, C., PARRY, D., HOWELLS, G., NORDHAUSEN, A., MICKLITZ, H. W., STUYCK, J. y WILHELMSSON, T., *An Analysis Of The Application And Scope Of The Unfair Commercial Practices Directive. A report for the Department of Trade and Industry* (disponible en <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/>, consultado el 9 de junio de 2021).
- VANZETTI, A. y DI CATALDO, V., *Manuale di Diritto Industriale*, 7ª ed., Milano, Giuffrè, 2012.
- VAQUER ALOY, A., “La resolución del contrato”, en AA.VV. (Eds. VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILLA, E. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P.), *El derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos*, Barcelona, Atelier, 2015, p. 621 y ss.
- VAQUERO LÓPEZ, C., “Autonomía de la voluntad y normas imperativas”, en AA.VV. (Dir. SÁNCHEZ LORENZO, S.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, t. II, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, p. 89 y ss.
- VAREA SANZ, M., “Artículo 24. Prácticas de venta piramidal”, en AA.VV. (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 705 y ss.
- VÁZQUEZ GARCÍA, D., “Contratación de productos bancarios complejos: examen de la reciente jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo”, en *Diario La Ley*, núm. 8536, 2015 (hemos consultado la versión en línea disponible en el portal de revistas Wolters Kluwer).
- VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L., “Principales novedades que introduce la Ley 3/2014, de 27 de marzo, en el régimen jurídico de los contratos celebrados fuera del establecimiento”, en *InDret*, núm. 4, 2014, p. 1 y ss.
- VEGAS TORRES, J., “Objeto del proceso y congruencia de la sentencia en los procesos civiles sobre competencia desleal”, en *La Ley Mercantil*, núm. 40, 2017 (hemos consultado la versión en línea disponible en el portal de revistas Wolters Kluwer).
- VEGA VEGA, J. A., “Artículo 32. Acciones”, en AA.VV. (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 847 y ss.
- VELA TORRES, P. J., “La contratación a través de condiciones generales y clausulados negociales predispuestos”, en MIRANDA SERRANO, L. M., VELA TORRES, P. J. y PRÍES PICARDO, A., *La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 358 y ss.
- VELA TORRES, P. J., “La responsabilidad del fabricante y las garantías en el tráfico contractual”, en MIRANDA SERRANO, L. M., VELA TORRES, P. J. y PRÍES

- PICARDO, A., *La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 391 y ss.
- VELEIRO REBOREDO, B., *Mercado y competencia*, Madrid, El Derecho, 2014.
- VIERA GONZÁLEZ, J. A., “La tipificación de los ilícitos concurrenciales en la reforma del Derecho español competencia desleal”, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 7, 2010 (hemos consultado la versión en línea disponible en el portal de revistas Wolters Kluwer).
- VILATA MENADAS, S., “La nueva ley de competencia desleal. Modificaciones en materia de legitimación y procedimiento”, en AA.VV. (Dir. RUIZ PERIS, J. I.), *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal (Estudios sobre 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 mejora de la protección de los consumidores y usuarios)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 177 y ss.
- WHITTAKER, S., “The Relationship of the Unfair Commercial Practices Directive to European and National Contract Laws”, en AA.VV. (Eds. WEATHERILL, S. y BERNITZ, U., *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques*, Oxford, Hart Publishing, 2007, p. 139 y ss.
- “Contratos abusivos, cláusulas abusivas y prácticas comerciales desleales”, en AA.VV. (Dir. CÁMARA LAPUENTE, S.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2012, p. 509 y ss.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., “El denominado Derecho de consumo”, en AA.VV. (Coord. YZQUIERDO TOLSADA, M.), *Derecho del Consumo*, Mataró, Cálamo, 2005, p. 9 y ss.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., CUENA CASAS, M., SORZANO VOLART, C. y SEGURA DE ABAJO, C., “El nuevo Derecho de la contratación”, en AA.VV. (Coord. YZQUIERDO TOLSADA, M.), *Derecho del Consumo*, Mataró, Cálamo, 2005, p. 35 y ss.
- ZORZI GALGANO, N., *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, Padova, CEDAM, 2012.
- ZUBIRI DE SALINAS, M., “Artículo 29. Prácticas agresivas por acoso”, en AA.VV. (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 785 y ss.
- “Artículo 30. Prácticas agresivas en relación con los menores”, en AA.VV. (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 807 y ss.
- “Las prácticas agresivas”, en AA.VV. (Dir. GARCÍA-CRUCES, J. A.), *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 1427 y ss.
- ZURILLA CARIÑANA, M. A., “Acciones civiles en materia de competencia desleal”, en *Documentos de Trabajo. Seminario Permanente de Ciencias Sociales*, núm. 4, 2009, p. 3 y ss.

- ZURIMENDI ISLA, A., “Artículo 7. Actos de engaño”, en AA.VV. (Dir. MARTÍNEZ SANZ, F.), *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid, Tecnos, 2009, p. 95 y ss.
- “Artículo 8. Obsequios, primas y supuestos análogos”, en AA.VV. (Dir. MARTÍNEZ SANZ, F.), *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid, Tecnos, 2009, p. 115 y ss.

