

# La ampliación de los mecanismos de interpretación de los contratos con consumidores y usuarios\*

## *Broadening of interpretation criteria in the contracts with consumers and users*

por

JAVIER AVILÉS GARCÍA  
*Catedrático de Derecho Civil*  
*Universidad de Oviedo*

RESUMEN: Tomando como punto de partida la incidencia de recientes reformas europeas en el derecho de la contratación, se invocan en este estudio una serie de conceptos y principios que sin ser novedosos en su raíz, sin embargo pueden aportar nuevas perspectivas en la aplicación e interpretación de normas y principios de nuestro acervo y derecho privado tradicional. Tal interés se hace más vivo todavía si tenemos en cuenta el actual proceso de reforma y transformación del Derecho europeo de contratos y del Derecho Privado Europeo, con pleno reflejo en esta materia en las propuestas de reforma en curso tanto de nuestro Código Civil (2009) como del Código de Comercio (2013). No es

---

\* Este trabajo forma parte de un estudio más amplio incluido dentro de un *Proyecto de Investigación* financiado dentro del Plan I+D+i por el Ministerio de Economía y Competitividad, que analiza las *Transformaciones del Derecho de la Contratación en España* (MEC, Proyecto de referencia DER2011-28894/JUR1).

ajeno totalmente al planteamiento de fondo de este estudio la catarsis jurídica que supone cierta jurisprudencia europea del TJUE, al menos sobre ciertas cuestiones que habitualmente se estimaban pacíficas o que al menos parecían jurídicamente asentadas, como son las que encierran las cláusulas y prácticas abusivas dentro de la contratación con consumidores y usuarios.

*ABSTRACT: Taking as starting point the impact of recent European reforms in the Law of Contracts, in this study we invoke some concepts and principles that will be innovative in its root, although can endorse new perspectives in the application and interpretation of rules and principles of our traditional rules of private law. Such interest is more notable today considering the current process of reform and transformation of European Contract Law and European Private Law, with full reflection on this subject in the current reform proposals of both our Civil Code (2009) and the Code of Commerce (2013). It is also taken into account the legal catharsis that some European case law of the ECJ, at least on certain issues that used to be not controversial or at least so it seemed, such as those relating to the terms and abusive practices within contracting with consumers and users.*

**PALABRAS CLAVE:** Interpretación de contratos. Principios de equivalencia y efectividad normativas. Usos y prácticas abusivas. Criterio de razonabilidad. Principios de buena fe y lealtad contractual. Publicidad. Deberes precontractuales de información. Prácticas no consentidas. Productos y servicios bancarios, financieros y de inversión. Control judicial de abusividad.

**KEY WORDS:** *Interpretation of contracts. Principles of equivalence and legal effectiveness. Abusive usages and practices. Test and interpretive canon of reasonableness. Principles of good faith and fair dealing. Advertising. Marketing and pre-contractual information duties. Practices and usages non-consensual. Complex banking and financial products. Judicial review of abuses.*

**SUMARIO:** I. PREVIO. LOS RASGOS MÁS RELEVANTES DE LA INCIDENCIA DE LAS REFORMAS EUROPEAS DE CONTRATOS EN MATERIA DE USOS Y PRÁCTICAS: 1. LOS PRINCIPIOS DE EQUIVALENCIA Y EFECTIVIDAD EN LA APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN EXPANSIVAS DE LA NORMATIVA DE CONSUMO. 2. EL CONCEPTO DE «RAZONABILIDAD» EN LA APLICACIÓN DE USOS Y PRÁCTICAS EN LA CONTRATACIÓN PRIVADA. 3. EL CONCEPTO DE «LEALTAD CONTRACTUAL» Y SU CONEXIÓN CON EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE CONTRACTUAL.—II. APROXIMACIÓN A LAS PRÁCTICAS COMERCIALES CON CONSUMIDORES Y USUARIOS. LA EVOLUCIÓN DE LAS «PRÁCTICAS» EN LAS RELACIONES COMERCIALES.—III. LA FRAGMENTACIÓN DE LAS PRÁCTICAS COMERCIALES: SUS CONSE-

CUENCIAS.—IV. LAS PAUTAS DE LA NUEVA CLÁUSULA GENERAL DESLEAL DE PRÁCTICAS COMERCIALES CON CONSUMIDORES: LEALTAD Y BUENA FE.—V. APLICACIÓN, INTERPRETACIÓN Y SINGULARIDADES DE LA CLÁUSULA GENERAL DESLEAL COMO NORMA DE CIERRE DEL SISTEMA PRIVADO.—VI. PRÁCTICAS COMERCIALES, PUBLICIDAD Y DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN. SU AMPLIACIÓN A LA COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCTOS Y SERVICIOS BANCARIOS, FINANCIEROS Y DE INVERSIÓN.—VII. PRÁCTICAS COMERCIALES ABUSIVAS Y «PRÁCTICAS NO CONSENTIDAS EXPRESAMENTE»: 1. LA INTERCONEXIÓN ENTRE CLÁUSULAS Y PRÁCTICAS ABUSIVAS. 2. LA FINALIDAD DEL LEGISLADOR Y EL CONTROL DE ABUSIVIDAD.—VII. CONCLUSIONES.

## I. PREVIO. LOS RASGOS MÁS RELEVANTES DE LA INCIDENCIA DE LAS REFORMAS EUROPEAS DE CONTRATOS EN MATERIA DE USOS Y PRÁCTICAS

### 1. LOS PRINCIPIOS DE EQUIVALENCIA Y EFECTIVIDAD EN LA APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN EXPANSIVAS DE LA NORMATIVA DE CONSUMO

En buena medida, las razones económicas y financieras de estos últimos años han permitido reubicar y tomar mayor relevancia jurídica a las cláusulas abusivas en nuestro derecho privado, más recientemente a propósito de la contratación de préstamos con deudores hipotecarios. Ya sea por mor de la predisposición de cláusulas suelo o techo sobre intereses variables en los contratos, de cláusulas de vencimiento anticipado en contratos de larga duración, de cláusulas sobre fijación de intereses de demora, de cláusulas de determinación unilateral del prestamista sobre liquidación de deudas, etc. Todo esto viene aconteciendo, no conviene olvidarlo, partiendo de que fue hace ya bastantes años cuando se transpuso a nuestro ordenamiento jurídico la normativa europea sobre cláusulas abusivas (Directiva 93/13/CEE, 5 de abril de 1993), tanto en el ahora Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios como en la Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación (TRLGDCU y LCGC en adelante).

Cláusulas y prácticas en cuanto tales, aún tratándose de conceptos jurídicos con raíces distintas, tienen, sin embargo, muchos puntos de conexión entre sí. La Ley 29/2009, de transposición en nuestro país de las Directivas 2005/29/CE y 2006/114/CE, sobre prácticas comerciales desleales y publicidad engañosa y comparativa, ha venido a trastocar en gran medida las bases sustentadoras de las relaciones de empresarios con consumidores y minoristas al recomponer todo el concepto de competencia desleal incluyendo *ex novo*, en el anterior texto legislativo, las relaciones con consumidores y usuarios, puerta abierta por donde indefectiblemente se expanden las prácticas que modulan el comportamiento

del consumidor (art. 4.1.II LCD). Toda esta actividad legislativa, en fase actual de decantación, permite presagiar fundadamente que con el paso de no mucho tiempo, paralelamente a lo que ha ocurrido con las cláusulas predisuestas, nos tengamos que preguntar algo parecido si bien ahora con respecto al grado de afectación de determinadas *prácticas* en la contratación con consumidores: ¿cómo es posible que después de tantos años, aun contando con la descoordinación de muchos de nuestros textos legales, el intérprete haya avanzado tan lentamente para desentrañar el nudo gordiano de tantas cláusulas que provocan un *desequilibrio real* entre las partes contratantes?

Es claro que las circunstancias son muy cambiantes y la sociedad transforma cada vez con mayor rapidez el modo de entender las relaciones jurídicas, pero parece necesario reconocer que ha existido un déficit en la aplicación e interpretación de muchas normas básicas de nuestro Derecho privado interno. Es decir, después de muchos años puede afirmarse que la permeabilidad y adaptación de algunas normas privadas comunitarias a nuestra cambiante realidad jurídica es manifiestamente mejorable. Tal vemos que ha sucedido, suponiendo esto una seria advertencia más para los que pensaban que todo estaba expedito en esta materia, a propósito de la STJUE 14 de marzo de 2013 al enjuiciar rigurosamente una serie de distorsiones a propósito de una más que deseable adaptación legal del contrato de préstamo hipotecario a la normativa sustantiva y procesal españolas de protección del consumidor. Parece claro que la cuasi estanqueidad de las normas procesales nacionales, con base en el «principio de autonomía procesal» de los Estados miembros, no puede venir a constituirse, como ocurre de facto en bastantes ocasiones, como mero blindaje espurio. Y es que tal estado de cosas ha provocado la inoperancia de algunas normas tuitivas que regulan las relaciones con consumidores, siendo preciso recordar una y otra vez que la normativa de consumo, en muchas situaciones, tiene como finalidad sustancial «reemplazar el *equilibrio formal* que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un *equilibrio real* que pueda restablecer la igualdad entre estas»<sup>1</sup>.

Pues bien, los *principios de equivalencia y efectividad* constituyen elementos esenciales de la aplicación e interpretación expansiva de la normativa de consumo, en tanto que permiten horadar esa parte del ordenamiento intocable de cada Estado miembro, siempre al socaire del consabido «principio de autonomía procesal». Y es que no cabe duda de que la penetración de los principios tuitivos del derecho de consumo en otras ramas del ordenamiento, incluida la procesal, debe aceptarse sin reticencias. Para llevar a cabo esto por parte del operador jurídico será suficiente demostrar, por ejemplo, que los mecanismos y modalidades procesales de una determinada realidad son «menos favorables que las que rigen situaciones similares de carácter interno (*principio de equivalencia*)», y de que no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el ordenamiento jurídico de la Unión (*principio de efectividad*)»<sup>2</sup>. Todo esto, en efecto, nos lleva a preguntarnos: ¿estamos en el punto de partida

que permite justificar al operador, con mayor facilidad que antes, la ampliación de los parámetros de aplicación e interpretación del derecho privado de consumo, llegando a otros ámbitos del ordenamiento anteriormente vedados? Y de ser esto así, ¿servirá de ayuda en este cometido, junto a lo ya regulado y conocido sobre las cláusulas abusivas, que cobren mayor protagonismo el análisis e incidencia de las prácticas comerciales abusivas y desleales dentro de la actividad contractual comercial? Así lo parece, en efecto, pues la reforma por Ley 29/2009, de transposición de las Directivas 2005/29/CE y 2006/114/CE, si bien sustancialmente se acomete en el estricto ámbito de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal de 1991 (LCD en adelante), transversalmente, puede observarse que incide netamente en la aplicación de la normativa sobre contratación comercial y de consumo (TRLGD-CU y LOCM), así como también en la normativa sobre publicidad e información de empresarios o profesionales (Ley 34/1988, General de Publicidad) (LGP), y esto parece ser así por cuanto que los factores competenciales parecen ya formar parte de los contenidos normativos regulados por las legislaciones mencionadas, donde se cruzan indefectiblemente el derecho civil y mercantil.

Puede afirmarse que la reciente entrada de las prácticas comerciales en nuestro ordenamiento parte básicamente de la traslación y adaptación del concepto de «prácticas comerciales desleales» al conjunto de la contratación, por lo que parece muy aconsejable determinar previamente, desde la perspectiva del Derecho Europeo de Contratos, alguna de las claves conceptuales y terminológicas que permitan un estudio más preciso del alcance y contenido de las reformas recientes, lo que conducirá a un análisis más certero sobre una mejor aplicación e interpretación de las normas privadas de mercado en relación con los consumidores. Para esto resulta indispensable, a nuestro juicio, tener en cuenta los fundamentos jurídicos que sustentan los *Principios Europeos de Derecho de Contratos* (*Principles of European Contract Law*, 2000) (PECL en adelante), así como muchas ideas y conceptos recogidos en los *Principios del Marco Común de Referencia* (*Draft Common Frame of Reference*, 2009) (DCFR en adelante), al igual que dentro de la *Propuesta de Reglamento sobre compraventa europea* (COM [2011] 635 final), 2011 (PRCE en adelante)<sup>3</sup>, o en la *Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores*, que modifica y deroga otras importantes directivas anteriores<sup>4</sup>.

Pues bien, de forma usual la normativa europea nos describe el sintagma «práctica comercial» junto con el adjetivo «desleal», lo que *a priori* nos obliga a buscar y trasladar de manera fidedigna el concepto de lo que se entienda por «lealtad» en el sistema del *common law*, siendo preciso examinar si existen fuera de este concepto elementos que sean realmente simétricos con los nuestros y cuáles no. Como punto de partida es importante constatar que los PECL recogen los usos parejamente con las prácticas, lo cual encaja perfectamente con las trazas básicas de la evolución marcada por nuestra tradición jurídica sistema del *common law*, donde prácticas y usos se han venido superponiendo y entremezclando entre

sí, sin que parezca estar forzándose la naturaleza de las cosas, amalgamando actos y conductas por las que se entiende que las partes contratantes pueden quedar «vinculadas» jurídicamente entre sí, o si acaso, de una manera distinta a la situación que precedió a la aparición de tales usos o prácticas, todo esto dentro de la línea análoga seguida por nuestra doctrina privada clásica<sup>5</sup>.

## 2. EL CONCEPTO DE «RAZONABILIDAD» EN LA APLICACIÓN DE USOS Y PRÁCTICAS EN LA CONTRATACIÓN PRIVADA

Los PECL admiten tanto los *usos aceptados entre las partes* como aquellos otros usos desconocidos sobre los que, sin haberse pronunciado las partes, igualmente les vinculan en razón de un canon objetivo perfilado legalmente, cual es el parámetro de *la persona de buena fe que hipotéticamente se encuentre en la misma situación y circunstancias que los contratantes*<sup>6</sup>. Con esto parece darse carta de naturaleza al concepto de uso o práctica «razonable», idea que, aunque *a priori* parezca totalmente ajena a nuestra tradición jurídica, sin embargo realmente no ocurre así, en tanto que la misma *ratio iuris* forma parte esencial en la tarea de aplicación e integración de las normas en nuestro país. Además, es congruente entenderlo así por cuanto que la hipotética razonabilidad de usos y prácticas (art. 1105:2 PECL) se conecta directamente con el amplio concepto anglosajón de lo que se entiende por jurídicamente razonable (art. 1302 PECL), donde un comportamiento conforme a usos y prácticas razonables es equiparable con nuestro tradicional comportamiento conforme a la buena fe<sup>7</sup>.

Ahora bien, usos y prácticas en la normativa PECL, sean o no objeto de aceptación tácita o expresa, vienen categorizados por dos elementos subyacentes recogidos bajo esa idea de *razonabilidad*. El primer elemento, presupuesto básico para que el uso pueda adjetivarse como *razonable*, es que este pueda trasladarse a toda persona de buena fe que se encuentre en la misma situación y circunstancias del supuesto de referencia que se trate de enjuiciar. El segundo elemento al que hacemos referencia nos indica que para que un uso sea *razonable* es indispensable que sea plenamente *coherente* con todas las cláusulas del contrato celebrado entre las partes<sup>8</sup>. Pues bien, todo parece indicar que la idea de «razonabilidad» aplicable a usos y prácticas, desde el punto de vista técnico-jurídico, no cabe más que ponerse en conexión con el principio de la *buena fe*, y que, aun cuando no se recoge formalmente en los PECL a propósito de la aplicación de los usos y prácticas (art. 1:105 PECL), sin embargo aparece *ex profeso* en el artículo 1:302 PECL. En efecto, es aquí donde se explicita con detalle lo que debe entenderse como jurídicamente *razonable* en la aplicación de cualquier principio jurídico de la contratación, y esto se hace de forma sistemática, es decir, al amparo interpretativo del conjunto de disposiciones que conforman el completo articulado de los PECL («según estos principios»,

encabeza el precepto)<sup>9</sup>. Además, para juzgar más atinadamente sobre la condición de lo que debe entenderse como «*supuesto de aplicación razonable*», los redactores de los PECL aportan una selección complementaria de ciertos elementos auxiliares de la contratación que entienden *especialmente* relevantes en la interpretación contractual, como son la naturaleza y objeto de cada contrato y las circunstancias concurrentes de cada situación particular, en donde los usos y prácticas de los negocios forman parte incuestionable.

Pues bien, el canon hermenéutico de *razonabilidad*, que menudea en todos los proyectos normativos europeos en marcha, si bien parece novedoso en nuestro sistema del *civil law*, es posible incardinarlo adecuadamente dentro de nuestras figuras tradicionales, dándoles una proyección y actualización que posiblemente serán muy útiles en las revisiones en curso tanto de nuestro Código Civil («*Propuesta de Modernización del Código Civil de 2009*») (PMCC en adelante)<sup>10</sup> como del Código de Comercio («*Propuesta de Código Mercantil de 2013*»)<sup>11</sup>. Con todo, debe recordarse que tal concepto de lo razonable ya se tuvo muy en cuenta en la importante y novedosa redacción de la Convención de Viena (CISG en adelante), donde aparece como un criterio interpretativo supletorio a la común intención de las partes dentro del contrato<sup>12</sup>.

En efecto, allí se estableció tal concepto como criterio hermenéutico propio a propósito de «las declaraciones y otros actos de una parte», puntualizando que el canon comparativo de razonabilidad debe tamizarse por el sentido «dado en igual situación [por] una persona razonable de la misma condición que la otra parte». Se percibe pues, cómo este canon hermenéutico toma como referencia comparativa básica la de una «persona razonable de la misma condición que la otra parte», lo que permite incluir en este una muy amplia variedad de elementos o circunstancias del propio contratante. Así, tal y como se ha ejemplificado, el término «condición» utilizado en el precepto permitirá tener en cuenta, atestiguando la trascendencia jurídica que pueden alcanzar usos y prácticas, desde el bagaje lingüístico de cada persona, su capacitación técnica, el conocimiento de anteriores pactos y negociaciones entre las partes, hasta la presumible información que se haya adquirido sobre los mercados y sus fluctuaciones, o la capacidad de comprensión sobre términos acuñados en reglamentos o códigos comerciales, o incluso, extraídos de la misma publicidad o reglas de mercadotecnia de un sector con usos propios, o del tiempo o lugar en que se apliquen tales usos o prácticas<sup>13</sup>.

Pues bien, los PECL, en sentido paralelo al ya establecido en la Convención de Viena, ante la dificultad de conocer con exactitud la común intención de las partes, apelan «al significado que normalmente le daría toda *persona razonable de igual condición que las partes*, en caso de encontrarse en las mismas circunstancias» que estas<sup>14</sup>. En fin, parece que el particular juicio de razonabilidad del *common law* ensambla sin quiebra con nuestra idea tradicional de la buena fe, que, aun cuando *a priori* no parezca tener nada que ver con los usos o prácticas, sin embargo constatamos que no es así. Basta, por ejemplo, observar como los

propios PECL establecen que para la determinación de lo que sea razonable «se deberán tener en cuenta la naturaleza y el fin del contrato, las circunstancias del caso y *los usos y prácticas de los ramos de negocios o profesiones involucrados*»<sup>15</sup>. Algo de esto ya se discutió a propósito de los trabajos prelegislativos en España, antes mencionados. Y así vemos, en efecto, que adquiere especial relevancia la inclusión de este canon hermenéutico general de carácter subsidiario en nuestro país dentro de la última «*Propuesta de Modernización del Código Civil*»<sup>16</sup>, concretamente a propósito de la recurrente indagación de la «intención común de las partes en el contrato», para cuya interpretación esta propuesta nos remite expresamente al criterio del «sentido objetivo que *personas de similar condición que los contratantes* le hubieren dado [a las palabras] en las mismas circunstancias»<sup>17</sup>. Sucinto pero suficientemente claro.

En suma, puede concluirse que desde la perspectiva contractual privada, el estándar de *razonabilidad* del *common law* anglosajón («*reasonable man*») coincide esencialmente con lo que en nuestro país se viene entendiendo por *buena fe objetiva*, parámetro esencial de medida de la diligencia media exigible, que, además, posibilita la apreciación de los principios de autorresponsabilidad y protección de la confianza<sup>18</sup>. Esta *diligencia media* es subsidiaria de la consideración que nos pueda merecer, a su vez, la específica naturaleza de la obligación donde aparecen usos o prácticas singulares y toda una serie de concretas circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar que se trata de enjuiciar (art. 1104.I CC), y donde sabemos que la buena fe se canaliza sustantivamente a través del tradicional concepto del *bonus pater familias*<sup>19</sup>.

Mención aparte merecen las reglas auxiliares interpretativas recogidas en el mismo artículo 8.3 CISG al especificarse que «para determinar la *intención* de una parte o el sentido que habría dado una *persona razonable* deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera *prácticas* que las partes hubieran establecido entre ellas, los *usos* y el comportamiento ulterior de ellas». Tal elenco no exhaustivo de reglas contiene algo más que una serie de criterios subjetivos de interpretación, a excepción precisamente de los usos y prácticas establecidos entre las partes, que podrán utilizarse indistintamente como reglas interpretativas o como reglas de integración del contrato. Esto último con el apoyo del artículo 9.1 CISG, que determina que «las partes quedarán obligadas por *cualquier uso* en que hayan convenido y por *cualquier práctica* que hayan establecido entre ellas»<sup>20</sup>.

La referencia expresa del artículo 9.1 CISG al carácter vinculante de cualesquiera *usos y prácticas* que las partes contratantes hayan convenido entre ellas («*las partes quedarán obligadas*»), parece un reconocimiento expreso del relevante peso adquirido en el ámbito dogmático de la contratación internacional, sin que pueda separarse de las reformas en curso de nuestro derecho nacional de la competencia y de los contratos a la luz del Derecho europeo



de contratos<sup>21</sup>. No es ajeno a lo que apuntamos, fenómenos tan diversos como la masificación y estandarización de la materia contractual, la necesidad de corregir los abusos en esta materia, la creación de relaciones contractuales por imposición administrativa, el fenómeno tópico de la globalización unido a la multiplicación de mercados y relaciones transfronterizas, que vendrían a justificar el carácter transnacional que se invoca certeramente, a nuestro juicio, dentro de esta evolución imparable que incide actualmente, de pleno, en el Derecho privado interno<sup>22</sup>. Pero, sea cual fuere su influjo, el carácter integrador de usos y prácticas en la Convención de Viena vemos que adquiere un marcado sesgo subjetivo al menos en cuanto a los usos, por cuanto que el legislador parte de la presunción legal de su aceptación tácita al afirmar: «*Salvo pacto en contrario se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate*» (art. 9.2 CISG).

