

## CONTRATACIÓN Y COMPETENCIA: LA REFORMA DE LAS PRÁCTICAS COMERCIALES COMO ELEMENTO INDISPENSABLE DEL BUEN FUNCIONAMIENTO DEL MERCADO

Javier Avilés García

*Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Oviedo*

Este trabajo ha obtenido el **Accésit Premio Estudios Financieros 2013** en la modalidad de **Derecho Civil y Mercantil**.

El Jurado ha estado compuesto por: doña Josefina BOQUERA MATARREDONA, don Manuel BROSETA DUPRÉ, don Juan GRIMA FERRADA, don Jorge MARTÍ MORENO y don José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

---

### EXTRACTO

La reforma de la competencia desleal llevada a término en España en el año 2009 merced a la transposición de la Directivas 2005/29/CE y 2006/114/CE, sobre prácticas comerciales desleales y publicidad engañosa y comparativa, ha trastocado algunas de las bases fundamentales sobre las que se sustentan las relaciones jurídicas de empresarios con consumidores y minoristas, lo que constituye la base de un mercado transparente, operativo y eficiente. La regulación de las prácticas comerciales desleales remueve e incide transversalmente en la regulación, aplicación e interpretación de las normas sustantivas sobre la contratación de consumo y del comercio minorista, así como la publicidad e información de empresarios y profesionales. La interconexión y comunicación entre normas competenciales y las normas contractuales a través de la lealtad contractual, el principio de la buena fe, la información, la publicidad y las prácticas no consentidas en su relación con las cláusulas abusivas permiten hablar de un nuevo enfoque general con consecuencias en el funcionamiento de un mercado de bienes y servicios más eficiente y transparente. En el reconocimiento del nuevo e importante papel a usos y prácticas comerciales en la contratación privada en nuestro ordenamiento es imprescindible una adecuada traslación de herramientas extraídas del derecho contractual europeo.

**Palabras claves:** contratos, prácticas comerciales desleales, buena fe, publicidad y deberes de información.

---

*Fecha de entrada: 03-05-2013 / Fecha de aceptación: 09-07-2013*

## RECRUITMENT AND COMPETITION: REFORM OF BUSINESS PRACTICES AS AN ESSENTIAL ELEMENT OF THE FUNCTIONING OF THE MARKET

Javier Avilés García

---

### ABSTRACT

The reform of unfair competition brought to term in Spain in 2009 following the transposition of Directives 2005/29/EC and 2006/114/EC on unfair commercial practices and misleading and comparative advertising, has affected some of the foundations on which legal relationships between consumers and retail business are based, which is essential of a transparent and efficient market. Regulation of unfair trade practices clearly affects the regulation, enforcement and interpretation of the substantive rules on hiring and retail consumption, as well as advertising and information for entrepreneurs and professionals. The interconnection and communication between competency standards and contractual standards through contractual loyalty, the principle of good faith, information, advertising and nonconsensual practices in relation to unfair terms, allow to speak of a new general approach with consequences for the functioning of a more efficient and transparent market for goods and services. Considering the rules of european contract law is essential to acknowledge the important role that commercial usage and practices play nowadays in private contracting.

**Keywords:** contracts, unfair commercial practices, good faith, advertising and duty of disclosure.

---

---

## Sumario

1. Previo. Rasgos importantes de la incidencia de las reformas europeas de contratos en materia de usos y prácticas
  - A. El juicio de razonabilidad en el enjuiciamiento de usos y prácticas
  - B. El concepto de «lealtad contractual» y su conexión con el principio de buena fe contractual
2. Evolución del concepto de «prácticas» en las relaciones comerciales
3. La fragmentación de las prácticas comerciales: sus consecuencias
4. Las pautas de la nueva cláusula general desleal de prácticas comerciales con consumidores: lealtad y buena fe
5. Aplicación, interpretación y características de la cláusula general desleal como norma de cierre del sistema competencial
6. Prácticas comerciales, publicidad y deberes de información. La inclusión de los supuestos de productos complejos de servicios bancarios y financieros
7. Prácticas comerciales y «prácticas no consentidas expresamente»
  - A. Interconexión y comunicación de cláusulas y prácticas abusivas
  - B. Finalidad del legislador y control de abusividad

**NOTA:** Este trabajo forma parte de un proyecto de investigación, financiado dentro del Plan I+D+i, que analiza las actuales transformaciones del derecho de la contratación en España (MEC; número de referencia DER2011-28894/JURI).