A fin de cuentas, la relevancia e interés de la Convención de Viena en este punto radica en la consideración general de cómo usos y prácticas, históricamente, se han ido perfilando como un elemento más del *contenido del contrato*, y ello por cuanto que, de un modo u otro, han contribuido a su proceso de formación<sup>23</sup>. Así, desde una perspectiva internacional globalizadora, siempre trasladable a los derechos nacionales, es patente que usos y prácticas se adaptan de manera mucho más perfecta que otras herramientas jurídicas a las peculiaridades de cualesquiera operaciones con objetos bien diversos, como por ejemplo al ámbito de la compraventa u otros afines (materias primas, productos manufacturados, bienes de equipo, instrumentos de alta tecnología, etc.), amoldándose a contextos sociales, económicos y geográficos muy variados, mostrando signos evidentes de una creciente capacidad de adaptación y mutabilidad a las circunstancias cambiantes del intercambio de bienes y servicios. Con esto queremos apuntar que la regulación continuada mediante leyes generales o sectoriales, en muchas circunstancias, no permite adaptarse al cambio tan rápido de numerosas reglas, usos o prácticas derivadas de las técnicas publicitarias o de mercadotecnia de muchas actividades, sectores o profesiones. Por eso será lógico detectar claros desajustes temporales, que afectan en muchas situaciones a comportamientos y conductas de las personas en sus relaciones comerciales, lo que convendrá tener en cuenta en tanto que inciden en la formación de la voluntad de las partes en el contrato<sup>24</sup>.

En último lugar cabe apuntar que también resulta acorde con la doctrina española la distinción básica entre prácticas y usos negociales, tal y como aparece en los PECL. Así, dentro de lo que se entiende por «prácticas» pueden incluirse tanto las conductas previas o preliminares de una relación contractual entre las partes (*prácticas individuales*), como las conductas reiteradas a propósito de la

celebración entre ellas de un determinado tipo de relaciones contractuales más o menos estandarizadas (*prácticas individuales consolidadas*). Y dentro de los «usos» es común que se juzguen como tales aquellas conductas que se reiteran durante un cierto tiempo por parte de personas que habitualmente se dedican a un determinado tipo de relaciones jurídicas dentro de un ámbito comercial o profesional<sup>25</sup>.

### 3. EL CONCEPTO DE LA «LEALTAD CONTRACTUAL» Y SU CONEXIÓN CON EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE CONTRACTUAL

En cuanto a la consideración jurídica específica que pueda merecer el *comportamiento* o *conducta* de las partes, manifestado por usos y prácticas más o menos reiterados, es muy importante la referencia explícita al concepto de *lealtad contractual*, el cual desde hace tiempo aparece ligado al principio de la buena fe contractual, con sede matriz en el *common law*. Esta expresión no figura por el momento en nuestro ordenamiento privado, si bien vemos que se incluía dentro de la antigua Propuesta CGC 2006 al afirmarse que «las negociaciones para celebrar un contrato mercantil deben hacerse de buena fe y *con lealtad*» (art. 45, Propuesta CGC)<sup>26</sup>. Más recientemente, en la Propuesta de Código Mercantil de 2013, en el estricto ámbito de la contratación, esto es, al margen del desempeño de un cargo o función (deber específico de administradores y representantes o auxiliares del empresario), ya solo se recoge a propósito de la regulación del sinalagma específico del contrato de distribución comercial: «Las partes contratantes deberán observar en sus recíprocas relaciones la máxima lealtad y buena fe» (art. 543-6 *Propuesta de Código Mercantil de 2013*)<sup>27</sup>. También puede comprobarse que este concepto se repite en el DCFR de 2009, donde se incluye como canon hermenéutico caracterizado como de obligada consideración hacia los intereses de la otra parte contratante en liza, pudiendo interpretarse como un criterio general de cierre del acabado cumplimiento de las obligaciones contractuales<sup>28</sup>.

Con antelación, el sintagma «lealtad contractual» aparece con profusión en los PECL en ámbitos bien heterogéneos<sup>29</sup>, entre otros, por ejemplo, a propósito de la aplicación del principio general de libertad contractual (art. 1:102); como elemento indisociable del principio general de la buena fe o del deber de cooperación contractual (art. 1:201 [1]); como elemento de discriminación de la responsabilidad precontractual (art. 2:301), de la validez del contrato por error o dolo (arts. 4:103 [1] y 4:107 [3]), o del control de las cláusulas abusivas (art. 4:110 [1]); como principio básico de la interpretación e integración de las normas (art. 1:106 [1]), circunstancia relevante en la interpretación del contrato (art. 5:102.g) o como elemento constitutivo de las denominadas *cláusulas implícitas* (art. 6:102.c); o, en fin, como causa de inoperatividad de las

cláusulas de exclusión o restricción de los remedios por incumplimiento del contrato (art. 8:109). En suma, puede observarse cómo en la regulación de los PECL, lealtad y buena fe aparecen indistintamente como criterio hermenéutico e integrador específico del contrato, como parámetro del cumplimiento de las obligaciones contractuales (*diligencia del buen padre de familia*)<sup>30</sup>, o como límite del ejercicio de los derechos subjetivos de acreedor.

Así todo, los antecedentes legales y la evolución reciente abonan la idea de configurar la lealtad contractual como elemento específico y propio, en ningún caso renuente a cumplir su función de alcanzar la mayor concreción posible en la aplicación de la buena fe dentro de las relaciones contractuales, válido y eficiente posiblemente en ámbitos distintos a los usuales o ya conocidos. Este planteamiento no resulta devaluado por el hecho de reconocer que, al menos en algunos países, el concepto de la buena fe aparece, *a priori*, más restringido que en nuestro acervo interno, pues suele entenderse más bien en un sentido subjetivo, esto es, como referencia a un estado o representación mental de la persona que cree actuar honestamente sin lesionar los derechos de terceros. Esta idea de lealtad, un tanto deficiente e incompleta, viene a presuponer en todo caso la «observancia de reglas objetivas independientes de cualquier conciencia, intención o posición jurídica subjetiva»<sup>31</sup>.

Con todo, en estos momentos, la idea de lealtad contractual pensamos que permite reforzar el concepto de la buena fe objetiva, ampliando enormemente el campo de actuación de los operadores jurídicos en lo atinente a la natural interferencia de usos y prácticas en las relaciones contractuales. Esto es así sin que pueda obviarse la dificultad, posiblemente más teórica que real, de reagrupar bajo el canon de la buena fe a muy distintos conceptos europeos de raíces culturales bien diversas. Pero dentro del proceso de unificación y armonización contractual actual, debe reconocerse que la idea de lealtad contractual ajena al *civil law* puede contribuir a otorgar un mayor alcance a la interpretación e integración de contratos afectados por prácticas y usos de cualquier naturaleza. Ahora bien, se precisará un mínimo de destreza del operador en la técnica legal empleada para conseguir este cometido.

En fin, buena fe, lealtad y confianza legítima, son conceptos e ideas afines que afectan a la operatividad de cualesquiera usos y prácticas entendidas como actos, conductas o comportamientos insertos en la contratación. A nuestro juicio, serán conceptos intercambiables entre sí en los supuestos en que tengan que dilucidarse, por ejemplo, las consecuencias y efectos jurídicos de las comunicaciones comerciales, la publicidad o de las prácticas de comercialización de productos y servicios. A propósito del vocablo «*confianza legítima*» puede verse, por ejemplo, cómo la PMCC 2009 establece un mecanismo general que permitirá al operador o intérprete impedir la aplicación de una cláusula contractual merced al eventual influjo hermenéutico de las prácticas sobre el clausulado del contrato. En efecto, ahí se propone que tales cláusulas serán válidas, pero se

exceptúan los supuestos en que pueda probarse que se haya quebrado la *confianza legítima* fundada en el comportamiento del predisponente: «Un contrato mercantil que conste por escrito en el que exista una cláusula que prevea que cualquier modificación o que la extinción del mismo se realice por escrito no puede modificarse o extinguirse de otra forma. No obstante, el comportamiento de una de las partes en relación con la modificación o la extinción del contrato impide invocar esa cláusula *si dicho comportamiento hubiera generado en la otra parte una confianza legítima*»<sup>32</sup>. Es plausible, señal de amplio acuerdo por la doctrina, que esta idea se haya trasladado literalmente al artículo 413-9 de la Propuesta de Código Mercantil de 2013, dentro de las disposiciones generales relativas a la modificación de los contratos<sup>33</sup>.

Finalmente debe hacerse notar que tanto el juicio de razonabilidad para el enjuiciamiento de usos y prácticas como el concepto de «lealtad contractual», en su conexión con el principio de buena fe contractual, permiten ensamblarse a la perfección con la Directiva 2005/29/CE, transpuesta precisamente por Ley 29/2009 en aras de que «la legislación protectora de los consumidores se integre de manera coherente dentro de la regulación del mercado», promoviendo de esta manera un cambio profundo con la nueva redacción de la Ley de Competencia Desleal con la finalidad de «asegurar que aquella tutela sea *la más efectiva* y que la normativa del mercado no quede *desintegrada*»<sup>34</sup>.

Parece que la aproximación del concepto de «lealtad contractual» con las prácticas comerciales desleales encontrará por esta vía una mayor operatividad. Tal concepto permite calificar más adecuadamente toda práctica comercial desde el momento preciso en que dicha práctica se pueda conectar con sus últimos destinatarios o consumidores. Integración normativa y efectividad. Difícilmente se alcanzarán estas si las fuentes del Derecho privado común no se acomodan a las bases y fundamentos aquí expuestos. Luego lo analizamos más detenidamente al tratar de los efectos jurídicos que derivan de las declaraciones de las partes, particularmente de la información suministrada por personas o empresas en la libre comercialización de bienes y servicios, donde se observa la importancia creciente de la publicidad y mercadotecnia en las consecuencias del contrato (art. 1:101 PECL; art. 3:101 y sigs. DCFR). La información, como parte integrante de la buena fe y la lealtad contractual, se encuadra de esta forma cada vez mejor como parte esencial de la diligencia profesional exigible a empresarios o profesionales.

## II. APROXIMACIÓN A LAS PRÁCTICAS COMERCIALES CON CONSUMIDORES Y USUARIOS. LA EVOLUCIÓN DE LAS «PRÁCTICAS» EN LAS RELACIONES CONTRACTUALES COMERCIALES

Veamos la incidencia de las «*prácticas comerciales*» en nuestro ordenamiento *privado*, merced a la penetración del principio de protección del consumidor

y a la nueva regulación de las denominadas «prácticas comerciales desleales» en el ámbito de la contratación con consumidores, inspirándose en conceptos y normas insertas en directivas y reglamentos del Derecho comunitario, así como en ciertas propuestas y reglamentaciones europeas de contratos.

Tarea problemática resulta casi siempre conceptualizar tales prácticas, tanto si las entendemos como «abusivas» (plano de la contratación) como «desleales» (plano competencial). Hoy ambos planos se suelen confundir habitualmente, máxime si partimos de la idea de que desde la perspectiva del consumidor no es fácil separar si está viciado el contrato que acompaña a una mala práctica o si el mal funcionamiento del mercado está distorsionado por un particular aspecto que incide en la contratación. Posiblemente, en muchos supuestos, ambas cosas acontecen al mismo tiempo. El problema, además, es que estamos en un ámbito rico y denso en referencias cruzadas entre legislaciones superpuestas, tales como son la LCD, LOCM, LGP o TRLDCE, todas ellas modificadas por la Ley 29/2009 al transponer la Directiva 2005/29/CE. Las derivadas, enfoques y matices son complejos, y lo que importa es delimitar cuáles son esas prácticas concretas y el análisis de su particular incidencia en las relaciones contractuales. Lo que parece claro es que la regulación de la competencia desleal incide tanto de manera directa como indirecta en la contratación de consumo, produciendo dudas y desajustes en la aplicación e interpretación de las normas<sup>35</sup>.

Aun cuando las *prácticas comerciales* no son propiamente cláusulas contractuales, sin embargo debe admitirse que estas parecen condicionar cada vez en mayor grado la realización de múltiples contratos predispuestos, de manera que, cuando menos, habrá que tomarlas en consideración a la hora de interpretar su grado de cumplimiento y la eventual responsabilidad civil que pueda derivarse de ellas. Es cierto que prácticas de todo tipo han existido siempre, pero no cabe duda que en los últimos años el legislador y los operadores han evolucionado en sus planteamientos, plasmando en distintas normas *ad hoc* algunas de las señales de cambio ya vislumbradas desde hace una veintena de años en distintas directivas y reglamentos comunitarios, y, más concretamente, a partir de la publicación del *Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea* (COM [2001] 531 final, 2 octubre 2001)<sup>36</sup>.

Pues bien, ha sido precisamente este reciente cambio de rumbo el que parece haber propiciado la idea de incorporar a nuestro Código Civil todo el «régimen jurídico de los contratos con consumidores», como formalmente propone la PMCC. Esta propuesta parte precisamente de los cambios legales realizados fragmentariamente, poco a poco, contando con que «el *núcleo sustancial* de la mayor parte de las reglas especiales tienen su origen en directivas europeas» transpuestas en estos últimos veinte años<sup>37</sup>. Sea como fuere, el legislador comunitario europeo, sin descartar una futura armonización del conjunto del Derecho competencial, ha dado el paso legal de armonizar las prácticas comerciales en el inédito ámbito en nuestro país, hasta hace poco tiempo, de la contratación con

consumidores y usuarios, lo que obliga a ocuparse *ex novo* del «reproche de deslealtad» competencial, lo cual tiene un claro entronque y relevancia inmediata en la contratación de bienes y servicios con consumidores. No nos referimos aquí a las relaciones contractuales entre empresarios sino a las relaciones entre empresarios o profesionales y consumidores. Estamos en el seno de relaciones sinalagmáticas, donde los usos y prácticas se hacen especialmente relevantes en la fase preparatoria del contrato, la más propicia, por cierto, a confusiones que provienen de la falsa o ambigua información previa que se maneja antes de aceptar una oferta contractual<sup>38</sup>.

Parece claro que el eventual «reproche de deslealtad» que recaiga sobre un acto de competencia desleal entendido como comportamiento comercial con finalidad concurrencial, aun cuando afecta directamente a la competencia en cuanto tal, hoy en día parece ir bastante más allá, pues permite adentrarse netamente en el ámbito de la contratación de consumo. Debe tenerse en cuenta que con la nueva regulación de la LCD se constata, por ejemplo, que el legislador comunitario ha posibilitado enormemente, de facto, el ámbito de aplicación y operatividad de las «prácticas» en el ámbito de la contratación comercial (también extensible al último eslabón de la cadena de distribución), pues ha venido a reconocer formalmente a las «*comunicaciones comerciales*» de cualquier naturaleza (publicidad y comercialización incluidas) el mismo rango jurídico vinculante que a los «*actos, conductas o comportamientos*» de empresarios o profesionales que participan en el libre mercado (art. 2.d) Directiva 2005/29/CE).

Sin perjuicio de las normas que regulan los contratos (art. 3.2 Directiva 2005/29/CE), el legislador comunitario ha venido reforzando su obligación de velar por un «*correcto*» funcionamiento de mercado, esto es, el bien jurídico protegido por toda esta normativa sigue siendo, con independencia de otros cometidos, la poliédrica institución de la competencia, si bien con la novedad de que ahora se desarrolla paralelamente trabada a la contratación con consumidores y usuarios<sup>39</sup>. De este modo, al incluirse también ahora al consumidor en la regulación de la competencia entran en liza los actos, conductas, comunicaciones, publicidad y comercialización (prácticas comerciales), esto es, todo un bloque ingente e indeterminado de actividades que pasan así a adquirir una mayor relevancia e incidencia en la formación y eficacia de la contratación. El que se tengan en cuenta o no tales prácticas y el grado de incidencia en cada ámbito o sector contractual queda a merced de la legislación general de la contratación de cada Estado. Las bases están expeditas y la conciencia social deberá llevar a cada legislador nacional a una regulación acorde y, casi de modo imprescindible, lo más armonizada posible. Aunque en algún tipo de relaciones contractuales los consumidores no formen parte directa de tales relaciones, también podrán ser aplicables todas estas consideraciones y principios cuando de los contratos entre empresas se deriven perjuicios nítidos en la economía de mercado (fijación de precios), o bien asimetrías y desequilibrios claros para los competidores. Y

esto aunque solo fuera por el hecho de que los consumidores ocupan el último lugar de la cadena comercial de distribución en la que fácilmente menudean todo tipo de prácticas abusivas por anticompetenciales, por lo que se hace preciso en muchas ocasiones facilitar a los consumidores la posibilidad de ir más allá de la imposición de meras sanciones por incurrir en ilícitos administrativos o, si acaso, penales<sup>40</sup>. Nos referimos obviamente al resarcimiento por responsabilidad civil, en tanto que determinadas prácticas puedan justificar la nulidad e invalidez de determinados contratos y operaciones.

Estas prácticas comerciales cobran novedosa eficacia desde la perspectiva particular de la información suministrada al consumidor por empresarios y profesionales con ocasión de cualquier transacción o contrato. Parte el legislador de la práctica comercial vinculada a cualquier forma de manifestación que pueda distorsionar el comportamiento del consumidor, en el sentido de que pueda incidir o no en la aceptación de una oferta contractual por el consumidor con pleno conocimiento de causa. Es congruente, pues, afirmar que la suma de todos estos comportamientos individuales, de hecho, permiten presumir un sesgo importante en el libre funcionamiento del mercado de bienes y servicios, sea en un sentido positivo o negativo. Es importante observar que el concepto de «práctica» incluye ahora por definición todo «acto, omisión, conducta o manifestación» del profesional o empresario, yendo incluso más allá de la publicidad formal y de la actividad comercializadora generadora de usos o prácticas singulares, siendo suficiente que al operador se le exija comprobar si esta ha incidido o no en la aceptación del consumidor sobre la oferta particular de bienes o servicios. Competencia y contrato se muestran cada vez más indisolubles, al menos a simple vista, lo que determina un cambio de perspectiva en este campo.

### III. LA FRAGMENTACIÓN DE LAS PRÁCTICAS COMERCIALES: SUS CONSECUENCIAS

Mientras la LCD ahora únicamente se refiere a las prácticas con los términos «actos» o «comportamientos», el art. 2.d) Directiva 2005/29/CE las describió como «todo *acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial*, incluidas *la publicidad y la comercialización*, procedente de un comerciante y directamente vinculadas a la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores».

No debe olvidarse que el eje central de la reforma operada por Ley 29/2009 es «integrar» la legislación protectora de consumo en la regulación competencial de mercado (LCD), nunca al revés. La encomiable finalidad declarada por el mismo legislador en su mismo preámbulo es alcanzar la mejor y «más efectiva» tutela del consumidor, intentando con ello «que la *normativa del mercado* no quede desintegrada», lo cual dice bastante del reequilibrio global de relaciones

que se propone alcanzar mediante este binomio competencia-consumo con la reforma legal de 2009.

Si bien el legislador español al transponer la Directiva 2005/29/CE optó por la vía de adaptar la normativa sobre competencia desleal de la LCD de 1991, es cierto que también podría haber acometido esta reforma dentro del estricto ámbito del TRLGDCU, rehuendo así el cómodo y en ocasiones enojoso recurso a la remisión en bloque de normas, tal como hace ahora por ejemplo con el artículo 19.2 TRLGDCU respecto a todo lo dispuesto en la materia dentro de la LCD o LOCM reformadas<sup>41</sup>. Cabe objetar que estas remisiones cruzadas entre leyes que regulan aspectos transversales no siempre son adecuadas, pues no resultan en ocasiones de fácil aplicación e interpretación. No obstante esto pareció justificarse por el legislador merced al útil expediente competencial, por cuanto que es el Estado quien tiene la competencia *exclusiva* en la materia por considerarse materia de Derecho mercantil (art. 149.1.6º CE), obviándose así los eventuales problemas de todo tipo de una hipotética regulación de las prácticas comerciales por parte de las Comunidades Autónomas. La finalidad parece clara y expeditiva. Salvo las excepciones previstas, ni las Comunidades Autónomas ni el Estado podrán ahora retocar o añadir nada al respecto; la propia Directiva 2005/29/CE lo impide en su artículo 1. Ahora solo cabrían tres excepciones normativas posibles a la regla general establecida por esta Directiva de máximos: 1ª) Que se trate de normas que afecten a la salud o la seguridad de bienes y servicios (art. 19. 3 TRLGDCU; art. 3.3 Directiva 2005/29/CE); 2ª) Que existan normas que regulen aspectos concretos de las prácticas comerciales ya previstos en normas comunitarias específicas (art. 19.4 TRLGDCU; art. 3.4 Directiva 2005/29/CE); y 3ª) Que existan normas que regulen las prácticas comerciales relativas a bienes y servicios financieros (incluidas las operaciones con los denominados productos financieros) o sobre bienes inmuebles, en tanto en cuanto ofrezcan una mayor protección al consumidor o usuario (art. 19.5 TRLGDCU; art. 3.4 Directiva 2005/29/CE)<sup>42</sup>.

Sea como fuere, el nuevo concepto de *prácticas comerciales* de la Directiva 2005/29/CE tan solo aquí prevé que estén *directamente* relacionadas con *la venta o promoción de bienes y servicios*, por lo que es factible interpretar que dentro de tales prácticas cabe incluir tanto *las actividades promocionales* como las *relaciones públicas* o la mera *publicidad corporativa* de una empresa comercializadora o distribuidora de bienes o servicios. No sería aceptable, sin embargo, que se excluyeran las relaciones públicas o la publicidad de este concepto al amparo de un criterio restrictivo que estimase, por ejemplo, que tales actividades lo único que pretenden es crear una imagen favorable para la empresa que las realiza. Además, siempre en favor de su consideración como prácticas milita la circunstancia de que las «comunicaciones comerciales» en cuanto tales se incluyen expresamente en el amplio concepto de «práctica comercial», tal y como aparecen descritas en el artículo 2.d) Directiva 2005/29/CE, que menciona



cualesquiera actos, omisiones, conductas o manifestaciones, o comunicaciones comerciales, incluida la publicidad y la comercialización de los bienes o productos en conjunto<sup>43</sup>.

Cuando la Directiva 2005/29/CE menciona solamente las prácticas *dirigidas a consumidores*, parece de vital importancia que se tengan en cuenta asimismo todas las circunstancias que rodean a cada supuesto. De esta forma, parece imprescindible atender al papel fundamental que juega cada *tipo de bien o producto* que se promociona en el mercado, así como al *medio de difusión* que haya sido empleado. De esta manera bastará conocer que un producto se dirige al consumo en general o a un uso preferentemente empresarial o profesional, o que se utiliza un medio de difusión general o especializado, para poder deducir si se trata realmente o no de una *práctica comercial* de un ámbito específico que afecta a la protección del consumidor.

Con todo, la Ley 29/2009 da un paso importante de *refuerzo* de la idea plasmada en la primitiva LCD de 1991, esto es, pasando de una tutela *exclusiva* de los intereses privados de los empresarios implicados en la lucha concurrencial («modelo corporativo o profesional»), a una tutela *complementaria* de los legítimos intereses económicos de los consumidores *en tanto que contratantes de bienes y servicios*. Parece, pues, que el legislador deja de proteger el *interés público*, pero sin rehusar a tutelar el interés de toda la colectividad salvaguardando lo que, con un cierto eufemismo, se denomina «*correcto funcionamiento del mercado*» («modelo social»)<sup>44</sup>. Ha sido la norma que regula la *cláusula general de competencia desleal con consumidores* como norma de cierre del sistema competencial (art. 4.1.II LCD), la que posiblemente plasme mejor la transición de un «*modelo corporativo*» de competencia, imperante en el fragmentario sistema de competencia desleal anterior a la LCD de 1991, hacia un «*modelo social*» de competencia<sup>45</sup>.

La idea básica es que ahora nuestro legislador separa la regulación de las prácticas desleales en dos grandes bloques diferenciados en sendos capítulos dentro de la LCD. Por un lado, el capítulo II LCD recoge lo que considera actos de competencia desleal de carácter general, con independencia de quiénes sean sus destinatarios, y, por otro, el capítulo III de la LCD regula los actos que tienen su encuadre en las relaciones específicas de empresarios o profesionales y consumidores en tanto que destinatarios finales. Con esto parece romperse definitivamente la unidad estructural de este sector del ordenamiento jurídico. Aun cuando pueda decirse que esto carece de trascendencia práctica en el conjunto de la LCD, sin embargo, pensamos que tiene consecuencias en el ámbito de la contratación con consumidores y usuarios, por cuanto que *las conductas* que ahora sean calificadas como prácticas desleales con consumidores pasan también a estar sometidas al régimen sancionador general previsto en el TRLGDCU, tras ampliarse por Ley 29/2009 la competencia sancionatoria de la Administración en materia tan sensible merced a los artículos 47.3 y 49.1.I TRLGDCU<sup>46</sup>.

Es precisamente el artículo 19 LCD el que ahora amplía la aplicación de determinados artículos incluidos en la parte general del capítulo II de la LCD a la regulación de las prácticas con consumidores y usuarios del capítulo III de la LCD, concretamente sus artículos 4, 5, 7 y 8 («prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios»). En estos artículos se recoge la importante cláusula general utilizada como norma de cierre del sistema competencial (art. 4.1.II LCD), se definen las prácticas engañosas (arts. 5 y 7 LCD) y, finalmente, las prácticas agresivas con carácter general (art. 8 LCD)<sup>47</sup>. Como contrapartida, puede observarse cómo determinadas conductas tipificadas con carácter general en el capítulo II de la LCD, teóricamente pensadas para las relaciones competenciales entre empresarios y profesionales, son de imposible aplicación a esas relaciones, como vemos que ocurre con las conductas que suponen un tratamiento discriminatorio con *consumidores* (art. 16.1 LCD), la venta a pérdida susceptible de inducir a error a los *consumidores* acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento (art. 17.2.a) LCD), o las distintas modalidades de *publicidad ilícita*, en la que debe incluirse la publicidad engañosa y la publicidad agresiva (art. 18 LCD)<sup>48</sup>.

La fragmentación del Derecho competencial que afecta a consumidores, por cuanto establece dos ámbitos de actuación separados, obliga al operador a aplicar, en primer lugar, el capítulo II LCD sobre «prácticas comerciales con los consumidores o usuarios», en donde se transpuso razonablemente estructurada y ordenada toda la casuística del Anexo I de la Directiva 2005/29/CE<sup>49</sup>. A continuación, en segundo lugar, de no encontrarse el supuesto específico, habrá de acudir a las enunciaciones generales que aparecen en los artículos 5, 7 y 8 sobre prácticas engañosas (acciones u omisiones) y prácticas agresivas, para, finalmente, de no atinarse con la calificación adecuada a cada caso, acudir a la importante cláusula general que opera como norma de cierre en manos de jueces y tribunales (art. 4.1.II LCD), esencial en esta materia.

#### IV. LAS PAUTAS DE LA NUEVA CLÁUSULA GENERAL DESLEAL DE PRÁCTICAS COMERCIALES CON CONSUMIDORES: LEALTAD Y BUENA FE

La LCD utiliza el término «prácticas comerciales» para referirse a «comportamientos» o «conductas» con finalidad concurrencial de empresarios o profesionales que intercambian bienes y servicios, al objeto de determinar si se apartan o no de las pautas del «buen funcionamiento del mercado interior». La información contractual, como parte integrante de la buena fe y la lealtad contractual, forma parte de la diligencia profesional exigible a empresarios o profesionales. Pues bien, tales pautas se han redefinido con carácter general en el mismo artículo que ya recogía la exclusiva cláusula general. Pero

ocurre, como apuntamos, que el artículo 4.1 LCD reformado ya no describe tan solo una sino *dos cláusulas* generales diferentes y yuxtapuestas, y que se aplican a supuestos distintos. La primera cláusula reproduce el texto original de la LCD de 1991, que considera desleal «todo comportamiento que resulte *objetivamente* contrario a las exigencias de la buena fe», y que tan solo será aplicable a las relaciones entre los propios empresarios y profesionales. La segunda cláusula, sin embargo, se aplicará a cualesquiera relaciones de las empresas o profesionales con consumidores y usuarios<sup>50</sup>. Es precisamente esta segunda cláusula la que ahora nos ocupa y la que genera problemas de interpretación, habida cuenta de la fragmentación antedicha y del nuevo enfoque generalista e integrador llevado a término con la reforma de la LCD. Por tratarse esta cláusula de una norma de cierre, sobre la que pivota buena parte del sistema concursal con consumidores, deben señalarse cuáles son sus características sustantivas.

Pues bien, el eje vertebrador de esta segunda cláusula del artículo 4.1.II LCD no es otro que el concepto de *diligencia profesional* entendida como el «nivel de competencia y cuidado especiales que cabe razonablemente esperar del comerciante en sus relaciones con los consumidores, acorde con las *prácticas honradas de mercado* o con el *principio general de buena fe* en el ámbito de la actividad del comerciante» (art. 2.h) Directiva 2005/29/CE). De esta forma, la *diligencia profesional* ha pasado a convertirse en la *pauta de conducta que guía las prácticas desleales* entre operadores económicos y consumidores. Cabe recordar que estas dos fuentes de las que se nutre esta diligencia profesional, *prácticas honradas de mercado* y *principio general de la buena fe*, son los conceptos más reiterados en los sistemas comparados europeos<sup>51</sup>. La redacción de la Directiva 2005/29/CE se alejó así de la propuesta inicial, que hacia recaer el estándar de conducta de la diligencia profesional en valoraciones subjetivas de los empresarios, haciendo depender la deslealtad contractual en exclusiva de la adecuación o no de las prácticas particulares a las normas abstractas y patrones objetivos de conducta<sup>52</sup>.

A este propósito es importante señalar la *conjunción disyuntiva* utilizada a este propósito por el legislador comunitario en la redacción del precepto antedicho: «acorde con las *prácticas honradas del mercado* o con el *principio de la buena fe*». La locución utilizada parece bien clara al respecto, pues describe y deja netamente abiertas las dos posibilidades basadas en conceptos distintos y superpuestos. Parece darse a entender nítidamente que la *vulneración de tan solo uno de ellos*, la «buena fe» o las «prácticas honradas de mercado», supone un quebranto de la diligencia exigible al empresario o profesional<sup>53</sup>. Sin embargo, en contra de esto, sin justificación alguna, en el farragoso artículo 4.1.II LCD de nuestro texto reformado se restringe la amplitud del precepto comunitario, dejando exclusivamente abierta la posibilidad de medir el grado de diligencia profesional *respecto a las «prácticas honestas del mercado»*, obviándose así la

buena fe como criterio autónomo e independiente para determinar la diligencia del empresario tal y como hace el texto inspirador de la Directiva 2005/29/CE.

Se observa, pues, cómo la cláusula general del artículo 4.1.II LCD relativa a las relaciones con consumidores se aparta claramente en este punto de la Directiva 2005/29/CE. En efecto, puede comprobarse cómo la redacción de la cláusula en cuestión en la Directiva 2005/29/CE gravita sobre la noción de diligencia profesional, permitiendo al operador recurrir alternativamente para su solución, o bien a las *prácticas honradas de mercado* o bien al principio general de la buena fe (art. 2.h) Directiva 2005/29/CE). Sin embargo, en nuestra Ley 29/2009 esta cláusula general aplicable a consumidores descansa *exclusivamente* sobre las exigencias de la buena fe, equiparándolas restrictiva y confusamente, a todos los efectos, al ámbito exclusivo de las denominadas *prácticas honestas de mercado*. Y es que nuestro legislador, al concretar las exigencias del comportamiento del empresario que derivan del principio general de la buena fe, tan solo menciona aquellas que respeten «el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario *conforme a las prácticas honestas del mercado*» (art. 4.1.II LCD). Es decir, establece una analogía estricta entre las exigencias de la buena fe y aquellas otras que puedan derivarse de la diligencia profesional. No es posible, pues, al menos siguiendo la literalidad del precepto, una confrontación directa de la conducta del empresario con el principio de la buena fe, tal y como permite hacerlo alternativamente la Directiva 2005/29/CE, en consecuencia, de una manera más flexible y abierta como sería deseable<sup>54</sup>.

En suma, la transposición legal en España de las prácticas comerciales opera en el concepto de cláusula general con consumidores un reduccionismo que puede ser perturbador, pues realmente la Directiva 2005/29/CE lo que realmente trató de instaurar es un doble parámetro de referencia o comparación para las relaciones de consumo, al establecer, de manera alternativa, una diligencia profesional «acorde con las prácticas honradas de mercado o con el principio general de la buena fe en el ámbito de la actividad del comerciante» (art. 2.h) Directiva 2005/29/CE). Es decir, el principio de la *buena fe* aparece en la Directiva como un estándar de conducta distinto y separado del parámetro de las *prácticas honestas del mercado*. Esta cuestión es sustancial, pues el eventual reproche de deslealtad en la conducta se hace depender exclusivamente en nuestro país de las *prácticas honestas* de mercado, dificultándose así, por ejemplo, que a través del exclusivo recurso al principio general de la buena fe, se puedan invocar normas de conducta distintas o, en su caso, ulteriores exigencias que puedan derivar de las estrictas y volubles prácticas honestas<sup>55</sup>.

Si bien es importante reconocer que hay una jurisprudencia menor que viene reconociendo un cierto solapamiento entre las exigencias de las prácticas honradas y las exigencias del principio de la buena fe como *fuentes integradoras* de la diligencia profesional<sup>56</sup>, es preciso enfatizar que tal principio de la buena fe facilita notablemente al intérprete determinar cuáles sean las pautas razona-

bles de conducta debida o, dicho de otra manera, las expectativas y exigencias normativas en el mercado de bienes y servicios en relación con las empresas, lo que hemos denominado juicio de razonabilidad sobre usos y prácticas. Una de ellas, tal vez la más importante para la competencia real, es la que se traduce en el singular *mandato normativo de no ocultar información relevante sobre el alcance de la toma de decisiones contractuales en el ámbito de las relaciones entre empresarios y consumidores*, sea cual fuere el sector de la actividad en el que se desarrolle la práctica o uso que en cada caso haya de enjuiciarse<sup>57</sup>.

Pues bien, esta omisión del principio de la buena fe por parte del legislador nacional, que no imprevisión, pues aparece bien claro en la Directiva 2005/29/CE en el ámbito específico de la actividad del comerciante en sus relaciones con consumidores y usuarios, justifica sobradamente la necesidad de sugerir su reforma legal, o, en su defecto, la conveniencia de tratar de influir desde el comienzo en la tarea de establecer una interpretación correctora de los tribunales en este punto. El caso es que la idea de subrayar la conveniencia de mantener el principio de la buena fe como *límite* principal y prioritario del ejercicio de los derechos en este ámbito, en expresión acuñada por el artículo 7 del Código Civil, enlaza y conecta a la perfección con el criterio de la buena fe esgrimido por los tribunales cuando juzgan de la abusividad de las cláusulas contractuales<sup>58</sup>. Por otra parte, es persistente la idea de que todo reproche de deslealtad de las conductas debe quedar desligado de cualquier connotación subjetiva vinculada al ánimo del empresario o sujeto agente, siendo preciso que la buena fe se ajuste, en la medida de lo posible, al adecuado funcionamiento del mercado y al principio renovador de una competencia real y eficiente<sup>59</sup>.

## V. APLICACIÓN, INTERPRETACIÓN Y SINGULARIDADES DE LA CLÁUSULA GENERAL DESLEAL COMO NORMA DE CIERRE DEL SISTEMA PRIVADO

Desde otro punto de vista la crítica a la cláusula general con consumidores del artículo 4.1.II LCD recae tanto sobre su alcance y contenido como sobre las consecuencias que puede acarrear. De esta manera se ha puesto de relieve que las definiciones incorporadas al artículo 4.1.II LCD, tomadas casi en su literalidad del artículo 2 de la Directiva 2005/29/CE (*«diligencia profesional»*, *«distorción del comportamiento económico del consumidor»*; *«decisión sobre una transacción»*) no pueden circunscribirse a un solo artículo de la LCD, sino que deben ser tenidas en cuenta en la aplicación de *todo el texto legal*. Con otras palabras, estamos ante una cláusula que actúa como norma de cierre del sistema competencial, por lo que en principio esta cláusula no podrá utilizarse para analizar la deslealtad de conductas tipificadas en el capítulo III LCD, al regularse aquí taxativamente una serie de *«prácticas comerciales con los consumidores y*

usuarios». Es decir, su aplicación deberá hacerse cuando nos encontremos ante prácticas que no estén expresamente tipificadas, ya sea con carácter específico (capítulo III LCD, arts. 21 a 31), ya sea con carácter general (arts. 5, 7 y 8 LCD). La aplicación del artículo 4.1.II LCD a prácticas, conductas o comportamientos ya tipificados, solamente podrá realizarse para reforzar conclusiones obtenidas a través de la aplicación de los preceptos específicos que recogen las conductas previstas en los artículos 5 a 8 y 20 a 31 LCD<sup>60</sup>.

En segundo lugar, por lo que respecta a las consecuencias de su aplicación, se ha estimado que estas pudieran resultar *indeseables*, tanto por entender que se ha llegado a un «desarrollo complicado y reglamentista impropio de lo que debe ser una cláusula general», como por juzgar «que ya queda poco margen para la interpretación», al quedar esta «vinculada a las sucesivas definiciones establecidas en la Directiva 2005/29/CE para expresiones que se van sucediendo y vinculando entre sí»<sup>61</sup>. Quepa apuntar, como contrapunto, que las definiciones de la Directiva 2005/29/CE o aquellas otras incorporadas a nuestra LCD, se fundamentan en gran medida en conceptos jurídicos indeterminados, por lo que siempre cabe cierto margen de flexibilidad en la aplicación de la cláusula general de cierre, aunque estemos ante una *lista cerrada* de conductas en las relaciones de empresarios con consumidores.

En todo caso, tras lo apuntado, puede recriminarse al legislador español el hecho de no haber delimitado, con mayor claridad y exactitud, el amplio margen que han pasado a adquirir las prácticas, conductas o comportamientos prohibidos por la Ley en el ámbito de las relaciones con consumidores, ya que la Directiva 2005/29/CE permite un marco jurídico más amplio y claro que el ahora descrito en el artículo 4.1.II LCD. En el calculado eclecticismo de nuestro legislador interno parece plasmarse cierta indefinición y ambigüedad al formular la cláusula general desleal en cuanto «práctica comercial», aun cuando este concepto sea posible extraerlo *a posteriori* por parte del intérprete con base en la prolija redacción del artículo 4.1.II LCD. Esto es algo llamativo porque el concepto de *práctica comercial* es una de las pocas definiciones que nuestro legislador no ha querido transponer aisladamente a la nueva redacción de la LCD, no respetando además la literalidad de la Directiva en una materia central, siendo tal vez una de las más importantes. A nuestro juicio tal definición omitida constituye la pieza maestra para alcanzar la más adecuada interdicción de los «actos de competencia desleal», incluidos los «comportamientos previstos» en el *iter* contractual, con mención explícita y directa de la comunicación comercial, la publicidad y la subsiguiente comercialización publicitaria. Además, a nuestro parecer, tampoco es suficientemente diáfana la mención de la «*publicidad ilícita*» incorporada a la nueva redacción del artículo 1 LCD para todos los actos de competencia desleal, donde se observa, de nuevo, una referencia cruzada a la definición recogida en la LGP pues se remite a ella, y que pudiera desencadenar algunos equívocos evitables en la interpretación del texto<sup>62</sup>.

En síntesis, el concepto de «práctica desleal» incluye cualquier actividad realizada en el ámbito comercial del empresario o profesional que distorsione o pueda distorsionar, de manera significativa o sustancial, el comportamiento del *consumidor medio*, particularmente en lo tocante a la aceptación, contenido o condiciones de la oferta, promoción y publicidad de bienes y servicios. Esta descripción encaja a la perfección con lo recogido al respecto en el artículo 19.2.II TRLGDCU, que, en este caso, sí fue tomada con acierto en su casi literalidad del artículo 2.e) de la Directiva 2005/29/CE. Evidentemente, cabe un amplio margen de interpretación sobre la amplitud que queramos conceder a esta actividad empresarial específica, y, también, sobre el propio alcance de lo que pueda suponer una «distorsión significativa» del comportamiento económico del consumidor en general, donde entendemos que debe darse prioridad absoluta a las relaciones creadas, consolidadas y contrastadas en el mercado a propósito de la contratación privada y regular de bienes o servicios.

Así todo, puede concluirse que ni la actividad del empresario o profesional se ajusta adecuadamente al mero comportamiento o conducta diligente, tal y como señala la Ley 29/2009 (sea o no conforme con las *prácticas honestas de mercado*)<sup>63</sup>, ni tampoco la *distorsión sustancial* del consumidor, tal y como aparece regulada en el artículo 4.1.II LCD, se acomoda a lo que el legislador comunitario entiende como toma de una «*decisión sobre una transacción*» del consumidor, esto es, como adopción de una decisión en el marco o contexto de una relación contractual. Y esto, al margen de si la merma de voluntad del consumidor contratante, último destinatario del reproche de deslealtad, sobreviene antes, durante o después de la celebración de un contrato afectado por una práctica desleal.

A nuestro juicio, pensamos que hubiera sido muy útil y conveniente una fidedigna traslación y visualización en el texto de la LCD de la finalidad pretendida por la Ley 29/2009, exteriorizada y manifestada sin ambages en su misma Exposición de Motivos. Es decir, que fuera posible constatar con mayor claridad dentro de su articulado una real «*plasmación de la tendencia hacia una expansión del concepto y de los elementos definitorios de los actos de competencia desleal*», en donde pensamos que ha quedado un tanto diluido el concepto esencial y básico de lo que es una «práctica comercial». Es evidente que la reforma se hizo con la intención de alcanzar la tutela más efectiva del consumidor y usuario dentro de las normativas de consumo y competencia que intentan armonizarse. Pero no debe olvidarse que es el propio legislador quien advirtió que con esta reforma lo que se pretendía era que la normativa del mercado no quedase «desintegrada» o desprovista de efectividad real en el marco competencial. La reforma parece haberse quedado a medio camino tras formular la nueva cláusula general con consumidores en el artículo 4.1.II LCD limitando la *diligencia profesional* del artículo 2.h) Directiva 2005/29/CE a las *prácticas honestas de mercado*. El hecho de no haber incorporado un concepto

suficientemente preciso del control sobre las prácticas comerciales a través del «*principio general de buena fe en el ámbito de actividad del comerciante*», nos parece que merma el alcance de la tesis de quienes sostienen que con la Ley 29/2009 se ha dado un paso muy relevante hacia la «*generalización* de la disciplina de la competencia». Sin embargo, frente a estos, nos parece más bien haberse dado un paso un tanto dubitativo, timorato e insuficiente en este sentido<sup>64</sup>. A nuestro juicio, debería haber dejado abierto completamente el libre juego al principio de la buena fe contractual, en paridad con las prácticas honestas de mercado.

En último lugar, cabría pensar que la buscada armonización de esta materia en torno a las prácticas con base en la LCD podría haber traído, como efecto reflejo, la supresión de la posibilidad de sancionar esas mismas conductas como infracciones administrativas de consumo, las cuales aparecen ahora tipificadas en una ley estatal de derecho privado tras la nueva redacción de la LCD, pero esto no ha sido así. Precisamente el RDLeg 1/2007 introdujo como novedad que las autoridades competentes en materia de consumo pudieran sancionar el uso de las prácticas comerciales desleales con consumidores y usuarios (arts. 47.3 y 49.1.1) TRLGDCU). Pero lo más llamativo a este respecto es que la autoridad administrativa competente en la materia deberá aplicar, por remisión expresa del artículo 19.2 TRLGDCU, las normas correspondientes de la LCD, esto es, los artículos 4, 5, 7 y 8, que ahora tipifican comportamientos genéricos, que, asimismo, son trasladables a la competencia entre empresarios o profesionales, al igual que ocurre con los artículos 21 a 31 del mismo texto legal, que tipifican prácticas desleales concretas con consumidores y usuarios «en todo caso y en cualquier circunstancia» (capítulo III LCD). Como vemos existe una clara diferenciación entre las *conductas genéricas* tipificadas (cláusula general de deslealtad, actos de engaño, omisiones engañosas o prácticas agresivas) y el resto de *conductas específicas* pensadas para las relaciones singulares con consumidores y usuarios. Pues bien, este procedimiento dual en torno al ilícito civil y administrativo, como se ha señalado, es bastante peligroso en este ámbito por su eventual arbitrariedad, pues es previsible que las autoridades administrativas de consumo carezcan de la preparación técnica que sin embargo sí se presume en jueces o tribunales de la jurisdicción civil para determinar y aplicar adecuadamente todo este articulado, o, cuando menos, la cláusula general del artículo 4.1.II LCD a las relaciones con consumidores.

Indudablemente, desde un punto de vista práctico, parece incuestionable que todo esto supone un reto para los operadores administrativos competentes en la aplicación de un Derecho de consumo que se supone perfeccionado. Por lo que parece muy conveniente, casi podría decirse que de obligado cumplimiento, que las Comunidades Autónomas afectadas examinasen las singulares tipificaciones de prácticas y usos de esta naturaleza recogidas en sus leyes autonómicas de consumo, para comprobar si se ajustan a las pautas ahora recogidas en la Ley



29/2009. De no hacerse así, como es más que probable, podría ocurrir que las eventuales sanciones que se impongan a empresas o profesionales sin haber pasado este control de legalidad podrían ser ineficaces, aunque solo fuera por la aplicación del principio de supremacía del Derecho comunitario<sup>65</sup>.