## 1. PREVIO. RASGOS IMPORTANTES DE LA INCIDENCIA DE LAS REFORMAS EUROPEAS DE CONTRATOS EN MATERIA DE USOS Y PRÁCTICAS

### A. EL JUICIO DE RAZONABILIDAD EN EL ENJUICIAMIENTO DE USOS Y PRÁCTICAS

Por razones económicas y financieras, en estos últimos años ha tomado mayor calado y relevancia jurídica en nuestra sociedad la importancia de las cláusulas abusivas en nuestro derecho privado, particularmente a propósito de cuestiones que afectan a la contratación de préstamos con deudores hipotecarios: cláusulas suelo o techo sobre intereses variables; sobre vencimiento anticipado del contrato por incumplimiento; sobre fijación de intereses de demora; sobre liquidación unilateral por el prestamista por deuda impagada; etc. Todo esto acontece partiendo de la base de que hace ya muchos años se realizó la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la normativa europea sobre cláusulas abusivas (Directiva 93/13/CEE, 5 abril 1993), ahora inserta dentro del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios y la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación (TRLGDCU y LCGC, en adelante).

Cláusulas y prácticas, tratándose de conceptos 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 las bases sobre las que se sustentan las relaciones de empresarios con consumidores y minoristas. Por eso cabe pensar que muy posiblemente con el paso del tiempo nos preguntemos algo parecido a lo ahora acontecido con las cláusulas abusivas: ¿cómo después de tantos años la legislación y su intérprete no han penetrado en todos los recovecos de estas relaciones afectadas por un neto *desequilibrio* entre las partes? Parece que ha existido un déficit claro en su aplicación. Después de tantos años puede afirmarse que la permeabilidad y adaptación del texto comunitario a nuestra realidad jurídica es manifiestamente mejorable. Y nos preguntamos: ¿puede ocurrir algo semejante a lo ocurrido con las cláusulas abusivas con la regulación de las prácticas comerciales? Esta reforma se ha realizado sustancialmente en el ámbito de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal (LCD, en adelante), pero transversalmente incide en la aplicación de las normas sobre contratación comercial y de consumo [TRLGDCU y Ley de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM, en adelante)], y de las normas sobre publicidad e información de empresarios o profesionales [Ley 34/1988, General de Publicidad (LGP, en adelante)].

La reforma de las prácticas comerciales parte básicamente de la traslación del concepto de prácticas comerciales desleales al conjunto de la contratación, por lo que parece imprescindible

determinar previamente, desde la perspectiva del derecho europeo de contratos, la clave conceptual y terminológica que permita entender con mayor profundidad el alcance y contenido de las reformas y pueda servir para una mejor interpretación de la norma. Resulta indispensable, a nuestro juicio, la referencia a los Principios Europeos de Derecho de Contratos (*Principles of European Contract Law*, 2000; PECL, en adelante) y a las ideas recogidas en los Principios del Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference*, 2009; DCFR, en adelante), así como a la propuesta de reglamento sobre compraventa europea<sup>1</sup>.

El sintagma «práctica comercial» se conjuga con el adjetivo «desleal», lo que a priori nos obliga a entender y trasladar de manera fidedigna el concepto de lo que se entienda por «lealtad» en el sistema de *common law*. Como punto de partida es importante constatar que los PECL reconocen los usos junto con las prácticas, lo cual encaja perfectamente con las trazas básicas de la evolución marcada por nuestra tradición jurídica, donde prácticas y usos se superponen y entremezclan entre sí sin forzar la naturaleza de las cosas, amalgamando actos y conductas que pueden vincular a las partes contratantes dentro de la línea marcada por nuestra doctrina clásica<sup>2</sup>.

Los PECL admiten tanto los *usos aceptados* entre las partes como aquellos otros usos sobre los que, sin haberse pronunciado las partes, igualmente pueden vincularles en razón de un canon objetivo bien perfilado, el cual es el parámetro de *la persona de buena fe que hipotéticamente se encuentra en la misma situación y circunstancias que los contratantes*<sup>3</sup>. Con esto parece darse carta de naturaleza al concepto de *uso o práctica «razonable»*, idea que a priori parece totalmente ajena a nuestra tradición jurídica.