## VI. PRÁCTICAS COMERCIALES, PUBLICIDAD Y DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN. SU AMPLIACIÓN A LA COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCTOS Y SERVICIOS BANCARIOS, FINANCIEROS Y DE INVERSIÓN

Por otro lado la circunstancia de que el legislador trate de separar las prácticas comerciales de las relaciones de naturaleza contractual no debiera conducir a equívocos. En efecto, vemos que el legislador interno, siguiendo al legislador comunitario (art. 3.2 Directiva 2005/29/CE), separa las normas sobre prácticas comerciales de las normas que regulan las relaciones contractuales, remitiéndose el TRLGDCU a las normas generales que regulan el *ámbito de aplicación* de contratos con consumidores (art. 19.2.III, que remite a su vez al art. 59 TRLGDCU)<sup>66</sup>. Ahora bien, entendemos que esto no debe interpretarse como si nos encontrásemos ante una suerte de compartimentos jurídicos estancos, ni mucho menos.

La aplicación de la normativa de competencia, que prohíbe y persigue las prácticas desleales de mercado a propósito de las relaciones con consumidores, no obsta para que pueda analizarse si estas inciden al mismo tiempo en la formación, celebración o interpretación de los contratos con los que indefectiblemente concurren. Y no parece que tampoco importe si la práctica existía «antes, durante o después de una operación comercial o contrato», tal y como describe el texto normativo (art. 19.2.II TRLGDCU), o que se haya celebrado o no el contrato (art. 2.3 LCD; art. 19.2.III TRLGDCU). Esto nos lleva de la mano a la inmersión en la normativa interna de contratos, concretamente a nuestro artículo 19.2.III TRLGDCU<sup>67</sup>, que, a su vez, nos reenvía al artículo 59 TRLGDCU, donde se afirma, como no podía ser de otra manera, que los contratos con consumidores y usuarios se regirán tanto por lo establecido en el TRLGDCU y las leyes especiales, como «por las disposiciones legales que regulan los contratos civiles y mercantiles» (art. 59.2 TRLGDCU).

En análogo sentido ocurre con los contratos que incorporan cláusulas generales abusivas en tanto que, de manera similar a la apuntada, junto a la cobertura legal del TRLGDCU, se establece que quedarán sometidos a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (art. 59.3 TRLGDCU). Si cualesquiera prácticas anticompetitivas o desleales que rodean a la contratación con consumidores afectan a su contenido y efectos, a nuestro juicio también deberá tenerse en cuenta la normativa de contratos, al menos

en los supuestos en que pueda demostrarse que dichos resultados están «directamente [relacionados] con la promoción, la venta o el suministro de un bien o servicio a los consumidores y usuarios, con independencia de que sea realizada antes, durante o después de una operación comercial» (art. 19.2.II TRLGDCU)<sup>68</sup>.

Además, la conexión entre ambas legislaciones, competencial y contractual, se viene realizando abiertamente desde hace ya algún tiempo por la vía de los *deberes de información en los contratos*, que han adquirido cada vez más entidad y relevancia interpretativa, en mayor grado dentro de las distintas regulaciones sectoriales del mercado donde la protección del consumidor es más quebradiza y titubeante (servicios bancarios y financieros; salud y seguridad)<sup>69</sup>. Y es que los derechos nacionales, a instancias del derecho comunitario y el derecho europeo de contratos, vienen estableciendo progresivamente una creciente exigibilidad sobre determinadas informaciones relativas al contenido de las transacciones con consumidores, así como de los requisitos que normalmente las acompañan y completan, y que, en este campo, están directamente vinculados con la información suministrada a través de las habituales comunicaciones comerciales («invitaciones a comprar»), la publicidad o la mera praxis comercializadora de bienes y servicios. A modo de anticipo de que está por venir puede observarse cómo el propio articulado del DCFR recoge minuciosamente los deberes precontractuales vinculados a las prácticas comerciales, describiéndolos como una información relevante que se estima *necesaria* para aceptar («tomar una decisión») un contrato o transacción comercial<sup>70</sup>.

Pues bien, aquellas conductas o prácticas del empresario o profesional que contengan información falsa, incorrecta, que induzcan o puedan inducir a error a los destinatarios, o aquellas que omitan u oculten información determinante para la toma de decisiones por el consumidor con pleno conocimiento de causa dentro de una relación obligatoria, quedan, a nuestro juicio, directamente conectadas por ley a las actividades realizadas por tales empresarios o profesionales, y ello por cuanto que la Ley 29/2009 permite determinar fácilmente qué tipo de prácticas comerciales afectan al contenido de la oferta, promoción y publicidad de cualesquiera productos o servicios del mercado. En suma, aunque exista en nuestro país una neta separación entre los cuerpos legislativos que regulan la competencia desleal (LCD) y el derecho contractual básico de consumo (TRLGDCU), las conductas descritas en la LCD como «*actos y omisiones engañosas*» ligados a una errónea, insuficiente o deficiente información (arts. 5 y 7 LCD), pueden y deben engarzarse interpretativamente con los deberes precontractuales de *información* del artículo 60 TRLGDCU. Esto comporta, de facto, la necesaria integración en el contrato de consumo de toda la normativa que establece requisitos informativos, sea a través de las comunicaciones comerciales, de la publicidad o de la mera comercialización de productos o servicios, y que el legislador comunitario califica como «sustancial». Asimismo, el con-

cepto esencial de práctica desleal como conducta preeminentemente *informativa*, ahora puede completarse con la norma de cierre del reiterado artículo 4.1.II LCD, que juega a modo de cláusula general con consumidores. Esto permitirá calificar con mayor precisión, en el estricto ámbito contractual, toda conducta o comportamiento del empresario o profesional que pueda incidir en la capacidad negociadora del consumidor para «adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa» (art. 4.1.II LCD).

En cualquier caso tampoco debe olvidarse que tales «prácticas informativas», sea en formato de comunicaciones o de actos publicitarios de empresarios o profesionales, quíerase o no, siempre podrán adquirir relevancia jurídica en tanto que incidan de una u otra forma en la consumación del contrato, y ello será así «aún cuando no figuren expresamente» en el mismo contrato escrito cuando exista o en el documento o comprobante que lo certifique (art. 61.2 TRLGDCU)<sup>71</sup>.

Valga añadir que el legislador comunitario al regular las prácticas desleales en la Directiva 2005/29/CE propone una *armonización plena* en los aspectos de la información de empresarios o profesionales que se consideran «sustanciales», en particular toda aquella concerniente a los requisitos informativos relacionados con las comunicaciones comerciales, la publicidad o la comercialización de productos o servicios, y que como puede comprobarse también aparecía ya inserta de forma troceada en otras muchas directivas a propósito de la regulación de aspectos informativos dentro de muy diversas materias y sectores regulados. La propia Directiva 2005/29/CE aprovecha para recopilar precisamente en su *Anexo II* un elenco clarificador del conjunto de disposiciones comunitarias que recogen cuestiones relativas a la publicidad y las comunicaciones comerciales de empresarios y profesionales sujetas así a un mejor control, a efectos de una eventual responsabilidad civil derivada de su actividad con la clientela.

Pues bien, conviene asimismo recordar que «los Estados miembros podrán *mantener o añadir* requisitos de información relacionada con el *Derecho contractual* y con repercusiones en el ámbito del *Derecho contractual* si así lo autorizan las cláusulas mínimas de los instrumentos del Derecho comunitario vigentes»<sup>72</sup>. Esto es, los Estados pueden introducir requisitos legales de información que les permitan ir «más allá de lo especificado en el Derecho comunitario, sobre la base de cláusulas mínimas»<sup>73</sup>. Así ocurre, por ejemplo, respecto a la información adicional que pueda imponerse sobre prácticas más exigentes, limitativas o restrictivas, que los legisladores nacionales puedan adoptar en el ámbito de los productos comercializados por servicios financieros o de la contratación específica sobre bienes inmuebles, y cuya regulación separada justifica el legislador comunitario en razón de su complejidad y de la importancia de los riesgos que conllevan ciertas operaciones inherentes a ellas, como pueda ser la evaluación de la solvencia en los préstamos respecto al riesgo para el supuesto de impago.

En España tenemos como ejemplo reciente de este avance regulatorio en la Orden EHA/2899/2011, 28 octubre, de transparencia y protección del cliente minorista de servicios bancarios, o en la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, disposiciones estas que vienen a complementar a la Ley 26/1988 sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito y sus órdenes de desarrollo<sup>74</sup>. Complementariamente, en estos últimos años, tenemos otra buena muestra de la importancia que va adquiriendo esta información previa en ámbitos diversificados dentro de la propia actividad de los servicios bancarios y financieros a clientes considerados consumidores, como vemos que ocurre con los préstamos hipotecarios a través de intermediarios diferentes a las entidades de crédito (Ley 2/2009); el crédito al consumo (Ley 16/2011), o los servicios de pago (Ley 16/2009).

La finalidad de buena parte de esta legislación específica, que incide netamente en los usos y prácticas en este sector, no es otra que la de mejorar la deficitaria transparencia del funcionamiento del mercado en el ámbito de los servicios bancarios y financieros a consumidores y minoristas, debiendo ser este, mucho más en la actualidad, uno de los objetivos prioritarios de mejora del ordenamiento jurídico privado. La celeridad legislativa es importante, y tal vez por eso se haga preciso huir de la cómoda y excesiva fragmentación en este ámbito de los productos bancarios y financieros, donde tal vez, en ocasiones, se rebasa de forma inadecuada la competencia reguladora de los entes administrativos o los supervisores bancarios y financieros a la hora de emitir órdenes, circulares, guías, memorandos, etc., en materias básicas<sup>75</sup>. Tal vez debería imponerse, en aras de la deseable simplicidad y claridad, una mejora normativa en este sector del ordenamiento jurídico-privado mediante una criba legislativa, lo que parece indispensable para estructurar, armonizar y unificar la protección y seguridad del cliente minorista de productos y servicios bancarios y financieros en un mercado transfronterizo.

Pues bien, completando lo expuesto respecto a la regulación de la contratación de productos y servicios bancarios o financieros<sup>76</sup> (también sobre bienes inmuebles), conviene recordar que la cláusula de armonización mínima del artículo 3, apartado 9, Directiva 2005/29/CE, permite entender que tanto la Directiva de 2005/29/CE como nuestra Ley de transposición 29/2009, de reforma de la LCD, son aplicables a cualesquiera contratos en los que aparezcan actos de comunicación, publicidad o comercialización de productos bancarios o financieros, ya se trate de responsabilidad derivada de la oferta de productos o servicios bancarios y financieros, ya se trate de bienes de naturaleza inmobiliaria<sup>77</sup>. De esta forma puede afirmarse que la Directiva 2005/29/CE constituye la base de aplicación general de la obligación atinente a los *deberes de información con contratos con consumidores*, en tanto que puede comprometer a cualesquiera prácticas

y conductas del empresario o profesional que reflejen la omisión, de forma deliberada o no, de cualquier información que pueda considerarse necesaria, o que de tales prácticas pueda colegirse una información falsa o deficiente de sus productos, de manera que induzcan o puedan inducir a error a sus destinatarios. De ahí que el legislador regule cada vez más meticulosamente y con mayor precisión determinados aspectos informativos de tales productos bancarios, financieros o de inversión, continuando así con la vía abierta por la normativa específica comunitaria anterior a la propia Directiva 2005/29/CE, como es la que regula la comercialización a distancia de los servicios financieros (Directiva 2002/65/CE), la relativa a los mercados de instrumentos financieros (Directiva 2004/39/CE, en revisión), o aquella otra que ha venido a mejorar la legislación interna ya vigente, como ha ocurrido con la normativa sobre servicios de pago o sobre contratos de crédito al consumo (Directivas 2007/64/CE y 2008/48/CE). Hay, además, normativa importante en preparación sobre algunos aspectos de información financiera, como refleja la avanzada *Propuesta de Reglamento europeo sobre productos de inversión*<sup>78</sup>. Pues bien, toda esta proyectada regulación específica, detallada y más exigente, pasa a desempeñar la función de *lex specialis* respecto a las prácticas y exigencias informativas reguladas con carácter general en la Directiva 2005/29/CE y en la Ley 29/2009 de transposición (art. 3.4 Directiva 2005/29/CE)<sup>79</sup>.

En suma, no queda duda, a nuestro juicio al menos, de que cualesquiera prácticas comerciales del sector bancario y financiero entran en el ámbito de aplicación de la Ley 29/2009. En tanto que afectan a usos o prácticas de cualquier servicio financiero (crédito, seguros, pensiones, inversión o pago, incluyendo la comercialización a distancia) puede afirmarse que quedan incluidos en la Directiva 2005/29/CE. De este modo, la propia Comisión Europea ha señalado como ejemplo de prácticas comerciales desleales las *comisiones bancarias que reúnan cualquier opacidad* y cualquier tipo de *información precontractual que sea insuficiente o ininteligible al fin pretendido o buscado*, y esto por cuanto que, de facto, se entiende que impiden al cliente consumidor comparar con otras ofertas existentes en el mercado. En muchos casos tales prácticas pueden llegar a calificarse como *engañosas*, no siendo necesario que se trate ni mucho menos de una información propiamente falsa, pues tan solo será suficiente con que puedan inducir a error en la contratación que las ampara, ya sea respecto a eventuales resultados o beneficios esperados o ya sea respecto a los riesgos inherentes a un determinado producto financiero. Conviene advertir que, en muchos casos, tampoco será suficiente para exonerarse de responsabilidad con probar que la información emitida por las entidades sea objetivamente correcta, pues en la mayoría de las situaciones será exigible que tal información se haya presentado de tal manera que impida inducir a error alguno al destinatario final<sup>80</sup>.

Pues bien, esta «*información sustancial*» que empresarios y profesionales trasladan al cliente consumidor en sus relaciones contractuales o transacciones,

tal y como recoge la Ley 29/2009, nos permite especificar de manera pormenorizada lo siguiente:

a) Con carácter general, respecto al elenco de *comunicaciones comerciales, la publicidad o comercialización de empresarios o profesionales*, puede decirse que comprenderá esencialmente todas aquellas prácticas y requisitos de información enunciados en el *Anexo II de la Directiva 2005/29/CE*, que afecten sustantivamente a la información en las relaciones contractuales de viajes combinados, precios de los productos, comercio electrónico, crédito al consumo, comercialización a distancia de servicios financieros, seguro de vida y mediación de seguros, supuestos la mayoría de ellos ya transpuestos a nuestro ordenamiento, aun cuando algunos están pendientes de actualización y reforma.

b) Con carácter particular, en lo atinente a la *oferta o «invitación a comprar»*, puede afirmarse que comprenderá esencialmente cualesquiera prácticas que incidan en la información básica que recaiga sobre las características principales del producto contratado, la identidad del comerciante que comercializa, el precio y gastos complementarios, el pago y entrega si hay que realizarla, así como la información de la existencia o no del derecho de desistimiento. Concretamente, la previsión informativa «sustancial» de la oferta del artículo 7.4 Directiva 2005/29/CE se ha transpuesto al artículo 20 TRLGDCU bajo el epígrafe «información necesaria en la oferta comercial de bienes o servicios». Pues bien, el incumplimiento de estas obligaciones informativas está sancionado «en todo caso» como práctica engañosa en nuestro país<sup>81</sup>, lo cual no obsta a nuestro juicio para que, paralelamente, se inste la invalidez de las cláusulas y prácticas contractuales que adolezcan de la información básica requerida conforme a los artículos 60 y 61.2 TRLGDCU dentro de una determinada comunicación comercial, publicidad o comercialización de un bien o servicio. Es interesante observar cómo todas las previsiones informativas, transpuestas por Ley 29/2009 en el ámbito competencial con consumidores, se complementan con las desarrolladas en el ámbito específico de los deberes precontractuales de información, las cuales, a partir del RDLeg 1/2007, aparecen descritas como «obligaciones relevantes de información» para el empresario. Esta parece una vía expedita para que puedan exigirse por los consumidores, aun cuando no figuren expresamente en el texto legal, y para que necesariamente sean tenidas en cuenta dentro de una eventual integración de cualesquiera contratos con consumidores y usuarios (arts. 60.2, 61.2 y 65 TRLGDCU).

Debe recordarse que el concepto de práctica engañosa, en aquellas ofertas contractuales que adolezcan de la información *necesaria* señalada por ley para empresarios o profesionales, exige completarse con lo indicado en el artículo 5 LCD, al calificarse como engañosa toda *información falsa o que induzca o pueda inducir a error al consumidor* sobre una serie de aspectos ahí descritos, que, en gran medida, son coincidentes con el contenido de la información específica reseñada en el artículo 20.1 TRLGDCU<sup>82</sup>. De modo análogo, puede argumentarse

lo mismo respecto a las conductas tipificadas en el artículo 7 LCD, que califica como práctica engañosa la *omisión u ocultación al consumidor de la información que se estima necesaria para aceptar con debido conocimiento de causa una transacción*, o bien la que resulte de una información *oscura, ininteligible, ambigua o no se dé a conocer al destinatario en el momento adecuado para decidir*. En último lugar, en cuanto a la incidencia que las prácticas agresivas puedan tener en los contratos (art. 8 LCD), parece claro que el uso de la fuerza, la coacción o una influencia indebida, que distorsiona la libertad de elección sobre el bien o servicio ofertado, legitima la invocación y aplicación complementaria de la normativa general sobre vicios contractuales, en clara similitud con la tipicidad de la intimidación contractual de los artículos 1265 y siguientes del Código Civil, o, si se quiere, con el contenido del artículo 59 TRLGDCU<sup>83</sup>.

A este respecto, es muy interesante observar el contenido de la Propuesta de Modernización del Código Civil (PMCC) de 2009. Es cierto que no se contiene en esta una regla general sobre la forma en que puede incorporarse al contrato de la información ofrecida por un profesional, proveedor de bienes o servicios, o a través de las declaraciones públicas de otro contratante<sup>84</sup>. Sin embargo, al referirse al contenido de los contratos, la PMCC incluye un precepto específico sobre la incorporación al contrato de la publicidad o de eventuales actividades vinculadas a la promoción o comercialización de productos o servicios realizados por un profesional. En efecto, su importante artículo 1276 PMCC determina que «quedarán insertadas en el contrato y tendrán valor vinculante las afirmaciones o declaraciones efectuadas *por un profesional* en la publicidad o en actividades de promoción de un producto o servicio, salvo que se pruebe que la otra parte conoció o debió haber conocido que tal declaración o afirmación era incorrecta». Esta pretensión se refuerza aún más en su operatividad jurídica al afirmar, a continuación, que «no impedirá la aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior el hecho de que las afirmaciones o declaraciones provengan de *un tercero*, siempre que resultaran conocidas o cognoscibles para el contratante profesional, este no hubiera excluido expresamente su aplicación al contrato y se refieran a un *producto*, que, según el contrato celebrado, se encuentre en la *cadena de producción o comercialización en la que profesional y tercero se encuentren insertos*». Nótese que hasta se utiliza el término «producto» insertado dentro de una cadena comercial o de producción.

## VII. PRÁCTICAS COMERCIALES ABUSIVAS Y «PRÁCTICAS NO CONSENTIDAS EXPRESAMENTE»

### 1. LA INTERCONEXIÓN ENTRE CLÁUSULAS Y PRÁCTICAS ABUSIVAS

Las «prácticas no consentidas expresamente» marchan indefectiblemente unidas a lo que nuestro legislador de 2006, por vez primera, denominó «obstácu-

los onerosos o desproporcionados», «obstáculos no contractuales», «prácticas obstruccionistas o lesivas» en el ejercicio de derechos reconocidos en contratos con minoristas, consumidores y usuarios<sup>85</sup>. Con el sintagma «prácticas no consentidas expresamente» el legislador interno parece que pretendió cohonestar la introducción de una serie de prácticas en la esfera jurídica propia de las cláusulas abusivas, al margen de los problemas de toda índole que esto pudiera plantear. Es decir, se buscaba un maridaje a toda costa de las «prácticas no consentidas expresamente» con las cláusulas abusivas, y esto dentro del ámbito del TRLGDCU a propósito de la regulación de las cláusulas y prácticas abusivas en los contratos. Pues bien, ¿puede afirmarse que con esto se ha puesto la base para una eventual equiparación en el tratamiento jurídico de cláusulas y prácticas abusivas por parte de jueces y tribunales?

Conviene subrayar que la entrada de la publicidad y comercialización de bienes y servicios en la nueva redacción de la LCD respecto a clientes minoristas o consumidores tiene un mayor alcance del que pudiera parecer a primera vista. Porque, ¿acaso la *publicidad ilícita* de un empresario o profesional que *distorsione* de manera significativa el comportamiento económico del *consumidor medio*, impidiéndole adoptar una decisión contractual con pleno conocimiento de causa, no interfiere de facto en la validez del contrato realizado o, si acaso, en la validez de alguna de sus cláusulas? ¿Qué ocurrirá si se demuestra que tales prácticas inciden directamente en cualesquiera cláusulas del contrato por aportar una información oscura, ininteligible, ambigua o insuficiente, favoreciéndose así, al menos implícitamente, la posición del contratante proponente? ¿Acaso esta vía no amplía el mecanismo, con mayor facilidad que hasta ahora, para interpretar aquellas cláusulas que taimadamente encubren prácticas abusivas o desleales más o menos reiteradas? Así todo, al margen del recurso a la interpretación *contra proferentem*, la nueva redacción de la LCD parece que viene a reforzar notablemente las consecuencias derivadas del uso y buena fe conforme a la naturaleza de cada contrato, según el artículo 1258 del Código Civil<sup>86</sup>.

Encaja lo antedicho con lo que puede denominarse una «interpretación *constructiva* del contrato», con fundamento en el artículo 1258 del Código Civil, donde los usos y prácticas comerciales acordes con la naturaleza del contrato y la buena fe son herramientas que, al menos por el momento, permiten conectar tales usos y prácticas con lo que la doctrina denomina *cláusulas implícitas* del contrato<sup>87</sup>. Puede comprobarse, significativamente, como la Ley 29/2009 ha introducido de golpe toda la *publicidad ilícita* en la categoría de la competencia desleal (art. 1 LCD), esto es, no solo la *publicidad engañosa o agresiva*, en los términos tan amplios con que aparece en la nueva redacción de la LCD, sino también toda aquella que infrinja lo dispuesto en la normativa que regula la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios, así como la publicidad subliminal, la que abuse de la inexperiencia o credulidad de los menores, o, en fin, toda aquella que atente contra la dignidad de la persona (art. 3 LGP).



Nada impide, en suma, reconocer abierta y diáfananamente el *nuevo papel* de usos y prácticas comerciales en la contratación dentro de nuestro ordenamiento jurídico privado, más allá de las limitaciones o deficiencias de la actual redacción del artículo 1.3 del Código Civil. Y es que parece que ya no es necesario tener que recurrir a la *costumbre* para argumentar, de manera directa y clara, el peso y fundamento de la consideración de los usos o prácticas habituales en la contratación. Se dirá que esto es posible hacerlo ahora con la ayuda complementaria de los artículos 1258 y 1287 del Código Civil. Pero cabe señalar que su operatividad ha estado bastante mermada en la práctica por el fuerte lastre histórico de nuestra costumbre, por estar tan ligada a la idea a ella inherente de la *opinio iuris*. Así todo, llama la atención el esfuerzo dogmático de algún sector doctrinal que ha buscado ensamblar, a toda costa, los «usos» cuanto tales dentro de la categoría de la costumbre, ya se trate de usos generales o usos de comercio, para así presentarlos trasmutados del *significado* propio que pretenderse atribuirse a la «costumbre mercantil»<sup>88</sup>. Pero pensamos que hoy en día, desde un punto de vista práctico, la misma realidad parece haber sobrepasado a las categorías tradicionales, al menos tal y como se han venido encasillando y sedimentando históricamente dentro del propio sistema de fuentes del derecho.

Pues bien, parece adecuado al fin de este estudio, establecer una estrecha conexión entre el clausulado contractual y las prácticas abusivas, a semejanza de la que puede realizarse entre «cláusula abusiva» y «*práctica no consentida expresamente*», tal y como esta aparece descrita en el artículo 82.1 TRLGDCU<sup>89</sup>. Entendemos que en ningún caso la interpretación abusiva de una cláusula contractual podrá expandirse, sin más, a cualquier uso o práctica comercial utilizados dentro de contrato particular, y ello por tratarse, *a priori*, de ámbitos separados y distintos: el de una serie de comportamientos o conductas más o menos reiteradas y el de las normas jurídicas en cuanto tales.

Es cierto que, de partida, puede establecerse sin problema que prácticas y cláusulas *parecen* ámbitos comunicables entre sí. En efecto, una práctica no incorporada en forma de cláusula no parece que pueda ser objeto de un particular juicio de validez o nulidad jurídicas, si acaso de una medida administrativa de cesación cuando se trate de una conducta tipificada y sancionada por una ley administrativa<sup>90</sup>. No obstante, sentado esto, puede añadirse que, junto a la mera cesación de una conducta impropia por parte de un empresario o profesional, la propia ley vigente determina otros muchos efectos singulares que sobrepasan la mera imposición de una mera conducta cesante, y que van desde la interposición de una acción declarativa de deslealtad, el resarcimiento de daños y perjuicios, la interdicción del enriquecimiento injusto causado por tal conducta o comportamiento desleal, o la remoción de los efectos antijurídicos producidos, sin olvidarnos del ejercicio de una eventual acción de rectificación de eventuales informaciones engañosas, incorrectas o falsas que traigan causa del empleo de tales usos o prácticas, y que pudieran obligar a publicar total o parcialmente la sentencia dictada<sup>91</sup>.

Por otro lado, en efecto, aun cuando «la declaración de nulidad de la cláusula que deba *soportar* una práctica prohibida no conlleva ni presupone la cesación de dicha práctica, que no puede ser objeto de declaración judicial de nulidad», sin embargo pensamos que sí es posible atemperar el juicio de los que sostienen que las prácticas en cuanto tales no se conjugan bien con el mecanismo del «proceso de integración contractual», aun dando por supuesto que «la cesación de una práctica prohibida puede hacerse por un *procedimiento* que no condicione ni preconstituya la validez de la cláusula contractual que la soporta»<sup>92</sup>. Y es que, reconociendo la existencia de la dualidad de procedimientos a este respecto (civil, administrativo), a nuestro juicio no hay obstáculo para que en los supuestos arriba mencionados las prácticas pasen a formar parte del proceso de integración contractual, antes bien al contrario, y esto puede sostenerse con independencia de que tales prácticas incidan, en mayor o menor grado, en unas u otras cláusulas del contrato del que formen parte, o de que su cesación o nulidad se inste por el procedimiento que las partes en litigio estimen más adecuado a sus intereses.

Por todo ello consideramos que la premisa de una *incomunicación interpretativa* entre un clausulado prerredactado imperativamente sujeto a una normativa y las prácticas o usos que las precedan o acompañen, tan solo podrá darse en tanto nos estemos refiriendo a las prácticas entendidas estrictamente como actos o «conductas» *gremiales o corporativas*, es decir, dentro de un análisis global e indefinido referido a conductas de empresarios o profesionales que actúen al amparo de determinadas prácticas comerciales en un sector determinado, y que pudieran ser abusivas o desleales con carácter general e indeterminado. Pensamos que no podrá justificarse tal *incomunicación* cuando alcance a probarse que una determinada práctica comercial o un uso específico han llegado a formar parte de la propia *aceptación* de un contrato o de toda una serie de contratos en serie claramente separables y aislados entre sí. En este sentido, en efecto, estamos refiriéndonos a la natural *comunicación interpretativa* entre cláusulas y prácticas comerciales en la fase inmediata que precede a la conclusión del contrato, y donde indefectiblemente los usos y prácticas operan como «circunstancias concurrentes» a tener siempre en cuenta en la validez y eficacia del contrato, conforme al artículo 82.3 TRLGDCU.

En suma, observamos que junto a la *cesación de conductas* inherente a una prohibición por deslealtad, la misma ley también fija efectos singulares que van mucho más allá de una mera cesación por conducta desleal. Pero es que, además, el ejercicio de tales reclamaciones judiciales contra prácticas comerciales específicas podrá realizarse en la jurisdicción mercantil, y esto en tanto «los intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por tales conductas desleales» (art. 33.1 LCD). Hoy por hoy tales reclamaciones basadas en un incumplimiento de estricto carácter contractual de las que se deriven intereses particulares, deberán realizarse en la jurisdicción civil común. Ahora

bien, ¿puede hablarse de que existe realmente una incomunicación infranqueable de legislaciones, por el hecho de que las acciones de los artículos 32 y 33 LCD se sustancien ante la jurisdicción mercantil? A nuestro juicio nada obsta para que determinadas prácticas comerciales de los empresarios o profesionales que puedan afectar a «la validez, la formación o el efecto de los contratos» con consumidores (art. 3.2 Directiva 2005/29/CE) puedan reclamarse en la vía judicial ordinaria. Bastaría, por ejemplo, con que tales prácticas tergiversen o distorsionen la aplicación o interpretación de cualesquiera cláusulas predispuestas por el empresario o profesional a su favor.

Pues bien, en último término, debemos contar con el problema añadido de que la propia LCD no ha definido expresamente lo que se entiende por «práctica comercial» a secas, esto es, un concepto que recoja la amplia gama de conductas con las que el legislador comunitario trata de supervisar y controlar los comportamientos del empresario o profesional en su relación con el consumidor, bajo el estricto parámetro de la lícita finalidad concurrencial objetiva, transpuesta ahora en el artículo 2 LCD<sup>93</sup>. Nuestro legislador interno se ha limitado únicamente a describir lo que entiende por «comportamiento desleal», equiparándolo con la conducta contraria a la diligencia profesional exigible<sup>94</sup>. Con todo, puede darse como algo evidente que una práctica desleal se diga que es *comercial* por la mera circunstancia de que, naturalmente, se presume que trata de alcanzar la realización directa de una «operación comercial o contrato». Sin embargo, no toda práctica desleal acontece únicamente en el estrecho ámbito de los empresarios o comerciantes, debiendo destacar que la LCD ahora es aplicable tanto a estos como a «cualquiera otras personas físicas o jurídicas» (art. 3.1 LCD), dando así entrada el legislador de forma explícita a los «profesionales», por lo que no podrá supeditarse la aplicación de toda la normativa competencial «a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del acto de competencia desleal» entre empresarios (art. 3.2 LCD).

Por otra parte se hace necesario tener en cuenta el cambio de orientación que ha supuesto el reformado artículo 2.3 LCD, al atribuir a los *actos preparatorios del contrato* una mayor trascendencia de la que hasta ahora tenían, al incluirse expresamente dentro del objeto de aplicación de la LCD: la ley se aplica a los actos realizados «antes, durante o después de una operación comercial o contrato, independientemente de que este llegue a celebrarse o no» (art. 2.3 LCD). Esto, unido a la incorporación e integración en el texto legal del conjunto de relaciones con consumidores y usuarios, permite aventurar que su aplicación e interpretación tenderá a ser tendencialmente expansiva, que es lo que nos permite hablar de la estrecha conexión de la LCD con el TRLGDCU o la LOCM, pues no olvidemos que el hilo conductor del cambio llevado a término por la Ley 29/2009 parte de la idea de integrar «de manera coherente» la legislación protectora de los consumidores dentro de la regulación general del mercado de bienes y servicios<sup>95</sup>.

Así todo, a pesar de la ausencia de una definición de práctica comercial en la LCD, vemos, sin embargo, que el concepto de práctica comercial de la Directiva 2005/29/CE se ha transpuesto curiosamente en su literalidad al artículo 19.2.II TRLGDCU. Esto no debe sorprendernos, ya que por mor de la integración y generalización buscada por esta normativa, parece sustancial que las prácticas comerciales se sometan tanto al TRLGDCU, como a la LCD, o, en su caso, a la LOCM (art. 19.2.I TRLGDCU). Estas leyes tienen ámbitos y finalidades diversas, por lo que el intérprete deberá hacer el esfuerzo de aunar criterios en esta materia. Se evidencian de nuevo referencias cruzadas entre diferentes textos legales, y que aun teniendo cometidos bien distintos deben complementarse en muchos aspectos. Precisamente por eso pensamos que no hubiera sido superfluo o reiterativo, antes al contrario, la inclusión de un concepto claro y explícito de la «práctica comercial» en la propia LCD, estableciendo desde la perspectiva competencial la *necesaria conexión* de esta con el TRLGDCU y la LOCM, a efectos de una mejor y más ágil aplicación integradora, que es el propósito confesado del legislador interno con la transposición de la Directiva 2005/29/CE. El haberlo hecho desde el TRLGDCU, siendo teóricamente operativo en idéntico grado, se presta posiblemente a serias disfunciones en la aplicación de la normativa de la LCD.

Con la transposición de la Directiva 2005/29/CE tales prácticas necesariamente deberán interpretarse en el sentido específico que les otorga la Ley 29/2009, de 30 de diciembre. Pensamos que existe un doble aspecto con que el operador jurídico debe analizar las *prácticas comerciales* de los empresarios en sus relaciones con los consumidores. Primero, tener en cuenta la nueva tipificación de las prácticas realizada en el capítulo III de la LCD en sus artículos 21 a 31, y, segundo, su aplicación expansiva conforme a los artículos 5, 7 y 8 LCD, particularmente relevante por lo que respecta a las prácticas vinculadas a una *inexistente, tergiversada o errónea información* de la oferta contractual, aplicando la cláusula general de deslealtad del artículo 4.1.II LCD en el sentido expuesto más arriba. Además, la dicción literal del artículo 19.2.II TRLGDCU es muy importante por cuanto recoge *íntegramente* la noción de «prácticas comerciales de los empresarios con los consumidores y usuarios» que incluye «*todo acto, omisión, conducta, manifestación o comunicación comercial, incluida la publicidad y la comercialización, directamente relacionada con la promoción, la venta o el suministro de un bien o servicio a los consumidores y usuarios, con independencia de que sea realizada antes, durante o después de una operación comercial*». No obstante, por las limitaciones de la LCD y las dificultades interpretativas que comporta, no está de más volver a insistir en la oportunidad desaprovechada por el legislador al no haber trasladado este concepto, extraído casi literalmente del artículo 2.d) de la Directiva 2005/29/CE, a la misma LCD dentro de su medular artículo 4.

En efecto, para una correcta valoración del *incumplimiento de los deberes de información* que afectan *directamente* a la *promoción* (actos u omisiones, conductas o comunicaciones comerciales), *venta* o *publicidad* de bienes o servicios por parte de los empresarios, el legislador determina expresamente que, también, habrá de tenerse en cuenta «lo dispuesto» a este respecto en todo el amplio catálogo de normas que regulan las prácticas comerciales<sup>96</sup>. Así todo, esta redacción, al igual que lo apuntado más arriba es también un tanto confusa, al no existir una normativa específica que regule las prácticas comerciales en todos y cada uno de esos sectores, por lo que parece trascendental el uso que pueda hacerse de la cláusula general de deslealtad del artículo 4.1.II LCD, aplicable a cualesquiera prácticas de las empresas en sus relaciones con consumidores y usuarios.

Podemos concluir afirmando que los aspectos concurrenciales de la LCD pueden también considerarse subsumidos en la protección del consumidor, pues se parte de la novedosa premisa de que «las normas que imponen la protección de la libre competencia o prohíben la competencia desleal protegen a los consumidores *de la misma manera* que protegen el funcionamiento del mercado y los intereses de los operadores económicos que actúan en el mismo». Competencia y contratos privados pueden coincidir como anverso y reverso de una misma realidad bifronte e inseparable. La aplicación de la normativa de la competencia en las relaciones con los clientes minoristas o los consumidores no debe impedir analizar, al mismo tiempo, la incidencia de estas en la formación, celebración e interpretación de los contratos con los que indefectiblemente concurren.

## 2. LA FINALIDAD DEL LEGISLADOR Y EL CONTROL DE ABUSIVIDAD

Siendo coincidente, al menos con parte de la argumentación expuesta, parece oportuno hacer un análisis sobre cuál fue la previsión inicial del legislador en torno a la *información precontractual* en su sentido más omnicomprendivo, donde incluye la *publicidad y comercialización* de bienes y servicios, para explicar a continuación cuál puede ser el alcance interpretativo de estas prácticas que inciden en los aspectos informativos, publicitarios y de comunicación de empresarios y profesionales en su actividad contractual.

Como apuntamos, con el ambiguo sintagma «prácticas no consentidas expresamente» el legislador interno parece pretender cohonestar la introducción de las prácticas en el ámbito de las cláusulas abusivas. Es decir, busca la incorporación de las «*prácticas no consentidas expresamente*» en estrecho maridaje con las *cláusulas abusivas en los contratos* en el ámbito del TRLGDCU que las regula. Pues bien, ¿se trata con esto de fundamentar una posible equiparación en el tratamiento jurídico por jueces y tribunales de cláusulas y prácticas abusivas en la contratación?

La inclusión del término «prácticas» en el artículo 82.1 TRLGDCU se hizo de manera intempestiva en 2006, es decir, solo *en previsión* de lo que sería la futura transposición de la Directiva 2005/29/CE de prácticas desleales a nuestro ordenamiento, donde se incorporó formalmente en 2009 la completa descripción de «práctica comercial» en el sentido lato del artículo 2.d) Directiva 2005/29/CE: «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», entendiéndose por «producto» tanto los bienes como los servicios ofertados por el oferente (art. 2.c) y d) Directiva 2005/29/CE). Puede comprobarse cómo el vocablo «prácticas no consentidas expresamente» tiene un engarce lógico y coherente con la propia definición tomada de la Directiva 2005/29/CE, tal y como expone la misma Ley 44/2006<sup>97</sup>.

En efecto, en el trabajo previo a la aprobación del artículo 82 TRLGDCU, fue importante la tarea del Consejo de Estado al dar su aprobación a ese vocablo, que finalmente sustituyó al que figuraba en el anteproyecto, donde se las describía como simples «*prácticas contractuales*»<sup>98</sup>. Aun cuando la CGC calificó las «prácticas no consentidas» como confusa y contradictoria, el Consejo de Estado arguyó en su apoyo la «finalidad estimable» a la que servían, también confesada por los mismos redactores del anteproyecto de Ley, es decir, el propósito deliberado de que el operador pudiera alcanzar una *equiparación e idéntico alcance entre el tratamiento jurídico de las cláusulas abusivas con las prácticas*, es decir, «posibilitar su prevención mediante el ejercicio de las correspondientes acciones judiciales», y así poder obtener su «represión por medio de la sanción». De este modo el Consejo de Estado corrigió la redacción original al objeto de alcanzar una mejor articulación jurídica, para evitar, utilizando sus propias palabras, que la «misma inactividad del consumidor acabe vinculándole» contractualmente en contra de sus propios intereses económicos, lo que iría en contra del principio de la buena fe o de la interpretación *contra proferentem*. Con todo, una vez realizada esta corrección técnica, la reforma legal nos parece excesivamente pacata y escueta una vez evidenciada la equiparación en el tratamiento de las prácticas no consentidas y las cláusulas abusivas. No obstante, lo más claro es que con esto el legislador pretende facilitar un real y efectivo «*reequilibrio* contractual», corrigiendo todas aquellas distorsiones que, de hecho, favorezcan unilateralmente a empresarios o profesionales predisponentes, que fácilmente abusan de una posición basada en prácticas o usos distorsionadores del equilibrio exigible y necesario.

La segunda premisa a tener en cuenta es que tales «prácticas no consentidas expresamente» marchan indefectiblemente unidas a lo que el legislador denomina, de manera versátil, «*obstáculos onerosos o desproporcionados*», «*obstáculos no contractuales*», «*prácticas obstruccionistas*» o «*prácticas lesivas*» en el ejercicio de los derechos reconocidos a consumidores y usuarios. Sin embargo,

estas locuciones no son ni mucho menos originales de nuestro legislador, pues ya aparecen en la Directiva 2005/29/CE<sup>99</sup>. No obstante, con ellas el legislador interno parece justificar la finalidad práctica perseguida y reconocida por él mismo al amparo de las lógicas exigencias de una correcta articulación legal<sup>100</sup>. Así pues, la finalidad que se propone el legislador es *equiparar* el tratamiento otorgado a las cláusulas abusivas del contrato con prácticas o usos asimilados, que, sin aparecer nunca reflejados en documento o estipulación contractual alguna, puedan ocasionar un *idéntico efecto* de desequilibrio contractual. Tales prácticas, en tanto se permita probar que distorsionan el equilibrio básico del sinalagma obligatorio, podrá deducirse que son contrarias a la buena fe objetiva. Al menos así parece sostenerlo taimadamente nuestro legislador cuando afirma que lo que pretende es alcanzar «*idénticos efectos para los usuarios*», esto es, los mismos que los que derivan de la invalidez o nulidad de cláusulas abusivas no negociadas<sup>101</sup>.

En fin, con lo afirmado parece posibilitarse un más fácil ejercicio de las correspondientes acciones judiciales, o, en su caso, una más rápida aplicación de las medidas administrativas sancionadoras que expulsen del mercado las prácticas no consentidas o meramente abusivas. En suma, tales «prácticas» merecen idéntica reprobación jurídica que las cláusulas abusivas, aunque solo fuera por el simple hecho de tratarse de trabas u obstáculos *impuestos* unilateralmente por el empresario *sin consentimiento* del consumidor, en tanto que afectan al contenido básico de la relación obligatoria del contrato. Es interesante también observar la localización de las locuciones antedichas (*obstáculos; prácticas*) en la parte dispositiva del articulado, cuando el legislador se refiere expresamente a los contratos de suministro de bienes o de prestación de servicios de *tracto sucesivo* (arts. 62.3 y 87.6 TRLGDCU), sin que con ello se pretenda ir más allá de lo apuntado, es decir, que lo más habitual será que tales usos o prácticas se presenten en estos supuestos en el ámbito de relaciones contractuales periódicas y de tracto sucesivo en el tiempo con clientes minoristas y consumidores<sup>102</sup>.

Por todo lo apuntado parece que el concepto tan amplio de «prácticas» de la TRLGDCU, aun siendo *indeterminado*, debe interpretarse siempre por referencia a *cada contrato singular*, esto es, una práctica podrá considerarse *abusiva* en tanto que pueda probarse su neta incidencia en la esencia de cada contrato. Lo habitual será, pues, que tras el silencio en la celebración del contrato, sin referencia alguna a usos o prácticas anteriores, el predisponente se permita *exigir o imponer* al consumidor un determinado comportamiento que no se ajuste o corresponda con el exigible equilibrio de las partes más o menos explicitado dentro de cada contrato. Pues bien, la prueba de abusividad de tal conducta o práctica podrá deducirse porque, en el caso de su traslación hipotética al contrato particular de que se trate, esta pudiera calificarse, análogamente, por traslación, como cláusula abusiva. En concreto, para llegar a esta calificación parece imprescindible comprobar, caso por caso, si es posible

estimar como «razonable» que el consumidor o cliente minorista aceptase *esa* determinada práctica impuesta por el empresario o profesional en el marco de una hipotética negociación individual de la misma, partiendo del presupuesto de un trato leal y equitativo con el consumidor en los términos expuestos al comienzo de este estudio, siempre acorde con la buena fe<sup>103</sup>. La *modificación o interpretación unilateral del contrato* por parte del predisponente, en perjuicio de los intereses del consumidor o usuario, permitirá concluir, con mayor o menor dificultad, que existe una total o parcial *abusividad* de una determinada práctica no consentida expresamente, lo que, por añadidura, podrá corroborarse en tanto existan indicios o elementos de juicio complementarios que permitan concluir que se ha transgredido o trastocado la consabida indisponibilidad del contenido del contrato con ruptura o desequilibrio en favor de una de las partes (art. 1256 CC; art. 85.3 TRLGDCU)<sup>104</sup>.

En estos casos, parece que la falta de consentimiento sobre las prácticas del artículo 82.1 TRLGDCU puede realmente equipararse al desconocimiento del consumidor o usuario sobre el alcance de un acto, conducta o comportamiento determinado, lo que desde la Ley 29/2009 es todavía más relevante, al ampliarse su alcance jurídico al valor que pueda tomar una mera comunicación comercial realizada por cualquier medio adecuado, sea a través de la publicidad o de la comercialización, y que la propia ley vincula con cualquier promoción, venta o suministro de bienes o servicios a consumidores y usuarios, «con independencia de que sea realizada antes, durante o después de una operación comercial» (art. 19.2.II TRLGDCU). Parte del problema, una vez más, podría provenir de que la amplia definición de práctica comercial del texto comunitario no se incorporó a la nueva redacción de la LCD, y la reserva legal que en este punto hace el TRLGDCU («a estos efectos», esto es, la protección de los legítimos intereses sociales y económicos de consumidores), carece de lógica y sentido, pues la finalidad del TRLGDCU es la misma que la LCD, y como buena muestra de ello vemos como se remite íntegramente a ella en su artículo 19.2.I TRLGDCU.

Hemos analizado la práctica abusiva como cualquier *práctica impuesta* que permite vaciar o trastocar la regla del *justo equilibrio contractual entre las partes*. Pues bien, a nuestro juicio, en razón de ser posiblemente la forma más común de presentarse, adquieren especial relieve tales prácticas en aquellos supuestos en que la abusividad venga originada por razón de *ausencia o falta de la información relevante*, máxime si se trata de la información que ha sido legalmente calificada como «relevante», «necesaria» o de carácter preceptivo, esto es, una información a la que el consumidor tiene derecho por estar obligado a facilitarla el predisponente por ley y que este debiera correr con la carga probatoria que la ha comunicado a sus destinatarios o clientes finales. Esta idea ha sido reforzada merced al artículo 61 TRLGDCU, que delimita toda una serie de informaciones que se sobreentienden como sustanciales, e inspiradas en la Directiva 2005/29/CE. Con ello se ha venido a fortalecer el deber genérico de



información a favor del contratante con apoyo complementario en los artículos 1097, 1258 y 1486.II del Código Civil, delimitando razonablemente las condiciones en las que debe cumplirse las obligaciones. Además, la integración contractual conforme al principio de la buena fe objetiva de los artículos 65 y 83.2 TRLGDCU, al referirse expresamente a la «omisión de información precontractual relevante», servirá de apoyo ineludible para una correcta integración del contrato en este punto fundamental<sup>105</sup>.

Admitida la evolución legal hasta la transposición de la Directiva 2005/29/CE, esta parece haber quedado un tanto devaluada, al menos en lo referido a la virtualidad jurídica general que adquieren usos y prácticas, tal vez por una excesiva focalización teórica en torno a si la entrada de tales «prácticas no consentidas» junto con las cláusulas contractuales debe entenderse en el *plano del cumplimiento* o en el de la *validez contractual*, o por la idea de conocer con exactitud si el punto de mira del legislador reside realmente en la fase de negociación o en la de ejecución del contrato<sup>106</sup>. A nuestro juicio, por encima de todo esto, la clave está en una correcta aplicación del principio de la *buena fe objetiva*, sobre todo en lo que concierne a la gran mayoría de las prácticas engañosas que suelen ampararse precisamente en la «omisión de información precontractual relevante» (art. 65 TRLGDCU), lo cual es preciso tener siempre muy en cuenta al evaluar conductas o comportamientos del empresario o profesional en la promoción, venta o suministro de bienes o servicios a consumidores y usuarios o, en su caso, clientes minoristas (art. 19.2.II TRLGDCU)<sup>107</sup>.

Paralelamente a las prácticas y usos, entendemos que para proceder a un enjuiciamiento civil de validez o nulidad del contrato o de una de sus cláusulas mediante el mecanismo de la integración, no será imprescindible que la práctica comercial aparezca bajo la cobertura de una cláusula que carezca, por ejemplo, de la información exigida o aconsejada por ley para ese supuesto u otros análogos. A nuestro juicio será suficiente, por ejemplo, con que la información de la cláusula aun siendo veraz, su oscuridad o ambigüedad permita inducir, o induzca de hecho, a error a su destinatario (arts. 5 y 7 LCD). De este modo puede afirmarse que nada impedirá que, en bastantes supuestos, al amparo del juego de las disposiciones del TRLGDCU y de la nueva redacción de buena parte del articulado de la LCD, se le permita concluir más fácilmente al operador jurídico que una determinada práctica comercial desleal está *directamente* relacionada con la promoción, venta o suministro de bienes o servicios con el consumidor, *antes* o *durante* el contrato celebrado con él, para, de este modo, actuar en consecuencia (art. 19.2.II TRLGDCU). Nos situamos así, lógicamente, en línea con la doctrina que, fundadamente, defiende a ultranza el alcance *preceptivo u obligatorio* de los artículos 1258 del Código Civil y 61 TRLGDCU, en neta conexión con la funcionalidad efectiva que viene adquiriendo en la jurisprudencia la exigibilidad de los particulares *deberes de información*, recogidos sustantivamente en el artículo 60 TRLGDCU al regular la información previa al contrato<sup>108</sup>.

No cabe duda que la regulación de las cláusulas abusivas se circunscribe a los contratos celebrados entre las partes, por lo que, *a priori*, podrá sostenerse que su control de aplicación no afecta a eventuales usos o prácticas generales impuestas, obstruccionistas o desproporcionadas, de carácter no contractual, pudiendo argüirse que debieran quedar al margen de tal regulación<sup>109</sup>. Ahora bien, sea como fuere, no debe perderse de vista que, en si misma, la propia definición de lo que hoy constituye una *práctica comercial* va mucho más allá de lo que algunos interpretan, de manera un tanto reduccionista, como «realidad puramente fáctica circunscrita a meras *conductas o comportamientos* empresariales». De ser esto así, en efecto, una práctica comercial nunca podría ser objeto de un juicio de validez jurídica al no estar *incorporada* como cláusula o estipulación formal a un determinado contrato de consumo<sup>110</sup>.

Pero la realidad parece, en efecto, otra bien distinta. Así puede comprobarse cómo, por ejemplo, bastantes de los obstáculos o «prácticas obstruccionistas», sin tan siquiera reflejo alguno en el contenido de ninguna cláusula contractual, pueden llegar a contradecir el sentido e interpretación de una o varias de esas mismas cláusulas escritas en razón de una *inexistente, incompleta u oscura información* sobre la naturaleza, características esenciales o circunstancias concurrentes del bien o servicio en el momento de la celebración del contrato. Y es que, en ocasiones, parece obviarse algo tan fundamental cual es reconocer que la información es algo inherente y sustancial a la gran mayoría de las prácticas comerciales habituales. Por eso debe tenerse en cuenta, *a fortiori*, que el legislador cuando pormenoriza las prácticas comerciales se refiere tanto a *conductas* como *actos y omisiones, o manifestaciones o comunicaciones comerciales*, en donde se incluyen expresamente *la publicidad y comercialización* de bienes y servicios objeto del contrato.

Y esto, trasladado a la falta de información sobre la naturaleza, las condiciones o circunstancias contractuales que puedan derivarse *antes de la celebración del contrato*, parece que pudiera ir más allá de lo que es una mera *conducta* o comportamiento *fáctico* del empresario o profesional, equiparable a los usos o costumbres habituales de promocionar, vender o suministrar bienes o servicios a consumidores y usuarios<sup>111</sup>. Máxime si tenemos en cuenta que los jueces y tribunales deberán realizar casi siempre una interpretación sistemática («en el contexto» antedicho, según arts. 82.3 TRLGDCU y 4.1 Directiva 93/13/CEE) en la que deberán apreciarse, complementariamente, las consecuencias que determinadas cláusulas puedan tener «en el marco del Derecho aplicable al contrato», que es lo que permitirá a nuestro juicio la invocación y aplicación de la normativa de la LCD. Pero debe tenerse muy en cuenta que el «desequilibrio importante» de derechos y obligaciones entre partes dentro de un contrato, no solo puede provenir de una neta «restricción» o limitación de su contenido obligacional (*sináagma* propiamente dicho), sino también de cualquier «obstáculo» a su ejercicio (como son las «prácticas obstruccionistas») o de cualquier circuns-

tancia que permita imponer, de facto, una «obligación adicional no prevista» o legalmente amparada en el ordenamiento jurídico privado<sup>112</sup>.

Así todo, conviene aclarar que la «práctica no consentida» no es equiparable en cualquier caso a una *cláusula abusiva*, aun cuando merece subrayarse que lo habitual será encontrarse con cláusulas que, más o menos arteramente, encubran prácticas abusivas o desleales, bien sea al cobijo del silencio calculado, de la ambigüedad o de una oscura descripción o indefinición de las cláusulas escritas, en mayor o menor desequilibrio o desventaja de la parte más débil. Un importante portillo abierto a la interpretación lo constituye el artículo 87.6 TRLGDCU cuando dentro del listado de cláusulas abusivas incluye «las estipulaciones que *impongan* obstáculos onerosos o desproporcionados para los derechos reconocidos al consumidor en el contrato», que tiene su inspiración en el artículo 9.d) Directiva 2005/29/CE, sobre prácticas comerciales desleales. En suma, no nos parece exagerado o inapropiado propugnar la incorporación *real y efectiva* de las «prácticas no consentidas» («prácticas engañosas» sin más podrá decirse en muchas ocasiones) como elemento normativo que pudiera pasar de *lege ferenda* a integrarse de manera efectiva en la descripción general de lo que pueda calificarse como «abusivo» dentro del artículo 82.3 TRLGDCU.

Estaríamos proponiendo una protección más elevada que la hecha en su día por la Directiva 93/13/CEE y que acogió sin más nuestro TRLGDCU al tratarse de una armonización parcial y de mínimos. Pero en tanto esta modificación no se realice, pensamos que esto podrá alcanzarse oblicuamente en tanto que se permite que el operador jurídico considere que tal o cual uso o práctica constituyen una importante «*circunstancia concurrente* en el momento de celebración» del contrato, aun cuando esta fuere desconocida total o parcialmente por el propio consumidor o usuario en ese momento<sup>113</sup>. De forma relevante, la sentencia de la STJUE de 15 marzo 2012 reconoce expresamente que «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». El fundamento no es otro que la forma especialmente amplia con la que el artículo 4.1 Directiva 93/13/CEE incluyó, como criterio expreso de apreciación de abusividad por parte del órgano jurisdiccional, a «todas las circunstancias» que concurran en la celebración del contrato de que se trate, tal como transpuso literalmente en su día nuestra legislación, y que ahora aparece en el artículo 82.3 TRLGDCU. Esto posibilita y justifica una amplia interpretación e integración de todas estas normas en manos de jueces y tribunales, muy concretamente las de nuestro TRLGDCU y de la LCD en su nueva redacción, que regulan las relaciones contractuales y las prácticas utilizadas con consumidores y usuarios<sup>114</sup>.

Actualmente, tras la transposición por Ley 29/2009, sin duda con mayor claridad que antes, no existe obstáculo legal alguno que impida estimar como «abusivas» aquellas cláusulas que tengan su fundamento o razón de ser en una

práctica comercial desleal empleada en una relación o conjunto de relaciones con el consumidor y usuario. No nos cabe la menor duda de que el legislador, al tipificar pormenorizadamente como *prácticas desleales* todo un conjunto de conductas o comportamientos contrarios a las exigencias de la buena fe, deja bien trazada la posibilidad de atenderlas e integrarlas fundadamente como netas «*circunstancias concurrentes*», siempre *relevantes* en la celebración de cualesquiera contratos de consumo (art. 4.1.II LCD)<sup>115</sup>. Entendemos, en suma, que con la nueva redacción de la LCD no existe necesidad de acudir a la interpretación un tanto artificiosa del término «práctica comercial abusiva», que busca su fundamento en un «dolo *in contrahendo*» ribeteado con requisitos propios (deslealtad, aptitud para producir una distorsión objetiva del comportamiento del consumidor, etc.), para de este modo poder vincular los resultados contractuales viciados por tales prácticas abusivas al régimen de nulidad propio de las cláusulas abusivas<sup>116</sup>.

Pero es que, además, tales prácticas que pueden manifestarse como *actos, conductas, manifestaciones o comunicaciones* del empresario o profesional, incluidas la *publicidad y la comercialización*, quedan, *a fortiori*, determinadas por lo que ahora se conceptúa como un comportamiento «contrario a la *diligencia profesional*», lo que constituirá prueba suficiente de que tales prácticas son realmente contrarias a las exigencias de la *buena fe objetiva*. Esto debemos entenderlo a la luz de las matizaciones ya realizadas, a propósito de la evolución del concepto de práctica comercial y de su encaje con el concepto de cláusula general de competencia del artículo 4.1.II LCD, que actúa como norma del cierre del nuevo sistema. La redacción utilizada por el legislador comunitario fue bien clara al respecto, indicando nítidamente que se trata de conceptos distintos, y, en consecuencia, la vulneración de cualquiera de ellos implica el quebranto de la diligencia profesional exigible. Es decir, junto a la diligencia profesional basada en las *prácticas honestas de mercado*, cabe asimismo entender que la diligencia profesional puede descansar *exclusivamente* en el principio general de la buena fe en el desempeño de la actividad específica del empresario (art. 2.h) Directiva 2005/29/CE), que es lo que no aparece diferenciado en nuestra norma transpuesta pero que puede darse por buena y legítima de aplicarse por nuestros jueces y tribunales<sup>117</sup>.

Con todo, pues, deberán interpretarse por jueces y tribunales como *conductas* contrarias a la diligencia profesional todas las que traspasen las *prácticas honestas de mercado* o que *distorsionen* significativamente el denominado «comportamiento económico del consumidor» (art. 4.1.II LCD), pero también aquellas otras que conculquen el principio de la buena fe a secas, circunscrito este al ámbito específico de la actividad realizada por un empresario o profesional en la promoción, venta o suministro de bienes y servicios<sup>118</sup>. A esta norma de cierre deberá acudirse necesariamente conforme al artículo 19.2.I TRLGDCU, el cual determina imperativamente que las prácticas comerciales «están sujetas

a lo dispuesto en esta ley, en la Ley de Competencia Desleal y en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista». Así todo, detectada y tipificada una práctica desleal podrá indagarse acerca de si procede o no trasladarse la aplicación de los artículos 60, 61 y 65 TRLGDCU, en lo que puede entenderse como una incorporación e integración del *contenido de los deberes de información al contrato* conforme al principio de la buena fe objetiva.

Tras este análisis, puede tal vez concluirse que el artículo 65 TRLGDCU puede convertirse en un ariete jurídico de primer grado en el control y revisión jurisdiccional de la contratación de consumo, singularmente en los supuestos en que la publicidad *con genuino contenido informativo* no se hubiere incorporado adecuadamente a cada contrato en cuestión. Debe precisarse que quedarán excluidas del contenido del contrato aquellas comunicaciones y declaraciones publicitarias de contenido puramente *laudatorio o sugestivo*, por lo que parece determinante estar muy atentos a la descripción de las preceptivas obligaciones informativas precontractuales enumeradas en el artículo 60 TRLGDCU y normativa que lo implementa, que incorpore en reformas sucesivas una mayor depuración y extensión a instancias de las Directivas comunitarias, la última la que trae causa de la Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores<sup>119</sup>. Debe recordarse, a estos efectos, que tal elenco está formulado de un modo abierto, por cuanto que se acepta que habrán de tenerse en cuenta aquellas obligaciones de información que estén incluidas en «cualesquiera otras [normas] que resulten de aplicación» (art. 60.2 TRLGDCU). Con esta puntualización del legislador no apreciamos la perentoriedad, como apuntan algunos, de que deban ser los propios tribunales quienes propongan pautas de integración contractual *extraídas del propio mercado*. A propósito de un eventual *riesgo* de una *integración «libre»*, tampoco atisbamos este como un riesgo *real* en la contratación con consumidores y usuarios. En suma, no nos atrevemos a calificar como peligrosa la circunstancia de que la revisión de los contratos con consumidores y usuarios, por inexistencia o insuficiencia informativas de relevancia, pueda convertirse en una «nueva cláusula general» de nuestro ordenamiento<sup>120</sup>.

Hemos hablado del *contenido* genuinamente *«informativo»* de la publicidad y ahora queremos matizarlo. Es precisamente este contenido informativo, frente al meramente sugestivo o suasorio, el que nos permitirá hablar de la integración contractual de los contenidos negociales relevantes del acto publicitario. En efecto, los contenidos *suggestivos* del acto publicitario solamente permiten enjuiciar la relevancia jurídica concurrencial sometida a la disciplina de la competencia desleal, mientras que los contenidos *informativos* permiten evaluar, además, la relevancia jurídica negocial de sus contenidos específicos.

Pues bien, lo habitual será que dentro de la oferta contractual de empresarios y profesionales nos encontremos contenidos informativos y suasorios trabados y unidos entre sí, lo cual permite constatar con claridad la necesaria aplicación dual e inseparable de la disciplina contractual y competencial o, lo que es lo mismo,

de los principios doctrinales que las sustentan. De este modo entendemos que, en la práctica, el comprador actúe en muchos casos imbuido por lo que suelen calificarse como «*fundadas expectativas*», con base en la naturaleza del mismo producto o en declaraciones públicas emitidas por los vendedores, las cuales aparecen precisamente como uno de los elementos que condiciona la aplicación del principio de conformidad de los contratos de compraventa de consumo (art. 116.1.d) TRLGDCU). A este respecto hay quienes hablan razonablemente de las «*expectativas económicas jurídicamente razonables*» que pueden generarse en el consumidor medio, sustancialmente a través de la publicidad y comercialización inherentes a las tareas de promoción, venta y suministro de bienes y servicios<sup>121</sup>.

Pues bien, puede afirmarse que el concepto de «práctica desleal», que subsume el de *práctica no consentida*, ha adoptado así un nuevo y más amplio alcance tras la aprobación de la Ley de 29/2009, por cuanto que puede comprobarse: a) que cualquier acto de competencia desleal puede vincularse con cualquier *acto* que se realice *antes, durante o después* de cualquier contrato u operación comercial, al margen de si este se celebra o no; y b) que siempre deberá tenerse en cuenta la real o eventual *distorsión significativa* del «comportamiento económico del consumidor medio», como último destinatario de toda práctica que no cumpla con las exigencias de la buena fe objetiva, sin tener que vincularlas, necesariamente, con la conducta diligente del empresario, de conformidad con las prácticas honestas del mercado (art. 4.1.II Ley 29/2009 y art. 2.h) Directiva 2005/29/CE).

Entendemos que todo lo expuesto permite al operador jurídico enjuiciar más claramente cualquier práctica que incida en la *fase previa, efectiva o posterior* de cualquier contrato de consumo, máxime cuando se trate de prácticas que obstaculicen o restrinjan la aplicación o interpretación de cláusulas prerredactadas. De esta manera, la nueva tipificación de las prácticas engañosas y agresivas en la LCD permitirá con mayor facilidad a los operadores jurídicos la posibilidad de trasladar la «*abusividad*» de una mala práctica contractual a un mayor número de cláusulas contractuales<sup>122</sup>. De este modo, además, las prácticas podrán considerarse sin impedimento como una de las «circunstancias concurrentes» más relevantes en la celebración del contrato, de enorme importancia en la apreciación del carácter abusivo de una cláusula en cuanto tal, ya sea para calificar la abusividad de la práctica comercial en sí misma, ya sea para intervenir en el propio contenido de la cláusula que encubra en realidad una práctica abusiva por engañosa (art. 82.3 TRLGDCU).

A este propósito es muy previsible el influjo del derecho europeo de contratos en esta materia. Podemos observar, en efecto, como se determina la posibilidad de calificar una cláusula como abusiva por la mera circunstancia de desviarse de las buenas prácticas comerciales: «una cláusula incluida en un contrato celebrado entre comerciantes será abusiva (...) si resulta de tal naturaleza que su aplicación *se aparta manifiestamente de las buenas prácticas comerciales*,

en contra de las exigencias de la *buena fe contractual*». En el mismo sentido, se establece que «... una cláusula es *abusiva* si se desvía manifiestamente de las buenas prácticas comerciales, en contra de la *buena fe contractual*, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, incluida la naturaleza de los bienes, los contenidos digitales o los servicios relacionados»<sup>123</sup>.

El mecanismo básico para ese deseable control está en la *aplicación integradora del principio de la buena fe objetiva*, particularmente en todo aquello que afecta a muchas de las prácticas que se amparan en una «omisión de información precontractual relevante» (art. 65 TRLGDCU). Esta información necesariamente habrá de tenerse en cuenta tanto a la luz del artículo 20 TRLGDCU, al estimarse la información inserta en una práctica comercial como un elemento *necesario* de la misma oferta comercial de bienes y servicios<sup>124</sup>, como del artículo 60 TRLGDCU, al enumerarse *la información relevante* para la eficacia del contrato. En cualquier caso, téngase presente que, con independencia de la vía administrativa, el consumidor podrá solicitar judicialmente la nulidad o invalidez de toda práctica inserta en la publicidad, en la comercialización o en las comunicaciones comerciales de bienes o servicios (art. 61.2 TRLGDCU).

Con todo, tras la reforma por Ley 29/2009, el listado de cláusulas nulas por obstáculos onerosos o desproporcionados en contratos de tracto sucesivo o continuado (art. 87.6 TRLGDCU), puede comprobarse que pasa a ampliarse, entendemos que por tres razones principales. En primer lugar, porque es posible incorporar a la descripción de tales *obstáculos en la contratación* la amplia definición de las prácticas como actos o conductas engañosas del empresario con consumidores y usuarios (art. 19.2.II TRLGDCU), entre los que cabe destacar los *actos engañosos* que por vía publicitaria inciden en la naturaleza del contrato y que traen causa de una información falsa o que induzca o pueda inducir a error a sus destinatarios (art. 5 LCD). En segundo lugar, porque se incorpora *ex novo* a la legislación la descripción de lo que debe entenderse por prácticas desleales del empresario por existencia de *omisiones engañosas* en las relaciones con consumidores y usuarios, particularmente importante por lo que afecta a la información confusa, ambigua o morosa del propio empresario o profesional, donde será preciso tener en cuenta el *contexto fáctico* en que se produce y el *medio de comunicación utilizado* por el empresario (art. 7 LCD).

Y la tercera y último razón, en cuanto a la incidencia de las prácticas agresivas en los contratos (art. 8 LCD), parece importante tener en cuenta la tipificación de todas aquellas prácticas que mermen la voluntad del consumidor mediante coacción, el uso de la fuerza o influencia indebida, distorsionando la libertad de elección sobre el bien o servicio ofertado, y que permiten invocar la aplicación complementaria de la legislación de contratos en su conjunto (arts. 59 TRLGDCU y 1265 y sigs. CC)<sup>125</sup>. Además, en la valoración de prácticas o conductas agresivas, será necesario tener en cuenta «*cualesquiera obstáculos* no contractuales onerosos o desproporcionados impuestos por el empresario o

profesional cuando la otra parte desee ejercitar sus derechos legales o contractuales, incluida cualquier forma de poner fin al contrato o de cambiar de bien o servicio o de suministrador» (art. 8.2.d) LCD).

## VIII. CONCLUSIONES

I. Los *principios de equivalencia y efectividad* constituyen una herramienta idónea en la aplicación e interpretación expansivas de la normativa de contratos, en general, y de consumo, en particular. Esto es más relevante aún si partimos de algunos fundamentos jurídicos básicos que sustentan los *Principios Europeos de Derecho de Contratos* y las reglas y conceptos recogidos en los *Principios del Marco Común de Referencia* del Derecho Privado Europeo.

II. El canon hermenéutico de *razonabilidad* del *common law*, que menudea en los proyectos normativos europeos de reforma de contratos, es posible incardinarlo adecuadamente dentro de nuestras figuras tradicionales, incluso darle una mayor proyección que pudiera encajar, por ejemplo, dentro de la *Propuesta de Modernización del Código Civil de 2009* o de la *Propuesta de Código Mercantil de 2013*.

III. Dentro de la consideración jurídica específica que merezcan los *comportamientos* o *conductas* de las partes dentro de la contratación, manifestados mediante usos y prácticas reiterados, es importante la referencia al concepto de *lealtad contractual*, con base matriz en el *common law*, el cual desde hace tiempo aparece ligado al principio de la buena fe contractual. La idea de lealtad contractual permite reforzar nuestro concepto de la buena fe objetiva, posibilitando ampliar el campo de actuación de los operadores jurídicos en lo atinente a la interferencia natural de usos y prácticas dentro de las relaciones contractuales.

IV. Las *prácticas comerciales* en nuestro ordenamiento privado *aparecen ahora* imbricadas con el principio de protección del consumidor al ampliarse estas al ámbito de la contratación con consumidores, bajo inspiración de directivas y reglamentos del Derecho comunitario, así como de ciertas propuestas del Derecho Europeo de Contratos. Resulta difícil conceptuar tales prácticas, tanto si las entendemos como «abusivas» (plano de la contratación) como «desleales» (plano competencial). Pero aun cuando las *prácticas comerciales* no sean propiamente cláusulas contractuales, sin embargo debe admitirse que estas condicionan cada vez más múltiples contratos predispuestos, de manera que habrán de tomarse en mayor consideración a la hora de interpretar su grado de cumplimiento y la eventual responsabilidad civil que pueda derivarse de su presencia.

V. La LCD utiliza el término «prácticas comerciales» para referirse a «comportamientos» o «conductas» en la finalidad concurrencial de empresarios y profesionales en el intercambio de bienes y servicios, al objeto de determinar



si se apartan o no de las pautas del «buen funcionamiento del mercado interior». La información contractual, como parte integrante de la buena fe y la lealtad contractual, forma parte esencial de la diligencia profesional exigible a empresarios o profesionales. Las ideas de «*diligencia profesional*», «*distorsión del comportamiento económico del consumidor*», o de las eventuales «*decisiones sobre transacciones privadas*» no pueden circunscribirse a la aplicación de un solo artículo de la LCD reformada, sino que deben ser tenidas en cuenta en la aplicación de *toda* esta normativa en su vertiente consumerista. Se hace preciso partir de una clara delimitación del alcance real de la nueva cláusula del artículo 4.1.II LCD como norma de cierre del sistema competencial, por cuanto que afecta a las relaciones contractuales de consumo.

VI. La estrecha conexión de la legislación competencial y contractual se viene realizando desde hace tiempo, directa o indirectamente, por la vía de los *deberes de información en los contratos*, adquiriendo estos progresivamente más entidad y relevancia interpretativa, en mayor grado en las regulaciones sectoriales del mercado donde la protección del consumidor es más quebradiza y titubeante, como pueda ser la de productos o bienes contratados a través de los servicios bancarios y financieros, que entran de pleno en el ámbito de aplicación de la Ley 29/2009 y la Directiva 2005/29/CE.

VII. La equiparación en el tratamiento jurídico de cláusulas y prácticas abusivas por parte de jueces y tribunales, o las nuevas variables de entrada de la publicidad y comercialización de bienes y servicios respecto a clientes o consumidores, tienen ahora un mayor alcance del que pudiera parecer a primera vista con la nueva redacción de la LCD. El planteamiento de fondo amplía el mecanismo que permite interpretar todas aquellas cláusulas que taimadamente encubren prácticas abusivas o desleales, viniendo a reforzar notablemente las consecuencias derivadas del uso y la buena fe conforme a la naturaleza de cada contrato. La *interpretación constructiva* del contrato, con fundamento en el artículo 1258 del Código Civil, parece así una herramienta más accesible al operador, por cuanto permite conectar los usos y prácticas negociales con las denominadas *cláusulas implícitas* del contrato. Tales usos y prácticas comerciales adquieren de esta manera un *nuevo* papel en la contratación dentro de nuestro ordenamiento jurídico privado, más allá de las limitaciones y deficiencias de la actual redacción del artículo 1.3 del Código Civil.

VIII. Los aspectos concurrenciales de la LCD pueden considerarse ahora plenamente subsumidos en la protección del consumidor. Competencia y contratos privados de consumo coinciden en la práctica como anverso y reverso de una misma realidad bifronte e inseparable, al partirse de la novedosa premisa de que «las normas que imponen la protección de la libre competencia o prohíben la competencia desleal protegen a los consumidores *de la misma manera* que protegen el funcionamiento del mercado y los intereses de los operadores económicos que actúan en el mismo».

IX. Las denominadas «*prácticas no consentidas expresamente*», en estrecho maridaje con las *cláusulas abusivas en los contratos*, adquieren mayor alcance, pues en el tratamiento jurídico por jueces y tribunales resulta ahora más fácil que antes fundamentar la equiparación de cláusulas y prácticas abusivas en la contratación. Todo parece posibilitar un más fácil ejercicio de las correspondientes acciones judiciales, o, en su caso, una más rápida aplicación de las medidas administrativas sancionadoras que expulsen del mercado tanto a las prácticas no consentidas como a las directamente abusivas. Será posible, de facto, que tales «prácticas» merezcan idéntica reprobación jurídica que las cláusulas abusivas, al menos en los supuestos donde pueda probarse que existen trabas u obstáculos adoptados o *impuestos* por empresarios y profesionales *sin consentimiento* del consumidor, por cuanto que afectan al contenido básico de la relación contractual.

X. La prueba básica de abusividad de una conducta o práctica determinada podrá deducirse porque, en el caso de una hipotética traslación al contrato particular donde se inserta, esta pueda calificarse como un elemento más de la cláusula abusiva. Para llegar a esta calificación será imprescindible comprobar, caso por caso, si es posible estimar como «razonable» que un consumidor o cliente minorista acepte o no una determinada práctica impuesta por un empresario o profesional en el marco de una hipotética negociación individual, partiendo del presupuesto de un trato leal y equitativo con el consumidor acorde con la buena fe objetiva. Tarea difícil en ocasiones, pero posible.

## ÍNDICE DE RESOLUCIONES:

- STJUE 26 octubre 2006 (Asunto C-168/05, Mostaza Claro/Centro Móvil Milenium, SL)
- STJUE 6 octubre 2009 (Asunto C-40/08, Asturcom Telecomunicaciones, SL/C. Rodríguez Nogueira)
- STJUE 15 marzo 2012, Asunto C-453/10, Jana Pereni ová/Vladislav Pereni-SOS financ, spol. s. r. o)
- STJUE 14 junio 2012 (Asunto C-618/10, Banco Español de Crédito/Joaquín Calderón Camino)
- STJUE 14 marzo 2013 (Asunto C-415/11, Mohamed Aziz/Catalunyacaixa)
- STJUE 21 marzo 2013 (Asunto C-92/11, RWE Vertrieb/Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV)
- STJUE 16 enero 2014 (Asunto C-226/12, Constructora Principado/José Ignacio Menéndez Álvarez)
- STS 8 julio 1981(RJ 1981/3053)
- STS 21 septiembre 1987 (RJ 1987/6186)
- STS 11 mayo 1988 (RJ 1988/9053)
- STS 15 abril 1998 (RJ 1998/2053)

## BIBLIOGRAFÍA

- BALLUGERA GÓMEZ, C. (2007): «Prácticas abusivas, información, integración contractual y regla *contra proferentem*», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2007-2, núm. 14.
- BARRES BENLLOCH, P., EMBID IRUJO, J. M. Y MARTÍNEZ SANZ, F. (2003): «Principios de Derecho contractual europeo (Partes I y II)», Madrid, Colegios Notariales de España.
- BASOZABAL ARRUE, X. (2009): «En torno a las obligaciones precontractuales de información», *Anuario de Derecho Civil*, fascículo II.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (2011): «Comentarios a la Ley de Competencia Desleal (Dir.)», Cizur Menor (Navarra), Aranzadi.
- BUSTO LAGO, J. M. (2010): «Reclamaciones de Consumo», 3ª ed., Cizur Menor (Navarra), Aranzadi.
- CALVO CARAVACA, A. (1998): «Comentario al artículo 9 de la Convención de Viena», *La compraventa internacional de mercaderías (Comentario a la Convención de Viena)*, Madrid, Civitas.
- CARRASCO PERERA, Á. (2010): «Derecho de Contratos», Cizur Menor (Navarra), Aranzadi; *Ibíd.* (2007): «Invalidéz e ineficacia en los contratos con consumidores», *Nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Cizur Menor (Navarra), THOMSON-ARAZADI; *Ibíd.* (2010): «Prácticas comerciales desleales y Derecho sancionador de consumo», disponible en [www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco); *Ibíd.* (2009): «Proyecto de Ley de modificación del régimen de la competencia desleal para mejorar la protección de los consumidores (I): Derecho de la competencia y Derecho de consumo», disponible en [www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco); *Ibíd.* (2007): «La Directiva 2005/29/CE y la normativa de protección a los consumidores en Castilla-La Mancha», disponible en [www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco).
- COSTAS COMESAÑA, J. (1998): «El concepto de acto de competencia desleal», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. 19.
- DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E., MORALES MORENO, M. (2002): *Los principios del derecho europeo de contratos*, Madrid, Civitas.
- FERNÁNDEZ-NOVOA, C. (2006): «La Directiva comunitaria sobre prácticas comerciales desleales», *Autocontrol*, núm. 108.
- FONT GALÁN, J. I. (2010, 2011): «Publicidad comercial y contrato con consumidores. Conexiones funcionales y normativas: sustantivación obligacional e integración contractual de las ofertas promocionales y publicitarias», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 25, 2010-2; núm. 26, 2011-1.
- GARCÍA PÉREZ, R. (2008): «Consideraciones preliminares sobre la incidencia en la Ley de Competencia Desleal del Anteproyecto de Ley que incorpora la Directiva sobre prácticas comerciales desleales», *La Ley*, 7 de noviembre de 2008.
- GÓMEZ SEGADÉ, J. A. (2010): «La nueva cláusula general en la Ley de Competencia Desleal», *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI (Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa)*, Madrid, Marcial Pons.
- GONDRA ROMERO, J. Mª (1992): *Derecho Mercantil, Introducción*, Tomo I, vol. I, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2009): «Comentarios al Título II del Real Decreto Legislativo 1/2007 sobre condiciones generales y cláusulas abusivas», *Comentario del Texto Refundi-*

- do de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2010): *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 4ª ed., Madrid, Dykinson.
- LIBERTINI, M. (2008): «Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette», *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette (Attuazione e impatto sistematico della Direttiva 2005/29/CE)* (Dir. A. Genovese), Padova, Cedam.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Á. (1998): «Comentario al artículo 8 de la Convención de Viena», *La compraventa internacional de mercaderías (Comentario a la Convención de Viena)* (Dir. y coord. L. Díez-Picazo), Madrid, Civitas.
- MARTÍNEZ SANZ, F.-PUETZ, A. (2010): «Ámbito de aplicación y cláusula general de competencia desleal», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 7.
- MASSAGUER FUENTES, J. (1999): *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid, Civitas; *Ibíd.* (2006), *El nuevo derecho contra la competencia desleal: la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, Madrid, Civitas; *Ibíd.* (2010, 2012), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia* (Dir.), eds. 2ª y 3ª, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (1988): *La competencia desleal*, Madrid, Civitas.
- PERALES VISCASILLAS, Mª. P. (2001): «El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980)», disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html>.
- RUÍZ PERIS, J. I. (2010): «La reforma de la cláusula general de la Ley de Competencia Desleal», *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)* (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (2010): «La ampliación del concepto de competencia desleal», *El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI (Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa)*, Madrid, Marcial Pons.
- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE-RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP) (2009, 2010): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Editores Von Bar, Ch., Clive, E., Schulte-Nölke, H., Beale, H., Herre, J., Huet, J., Storme, M., Swann, S., Varul, P., Veneziano, A., y Zoll, F., Outline Edition, disponible en [http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr\\_outline\\_edition\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf), y [http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf), Munich, Sellier, European Law Publishers.
- TATO PLAZA, Á. (2010): *La reforma de la competencia desleal* (Dir.), Madrid, Wolters Kluwer-La Ley.

## NOTAS

<sup>1</sup> STJUE 14 marzo 2013 (Asunto C-415/11, Mohamed Aziz/Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa), apartado 45; STJUE 14 junio 2012 (Asunto C-618/10, Banco Español de Crédito/Joaquín Calderón Camino), apartado 40.

<sup>2</sup> STJUE 14 marzo 2013 (Asunto C-415/11, Mohamed Aziz/Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa), apartado 50, que, a su vez, se ampara en lo estable-

cido anteriormente en otras muchas sentencias, como la STJUE 26 de octubre 2006 (Asunto C-168/05, Mostaza Claro/ Centro Móvil Milenium, SL), Rec. págs. I-10421, apartado 24, o la STJUE 6 de octubre 2009 (Asunto C-40/08, Asturcom Telecomunicaciones, SL/ Cristina Rodríguez Nogueira), Rec. págs. I-9579, apartado 38.

<sup>3</sup> *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference*, DCFR, Outline Edition, Von Bar, Ch.- Clive, E.- Schulte-Nölke, H., eds., 2009; *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a una normativa común de compraventa europea*, COM (2011) 635 final, 11 octubre 2011.

<sup>4</sup> DOCE 22 noviembre 2011. En España esta Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores, ha sido transpuesta por Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, entre las que destaca la LOCM, señal de las múltiples referencias cruzadas que existen en este ámbito de la contratación y a las que hacemos referencia en el texto principal. También aprovecha esta Ley 3/2014 para dar cumplimiento a la STJUE de 4 de junio de 2014 (Asunto C-618, Banco Español de Crédito), que sostiene que España no adaptó en su día correctamente el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE, teniendo que darse necesariamente una nueva redacción al artículo 83 TRLGDCU.

<sup>5</sup> Artículo 1:105 PECL: «(1) Las partes están vinculadas por cualquier *uso convenido* o por cualquier *práctica* que hayan establecido entre ellas. (2) Las partes están vinculadas por los usos que personas en la misma situación que ellas consideran generalmente aplicables, excepto cuando la aplicación de tales usos no fuera razonable».

<sup>6</sup> Díez-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E., MORALES MORENO, M., *Los principios del derecho europeo de contratos*, 2002, pág. 151.

<sup>7</sup> Díez-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E., MORALES MORENO, M., *Los principios del derecho europeo de contratos*, 2002, págs. 163-164, quienes tienen en cuenta que lo que establece los PECL respecto a la definición de lo razonable, para lo que es preciso tener siempre en cuenta todas las circunstancias o factores relevantes de cada supuesto (esencialmente la naturaleza y el objeto del contrato), así como las costumbres y los usos y prácticas que acompañen, inseparables de los criterios de la buena fe y la lealtad. Ver *Principios de Derecho contractual europeo* (Partes I y II), «Comentario al artículo 1:302», Colegios Notariales de España, 2003, págs. 168-170.

<sup>8</sup> BARRES BENLLOCH, P., EMBID IRUJO, J. M., MARTÍNEZ SANZ, F., «Comentario al artículo 1:105 PECL», *Principios de Derecho contractual europeo (Partes I y II)*, Colegios Notariales de España, 2003, pág. 135.

<sup>9</sup> Artículo 1:302 PECL: «según estos principios, el carácter de *razonable* debe juzgarse de acuerdo con el criterio de la persona que actúa de *buena fe* y en la *misma situación* en la que se encuentran las partes contratantes. En particular, para determinar lo que es razonable se deben tener en cuenta tanto la *naturaleza y objeto del contrato*, las *circunstancias del caso* y los *usos y prácticas de los ramos de los negocios o de las profesiones* a los que se refieran».

<sup>10</sup> *Boletín de Información del Ministerio de Justicia (BIMJ)*, enero 2009.

<sup>11</sup> Ver «<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197775106/Medios/1288780618794/Detalle.html>».

<sup>12</sup> La *Convención de Viena* (CISG), en su integridad, viene siendo reconocida por la doctrina más autorizada como el punto de referencia básico en la aproximación de los Derechos de origen anglosajón y de corte europeo, como puedan ser el Derecho alemán o el Derecho francés.

<sup>13</sup> LÓPEZ Y LÓPEZ, Á., «Comentario al artículo 8 de la Convención de Viena», *La compraventa internacional de mercaderías (Comentario a la Convención de Viena)*, 1998, pág. 125.

<sup>14</sup> Artículo 5:101 (3) PECL.

<sup>15</sup> Artículo 1:302 *in fine*, PECL.

<sup>16</sup> *BIMJ*, enero 2009, *Exposición de Motivos*, pág. IX, pág. 14.

<sup>17</sup> Artículo 1278.III PMCC. Las prácticas y usos vienen, a su vez, recogidos en el artículo 1279 PMCC, las prácticas establecidas entre las partes, en un sentido interno, y los usos de los negocios, en su sentido externo, es decir, todos aquellos usos y prácticas que podrían

aplicarse a personas en la misma situación y circunstancias, excluyéndose las que no fueran razonables, siguiendo razonamiento de Díez-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E., MORALES MORENO, M., *Los principios del derecho europeo de contratos*, 2002, pág. 260, a propósito del artículo 5:102 PECL del que trae causa el proyectado artículo 1278.III PMCC.

<sup>18</sup> PERALES VISCASILLAS, M<sup>a</sup>. P., 2001, «El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980)», 2001, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html>, pág. 54.

<sup>19</sup> LÓPEZ Y LÓPEZ, Á., «Comentario al artículo 8 de la Convención de Viena», *La compraventa internacional de mercaderías (Comentario a la Convención de Viena)*, 1998, págs. 122-123, quien reconociendo la extrañeza del concepto de razonabilidad en el *common law*, justifica su equiparación y utilidad, sin que con ello se deba caer en la tentación de dar pasaporte inglés al vetusto *bonus pater familias*, o de tener que leer el venerable canon de la *bona fides* en exclusiva clave de «razonabilidad».

<sup>20</sup> Por todos LÓPEZ Y LÓPEZ, Á., «Comentario al artículo 8 de la Convención de Viena», *La compraventa internacional de mercaderías (Comentario a la Convención de Viena)*, 1998, pág. 126, siguiendo los razonamientos de BONELL, M. J., en *Commentary on The International Sales Law*, 1987, págs. 110-111.

<sup>21</sup> Históricamente se refuerza lo afirmado cuando vemos que el artículo 9 CISG trae causa del artículo 8 del Proyecto de Convención de 1978 elaborado por la CNUDMI-UNCITRAL (*Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*) con tan solo alguna modificación, inspirándose a su vez en la reglamentación de los Usos del Derecho Uniforme de La Haya.

<sup>22</sup> PMCC 2009, *Exposición de Motivos*, Apartado III.

<sup>23</sup> PERALES VISCASILLAS, M<sup>a</sup> P., «El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980)», 2001, «<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html>», pág. 67.

<sup>24</sup> CALVO CARAVACA, A., «Comentario al artículo 9 de la Convención de Viena», *La compraventa internacional de mercaderías (Comentario a la Convención de Viena)*, 1998, págs. 136-139.

<sup>25</sup> BARRES BENLLOCH, P., EMBID IRUJO, J. M., MARTÍNEZ SANZ, F., «Comentario al artículo 1:105 PECL», *Principios de Derecho contractual europeo (Partes I y II)*, Colegios Notariales de España, 2003, pág. 135, donde se explicita que los usos pueden alcanzar a definirse, desde un punto de vista práctico, como una «manera de hacer funcionar los negocios» o de hacer operativas las relaciones comerciales, sobreentendiendo, claro está, que exista un fundamento sólido y justificado para hacerlo.

<sup>26</sup> «Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código de Comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad», Comisión General de Codificación (CGC en adelante), Sección de Derecho Mercantil, Año LX, *BIMJ*, núm. 2006, 1 febrero 2006, artículo 45 CCom.

<sup>27</sup> Ver «<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197775106/Medios/1288780618794/Detalle.html>», pág. 482.

<sup>28</sup> Artículo I.1:103 DCFR: «La buena fe y el trato justo. (1) La expresión “de buena fe y trato justo” se refiere a un estándar de conducta caracterizado por la honradez, la lealtad y la consideración hacia los intereses de la otra parte en una transacción o relación determinada. (2) En particular es contrario a la buena fe y trato justo todo acto de una parte que sea incompatible con las declaraciones anteriores o la conducta en detrimento de la otra parte que hubiere actuado confiado razonablemente en ellas» (*Principles, definitions and model rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference*, 2009).

<sup>29</sup> Conviene advertir que algunas traducciones de los PECL al castellano, incorrectamente a nuestro juicio, al traducir la expresión «*good faith and fair dealing*» optan por prescindir de «la lealtad», dándola por incluida dentro de la buena fe contractual o de «las exigencias de la buena fe» a secas (1.7 CC), por entender que el significado del «*fair dealing*» como transparencia en los negocios, lealtad en las transacciones, honradez, confianza en los tratos,

no tiene a su juicio «un equivalente exacto en el lenguaje jurídico en castellano» (BARRES BENLLOCH, P., EMBID IRUJO, J. M., MARTÍNEZ SANZ, F. *Principios de Derecho contractual europeo (Partes I y II)*, Colegios Notariales de España, 2003, pág. 127, nota del traductor). Hoy, una vez publicado el DCFR, pensamos que ya no es posible mantener esa traducción.

<sup>30</sup> DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E., MORALES MORENO, M., *Los principios del derecho europeo de contratos*, 2002, pág. 156.

<sup>31</sup> DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E., MORALES MORENO, M., *Los principios del derecho europeo de contratos*, 2002, pág. 157.

<sup>32</sup> Artículo 1241 PPMC; artículo 50.6 Propuesta CGC 2006.

<sup>33</sup> Ver <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197775106/Medios/1288780618794/Detalle.html>, pág. 411.

<sup>34</sup> Exposición de Motivos, Apartado II, Ley 29/2009, de 30 de diciembre.

<sup>35</sup> CARRASCO PERERA, Á., «Proyecto de Ley de modificación del régimen de la competencia desleal para mejorar la protección de los consumidores (I): Derecho de la competencia y Derecho de consumo», [www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco), 2009, págs. 1 y sigs.

<sup>36</sup> TATO PLAZA, Á. (Dir.), *La reforma de la competencia desleal*, 2010, pág. 32.

<sup>37</sup> PMCC, Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Civil, BIMJ, enero 2009, pág. 11.

<sup>38</sup> CARRASCO PERERA, Á., «Proyecto de Ley de modificación del régimen de la competencia desleal para mejorar la protección de los consumidores (I): Derecho de la competencia y Derecho de consumo», [www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco), 2009.

<sup>39</sup> COSTAS COMESAÑA, J., «El concepto de acto de competencia desleal», *Actas de Derecho Industrial y derecho de autor (ADI)*, vol. 19, 1998, págs. 360 y sigs.

<sup>40</sup> El día 3 de enero 2014 ha entrado en vigor en nuestro país la *Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria*, que supone una completa novedad en la regulación de la contratación de distribución alimentaria, que busca precisamente corregir desequilibrios y «claras asimetrías en el poder de negociación que pueden derivar, y en ocasiones derivan, en una falta de transparencia en la formación de precios y en prácticas comerciales potencialmente desleales y con prácticas contrarias a la competencia que distorsionan el mercado y tienen un efecto negativo sobre la competitividad de todo el sector agroalimentario». Aun cuando estamos hablando de contratos de distribución que tienen un efecto directo en la adquisición de bienes y servicios por los consumidores, muy específicamente en los precios de mercado. Si bien esto era una necesidad ostensible en este sector, muchas veces postergada sin causa justificada, todo permite presagiar su expansión a otros sectores contractuales igualmente necesitados de una regulación general y específica más clara al respecto, como puede ser el de las relaciones contractuales ligadas a productos y servicios del sector bancario y financiero, singularmente en lo tocante a las particulares prácticas comerciales abusivas.

<sup>41</sup> TATO PLAZA, Á. (Dir.), *La reforma de la competencia desleal*, 2010, pág. 44.

<sup>42</sup> CARRASCO PERERA, Á., «Prácticas comerciales desleales y Derecho sancionador de consumo», [www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco), 2010, págs. 1 y 2; «La Directiva 2005/29/CE y la normativa de protección a los consumidores en Castilla-La Mancha», [www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco), 2007, pág. 4.

<sup>43</sup> TATO PLAZA, Á. (Dir.), *La reforma de la competencia desleal*, 2010, pág. 36.

<sup>44</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, 2011, pág. 98; MARTÍNEZ SANZ, F., PUETZ, A., «Ámbito de aplicación y cláusula general de competencia desleal», *RCD*, núm. 7, 2010, pág. 20. Antes de la reforma ver MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, 1999, págs. 26 y sigs., y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal*, 1988, págs. 95 y sigs.

<sup>45</sup> MARTÍNEZ SANZ, F., PUETZ, A., «Ámbito de aplicación y cláusula general de competencia desleal», *RCD*, núm. 7, 2010, pág. 20.

<sup>46</sup> TATO PLAZA, Á. (Dir.), *La reforma de la competencia desleal*, 2010, págs. 53, 55 y 56.

<sup>47</sup> Se corresponden con los artículos 6, 7 y 8 de la Directiva 2005/29/CE.

<sup>48</sup> TATO PLAZA, Á. (Dir.), *La reforma de la competencia desleal*, 2010, pág. 57.

<sup>49</sup> ANEXO I a la Directiva 2005/29/CE, «Prácticas comerciales que se consideran desleales en cualquier circunstancia». Prácticas comerciales engañosas descritas en 23 supuestos y otras 8 más de prácticas comerciales agresivas.

<sup>50</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, 2011, págs. 96 y sigs.; GÓMEZ SEGADÉ, J. A. «La nueva cláusula general en la LCD», *El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI (Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa)*, 2010, págs. 335; TATO PLAZA, Á. (Dir.), *La reforma de la competencia desleal*, 2010, págs. 64 y 74.

<sup>51</sup> FERNÁNDEZ-NOVOA, C., «La Directiva comunitaria sobre prácticas comerciales desleales», *Autocontrol*, núm. 108, 2006, pág. 18; LIBERTINI, M., «Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette», en GENOVESE, A. (Dir.), *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, 2008, págs. 86 y sigs.

<sup>52</sup> MASSAGUER FUENTES, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal*, 2006, págs. 59 y 71; TATO PLAZA, Á. (Dir.), *La reforma de la competencia desleal*, 2010, pág. 63.

<sup>53</sup> MARTÍNEZ SANZ, F., PUETZ, A., «Ámbito de aplicación y cláusula general de competencia desleal», *RCD*, núm. 7, 2010, pág. 32.

<sup>54</sup> GARCÍA PÉREZ, R., «Consideraciones preliminares sobre la incidencia en la Ley de Competencia Desleal del Anteproyecto de Ley que incorpora la Directiva sobre prácticas comerciales desleales», *La Ley*, 7 noviembre 2008, págs. 4-8; TATO PLAZA, Á. (Dir.), *La reforma de la competencia desleal*, 2010, pág. 65.

<sup>55</sup> MASSAGUER FUENTES, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal*, 2006, pág. 75; TATO PLAZA, Á. (Dir.), *La reforma de la competencia desleal*, 2010, pág. 66.

<sup>56</sup> SSAP Barcelona 29 de noviembre de 1995, 13 de febrero de 2004, 6 de mayo de 2004, 6 de mayo de 2005; Asturias, 18 de septiembre de 1996; Gerona, 19 de diciembre de 2000, 16 de abril de 2002; Cádiz, 19 de abril de 2000; Málaga, 2 de junio de 2004; Toledo, 16 de septiembre de 2004; Santa Cruz Tenerife, 21 de enero de 2005, 21 de marzo de 2005.

<sup>57</sup> MASSAGUER FUENTES, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal*, 2006, págs. 75-78.

<sup>58</sup> El TS ha explicitado su contenido, entre otras, en las SSTs 8 de julio de 1981 (*RJ* 1981/3053), 21 de septiembre de 1987 (*RJ* 1987/6186), 11 de mayo de 1988 (*RJ* 1988/9053), y 15 de abril de 1998 (*RJ* 1998/2053), como conductas que se acomodan a «los imperativos éticos que la conciencia social exija».

<sup>59</sup> MARTÍNEZ SANZ, F., PUETZ, A., «Ámbito de aplicación y cláusula general de competencia desleal», *RCD*, núm. 7, 2010, págs. 30-32.

<sup>60</sup> TATO PLAZA, Á. (Dir.), *La reforma de la competencia desleal*, 2010, pág. 72; CARRASCO PERERA, Á., «Prácticas comerciales desleales y Derecho sancionador de consumo», 2010, «[www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco)», pág. 4.

<sup>61</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, 2011, págs. 104-105, quien califica este como un procedimiento que «no es correcto».

<sup>62</sup> RUIZ PERIS, J. I., «La reforma de la cláusula general de la Ley de Competencia Desleal», *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)* (Dir.), 2010, pág. 48.

<sup>63</sup> FERNÁNDEZ-NOVOA, C., «La Directiva comunitaria sobre prácticas comerciales desleales», *La Ley*, núm. 1, 2006, págs. 1335 y sigs.

<sup>64</sup> Por todos SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La ampliación del concepto de competencia desleal», *El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI (Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa)*, 2010, pág. 392.

<sup>65</sup> CARRASCO PERERA, Á., «Prácticas comerciales desleales y Derecho sancionador de consumo», «[www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco)», 2010, págs. 4-5.

<sup>66</sup> Artículo 2.2 Directiva 2005/29 /CE: «La presente Directiva se entenderá *sin perjuicio* del Derecho contractual, y en particular de las *normas relativas a la validez, la formación o el efecto de los contratos*»

<sup>67</sup> «No tienen la consideración de *prácticas comerciales* las relaciones de naturaleza contractual, que se regirán conforme a lo previsto en el artículo 59» (art. 19.2. III TRLGDCU), lo que no quiere decir que estas no puedan incidir en la contratación de bienes y servicios.



En la Directiva 2005/29/CE se afirma que «la presente Directiva se entenderá *sin perjuicio* del Derecho contractual, y en particular de las normas relativas a la validez, la formación o el efecto de los contratos».

<sup>68</sup> Artículos 2.d) y 3.1 Directiva 2005/29/CE. Recuérdese que por «producto» el legislador comunitario incluye tanto los bienes como los servicios (art. 2, c) Directiva 29/2009). El «servicio financiero» en cuanto tal incluye «todo servicio bancario, de crédito, de seguros, de jubilación personal, de inversión o de pago», conforme al art 2.b) Directiva 2002/65/CE, 23 septiembre 2002, al igual que, por ejemplo, en el artículo 4.2 Ley 22/2007, 11 de julio, de comercialización a distancia de servicios financieros.

<sup>69</sup> *Principles, definitions and model rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference* (DCFR), 2009, donde se recogen minuciosamente estos deberes precontractuales en su Libro II, capítulo III, dedicado a la mercadotecnia y los deberes precontractuales (Art. II.3:101 y sigs.), que contiene una regulación pormenorizada. El *Acquis Group* ya había publicado en 2007, *Principles of the Existing EC Contract Law, Contract I*, donde de una manera más detallada que en los PECL se desarrollan los deberes de información contractual (arts. 2:201 a 2:206).

<sup>70</sup> Artículos II.3.101 y II.3.102 DCFR, *Principles, definitions and model rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference, Outline Edition*, 2009.

<sup>71</sup> La nueva redacción aprobada del TRLGDCU en su artículo 60.1 matiza a este respecto que esta obligación de información, que debe facilitar el empresario, no será precisa cuando «resulte evidente por el contexto» del que se presume que forman parte las prácticas y usos habituales del sector donde se realiza.

<sup>72</sup> Considerando 15 Directiva 2005/29/CE.

<sup>73</sup> *Ibid.* anterior.

<sup>74</sup> Asimismo, la Orden EHA/1608/2010, 14 de junio, de transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago; Orden EHA/1717/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios (complementa la Circular 6/2010, de 28 de septiembre, del Banco de España, a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios), y Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de servicios y productos de inversión (Circular 6/2010).

<sup>75</sup> Sirva como ejemplo el actual artículo 48 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, que faculta discrecionalmente al Ministro de Economía y Hacienda en aspectos y materias de relieve en la protección de los legítimos intereses de la clientela en el ámbito contractual, de la publicidad o de la propia información precontractual. O también las *habilitaciones* del Ministro de Economía y Hacienda a la CNMV respecto a determinadas informaciones (art. 79 bis.3 Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores).

<sup>76</sup> La Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, relativa a los Mercados de Instrumentos Financieros (MiFID), con la Ley de transposición 47/2007, de 19 de diciembre, vino a depurar la terminología conceptual, y con ella la distinción de productos bancarios o financieros sobre los que es exigible una mayor o menor información y prevención por parte de la clientela (*productos complejos y no complejos*), como respecto a las consiguientes medidas evaluadoras exigibles con antelación por parte de las empresas o entidades prestadoras de los servicios de inversión e instrumentos financieros (*test de idoneidad y test de conveniencia del cliente*) (art. 76, bis.6 y 7 Ley 47/2007 y RD 217/2008, de 15 de febrero).

<sup>77</sup> Considerandos 9 y 10 *in fine* Directiva 2005/29/CE.

<sup>78</sup> *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión*, Documento COM (2012) 352 final, 3 julio 2012, en fase de Dictamen PE (1ª lectura), 20 de noviembre de 2013.

<sup>79</sup> Artículo 3.4 Directiva 2005/29/CE, que establece la prevalencia en caso de conflicto de las normas comunitarias que regulen aspectos concretos de las prácticas comerciales desleales, viene transpuesto en el artículo 19.4 TRLGDCU.

<sup>80</sup> Documento SEC (2009) 1666, 3.12.2009, «Orientaciones para la aplicación de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales», págs. 10 y sigs.

<sup>81</sup> Artículo 20.2 TRLGDCU: «El incumplimiento de lo dispuesto en el apartado anterior [información necesaria de la oferta comercial de bienes y servicios] o en las disposiciones a que se refiere el artículo 19.4 [normas que regulan prácticas comerciales en sectores específicos] será considerado *en todo caso* práctica desleal por engañosa, en iguales términos a lo dispuesto en el artículo 21.2 de la Ley de Competencia Desleal».

<sup>82</sup> CARRASCO PERERA, Á., «Prácticas comerciales desleales y Derecho sancionador de consumo», [www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco), 2010, pág. 6.

<sup>83</sup> Particular interés adquiere el artículo 1301 PMCC que, con enorme amplitud, permite entender una práctica contractual como *particular estado o situación de dependencia del consumidor* al establecerse que «una de las partes puede *anular el contrato* que, en el momento de su celebración, otorga a la otra parte una ventaja excesiva si, teniendo en cuenta la naturaleza y fin de aquel, resulta que se ha aprovechado injustamente de una *situación de dependencia*, de extraordinarias dificultades económicas o de necesidad apremiante, o de su ignorancia, de su inexperiencia o falta de previsión. A petición de la parte perjudicada, puede el Juez introducir en el contrato aquellas modificaciones que sean necesarias para adaptarlo a las exigencias de la buena fe y lo que sea usual en el tráfico jurídico».

<sup>84</sup> En los PECL se incluye una regla general sobre la incorporación al contrato de las declaraciones de un contratante (6:101 [1] y 6:102); y, junto a ella, una regla especial aplicable a los casos de incorporación de la información sobre cualidades de los mismos, a través de declaraciones públicas, de la publicidad o de cualquier otro modo con carácter previo a la conclusión del contrato (art. 6:101 [2] PECL), o también la ofrecida por un sujeto distinto por cuya cuenta actúe el vendedor, o alguien situado más arriba en la cadena de distribución, como pueden ser los representantes o las personas encargadas de hacer la publicidad (art. 6:101 [3] PECL).

<sup>85</sup> Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de Consumidores de 2006, contenidos luego trasladados a los artículos 62 y 87.6 TRLGDCU.

<sup>86</sup> La STJUE 14 marzo 2013 (Asunto C-415/11, Mohamed Aziz/Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa), apartado 76, a propósito de la aplicación de los criterios de apreciación de abusividad, estima que, para medir la buena fe exigible dentro de un presumible desequilibrio contractual, «debe comprobarse si el profesional, tratando de *manera leal y equitativa con el consumidor*, podía estimar *razonablemente* que este aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual», criterio que enlaza con la definición de lo que se entiende como condición de lo que es o no «razonable», recogido y descrito en el artículo 1.302 PECL, así como en el artículo 5 de la Propuesta de Reglamento de compraventa europea (COM [2011] 635 final, 11.10.2011).

<sup>87</sup> A este respecto, en el ámbito de las reformas europeas puede verse la mención del artículo 6.102 PECL, que reconoce que «las *cláusulas implícitas* que deriven de la intención de las partes, la naturaleza y finalidad del contrato y la buena fe y la lealtad», siendo aún más explícito el artículo 68 de la Propuesta de Reglamento de compraventa europea al afirmar que «cuando sea necesario tratar una materia que no está regulada explícitamente por el acuerdo entre las partes, *un uso o práctica* o una regla de la normativa común de compraventa europea, podrá inferirse una *cláusula adicional implícita*, habida cuenta, en particular, de: a) la naturaleza del contrato; b) las circunstancias en las que se celebró el contrato; y c) la buena fe contractual» (COM [2011] 635 final, 11.10.2011).

<sup>88</sup> GONDRA ROMERO, J. M<sup>a</sup>, *Derecho Mercantil, Introducción*, Tomo I, vol. I, 1992, págs. 186 y 188-189.

<sup>89</sup> El artículo 82.1 TRLGDCU establece un nexo diáfano entre las cláusulas abusivas y las prácticas contractuales «no consentidas expresamente» con fundamento en la aplicación del principio general del *justo criterio de proporcionalidad y equilibrio* que debe existir entre las recíprocas obligaciones de las partes contratantes en los contratos onerosos.

<sup>90</sup> CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de Contratos*, 2010, pág. 815.

<sup>91</sup> Artículo 32 LCD según redacción dada por Ley 29/2009, que se correspondería con el antiguo artículo 18 LCD.

<sup>92</sup> CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de Contratos*, 2010, págs. 815-816.

<sup>93</sup> SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La ampliación del concepto de competencia desleal», *El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI (Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa)*, 2010, págs. 394-396. Desde una perspectiva de generalización o socialización del derecho de la competencia subraya que es «la tutela del consumidor la que refleja una mayor vitalidad» (*ob. cit.*, pág. 393).

<sup>94</sup> Artículo 4.1.II LCD, donde la clave de bóveda de la práctica comercial, como hemos apuntado más arriba, reside en el concepto de «diligencia profesional», vaciada parcialmente de contenido con la transposición de la Directiva 2005/29/CE, al omitirse, junto a la referencia a las prácticas honestas de mercado, la posibilidad de fundamentar el reproche de deslealtad en una falta de diligencia profesional fundamentada en «el principio general de la buena fe en el ámbito de actividad del comerciante» (art. 2, h) Directiva 2005/29/CE).

<sup>95</sup> SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La ampliación del concepto de competencia desleal», *El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI (Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa)*, 2010, págs. 398-399.

<sup>96</sup> Artículo 20.2 TRLGDCU, que remite al artículo 19.4 TRLGDCU.

<sup>97</sup> Exposición de Motivos Ley 44/2006, apartado VI.

<sup>98</sup> Dictamen del Consejo de Estado, referencia 186/2006, 9 de marzo, apartado V.2.B.

<sup>99</sup> Artículo 9.d) Directiva 2005/29/CE.

<sup>100</sup> Dictamen del Consejo de Estado, referencia 186/2006, 9 de marzo, apartado V.2.B.

<sup>101</sup> Exposición de Motivos Ley 44/2006, VI, *in fine*.

<sup>102</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (Coord. R. Bercovitz), 2009, pág. 887. A su juicio pretender ir más allá de lo apuntado en el texto legal supone caer en «hipótesis absurdas» o llegar a conclusiones sin sentido.

<sup>103</sup> La STJUE 14 marzo 2013 (Asunto C-415/11, Mohamed Aziz/Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa), apartado 76, utiliza esta argumentación a propósito de la aplicación de los criterios de apreciación de abusividad en el ámbito de las cláusulas abusivas. La definición de lo que se entiende como «razonable», ya ha sido recogido y descrito en el artículo 1.302 PECL así como en el artículo 5 de la Propuesta de Reglamento de compraventa europea (COM [2011] 635 final, 11.10.2011).

<sup>104</sup> BALLUGERA GÓMEZ, C., «Prácticas abusivas, información, integración contractual y regla contra proferentem», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2007-2, núm. 14, pág. 23 y sigs.

<sup>105</sup> Artículos 1250 *in fine* y 1279.3 *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos* (PMCC), Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Civil, *BIMJ*, enero de 2009, que menciona explícitamente las prácticas establecidas entre las partes del contrato y los usos de los negocios.

<sup>106</sup> BUSTO LAGO, J. M., *Reclamaciones de Consumo* (Coord.), 3ª ed., 2010, págs. 189-190.

<sup>107</sup> 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», *RdP*, núm. 25, 2010-2, pág. 49.

<sup>108</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 4ª ed., 2010, págs. 113 y 123 a 127.

<sup>109</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (Coord. R. Bercovitz), 2009, pág. 887; CARRASCO PERERA, Á., «Invalidez e ineficacia en los contratos con consumidores», *Nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, 2007, pág. 191.

<sup>110</sup> CARRASCO PERERA, Á., «Invalidez e ineficacia en los contratos con consumidores», *Nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, 2007, pág. 191.

<sup>111</sup> Tal importancia, por ejemplo, ha sido puesta de manifiesto en la STJUE 21 de marzo de 2013 (Asunto C-92/11, apartado 44, RWE Vertrieb/ Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV), donde se argumenta, en efecto, que «reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración», siendo precisamente el consumidor quien «decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información». En el fallo particular, acerca de la modificación del coste de contratos de suministro de gas, el Tribunal europeo determinó que, para apreciar la buena fe y el equilibrio y transparencia necesarios, «reviste concretamente una importancia esencial determinar si en el contrato se expone de manera transparente el motivo y el modo de variación de tal coste, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones de ese coste». Se refuerza esta idea, de forma complementaria, al afirmar que «la falta de información a este respecto antes de celebrarse el contrato no puede ser compensada, en principio, por el mero hecho de que el consumidor será informado, durante la ejecución del contrato, de la modificación del coste con una antelación razonable y de su derecho a rescindir el contrato si no desea aceptar la modificación».

<sup>112</sup> STJUE 16 de enero de 2014 (Asunto C-226/12, Constructora Principado/José Ignacio Menéndez Álvarez, apartados 21, 23 y 24); STJUE 14 de marzo de 2013 (Asunto C-415/11, Mohamed Aziz/Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa), apartados 68 y 71, donde se instrumenta la metodología como debe apreciarse el carácter abusivo de una cláusula contractual determinada, para lo que es imprescindible que el juez o tribunal alcance a «valorar si —y, en su caso, en qué medida— el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable» que la prevista por el conjunto del ordenamiento jurídico interno así como de los «medios de que dispone» para afrontar tales situaciones desequilibrantes.

<sup>113</sup> Artículo 1241 PPMC: «Un contrato que conste por escrito en el que exista una cláusula que exija que cualquier modificación o extinción del mismo por mutuo acuerdo se haga por escrito, no podrá modificarse ni extinguirse de otra forma. No obstante, aquella de las partes que con su comportamiento en relación a la modificación o extinción del contrato haya generado en la otra una confianza legítima, no podrá invocar la citada cláusula»; en concordancia con artículo 50.6 Proyecto 2006 CCom.

<sup>114</sup> STJUE 15 de marzo de 2012, Asunto C-453/10 (Jana Pereni ová/Vladislav Pereni- SOS financ, spol. s. r. o), apartado 43. Recoge que la incidencia de cualquier práctica comercial, en efecto, al considerarse por el Tribunal de Justicia como un elemento más entre otros para la apreciación por parte del juez del carácter abusivo de una cláusula contractual, «no permite determinar automáticamente por sí solo el carácter abusivo de las cláusulas controvertidas», en tanto que cada cláusula «debe ser examinada en función de todas las circunstancias propias del caso concreto», sin que con ello se trastocuen las normas que afectan a la validez, formación o efecto de los contratos, esto es, las normativas de cláusulas abusivas y de prácticas desleales se complementan entre sí con plena efectividad (art. 3.2 Directiva 2005/29/CE), lo que permite afirmar que la comprobación de carácter desleal de una práctica comercial constituye un elemento entre otros para apreciar la abusividad de una cláusula, aun cuando se matice que tal comprobación «no incide directamente en la apreciación» de la validez del contrato con arreglo al artículo 6.1 Directiva 93/13 (apartados 44, 45 y 47).

<sup>115</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (Coord. R. Bercovitz), 2009, pág. 889.

<sup>116</sup> BUSTO LAGO, J. M., *Reclamaciones de Consumo* (Coord.), 2010, 3ª ed., págs. 191-192.

<sup>117</sup> MARTÍNEZ SANZ, F., PUETZ, A., «Ámbito de aplicación y cláusula general de competencia desleal», *RCD*, núm. 7, 2010, pág. 32.

<sup>118</sup> MASSAGUER FUENTES, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal*, 2006, pág. 85. A su juicio tal formulación de la distorsión del comportamiento económico no resulta

necesariamente afortunada, ya que el pleno conocimiento de causa no es necesariamente sinónimo de la autonomía y racionalidad económica de una decisión de mercado en el lado de los consumidores y usuarios.

<sup>119</sup> Se tienen en cuenta novedosamente en la nueva redacción del art. 60 TRLGDCU, por ejemplo, las informaciones sobre las características principales de los bienes o servicios, en la medida adecuada al soporte utilizado y a los bienes o servicios; la información sobre la funcionalidad de los contenidos digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables, o la ampliación general de la información a los contratos de suministro de agua, gas o electricidad en tanto no estén envasados para su venta, o, de calefacción mediante sistemas urbanos y contenido digital que no se preste en un soporte material.

<sup>120</sup> De distinta opinión BASOZABAL ARRUE, X., «En torno a las obligaciones precontractuales de información», *ADC*, fasc. II, 2009, págs. 711 y sigs.

<sup>121</sup> 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», *RdP*, núm. 25, 2010-2, págs. 70-71.

<sup>122</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (Coord. R. Ber-covitz), 2009, pág. 889.

<sup>123</sup> Artículos 86 y 170.1, respectivamente, de la *Propuesta de Reglamento de compraventa europea* (COM [2011] 635 final), 11.10.2011.

<sup>124</sup> Con fundamento en artículo 7.5 y Anexo II Directiva 2005/29/CE («*Disposiciones de Derecho comunitario que establecen normas relativas a la publicidad y a las comunicaciones comerciales*»).

<sup>125</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (Coord. R. Ber-covitz), 2009, pág. 888.

*(Trabajo recibido el 27-03-2014 y aceptado  
para su publicación el 05-05-2014)*