Ahora bien, usos y prácticas, sean o no objeto de aceptación tácita o expresa, vienen categorizados en la normativa PECL por dos elementos esenciales recogidos bajo el concepto de *razonabilidad*. El primer elemento, presupuesto básico para que el uso pueda entenderse 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 trata de enjuiciar. El segundo elemento nos indica que para que un uso sea *razonable es* indispensable que este sea plenamente *coherente* con las cláusulas del contrato celebrado entre las partes<sup>4</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

<sup>1</sup> *Principles, definitions and model rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference*, DCFR, Full Edition, VON BAR, Ch. y CLIVE, E., 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>2</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 consideren generalmente aplicables*, excepto cuando la aplicación de tales usos *no fuera razonable*».

<sup>3</sup> DIEZ-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E. y MORALES MORENO, M.: *Los principios del derecho europeo de contratos*, 2002, pág. 151.

<sup>4</sup> *Principios de derecho contractual europeo* (partes I y II), comentario al artículo 1:105, Colegios Notariales de España, 2003, pág. 135.

más que ponerse en conexión con el principio de la *buena fe*, 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 de los PECL. Aquí se explicita con detalle lo que debe entenderse como jurídicamente *razonable* en la aplicación de cualquier principio europeo de contratos, y se hace de una forma sistemática, es decir, al amparo interpretativo del conjunto de disposiciones que conforman el articulado completo de los PECL («según estos principios», encabeza el precepto)<sup>5</sup>. Y para juzgar más atinadamente sobre la condición de lo que debe entenderse como «supuesto de aplicación razonable», el legislador realiza una selección complementaria de ciertos elementos auxiliares de la contratación que entiende *especialmente* relevantes en la interpretación contractual: la naturaleza y objeto de cada contrato, las circunstancias concurrentes de cada caso o situación particular, y del que forman parte incuestionable los usos y prácticas de los negocios.

Pues bien, este canon hermenéutico de *razonabilidad* que menudea en la normativa europea es novedoso en nuestro sistema del *civil law*. Sin embargo debe recordarse que ya se tuvo en cuenta en la redacción de la Convención de Viena (CISG, en adelante) como criterio interpretativo supletorio de la común intención de las partes dentro del contrato<sup>6</sup>.

En efecto, allí se estableció como un criterio hermenéutico propio a propósito de «las declaraciones y otros actos de una parte», puntualizando que este 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». Vemos así cómo este canon hermenéutico toma como referencia comparativa básica la de aquella «persona razonable de la misma condición que la otra parte», lo que permite incluir toda una amplia variedad de elementos del propio contratante. Así, tal y como se ha ejemplificado, el término «condición» permite tener en cuenta, a la hora de hablar de la trascendencia jurídica de usos y prácticas desde el bagaje lingüístico de la persona, su capacitación técnica, el conocimiento de anteriores pactos y negociaciones entre las partes hasta la información presumible que tenga sobre los mercados y sus fluctuaciones, la comprensión de términos acuñados en reglamentos o códigos comerciales o, incluso, de la misma publicidad o reglas de mercadotecnia dentro del sector de las personas, tiempo o lugar en que se apliquen esos usos<sup>7</sup>.

Pues bien, los PECL, en sentido paralelo a la Convención de Viena, ante la dificultad de conocer la común intención de las partes, apelan «al significado que normalmente le daría toda *persona*

<sup>5</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>6</sup> La Convención de Viena (CISG) está 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>7</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.

razonable de igual condición que las partes, en caso de encontrarse en las mismas circunstancias» que estas<sup>8</sup>. En fin, parece que este particular juicio de razonabilidad del *common law* conecta con nuestra idea de la buena fe, que, si bien a priori no parece tener nada que ver con los usos o prácticas, sin embargo constatamos que no es así cuando se afirma en los PECL 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>9</sup>. Algo de esto ya se discute en los trabajos prelegislativos en España. En efecto, vemos que adquiere especial relevancia la inclusión de este canon hermenéutico general de carácter subsidiario en nuestro país dentro de la «Propuesta de Modernización del Código Civil» (PMCC, en adelante)<sup>10</sup>, concretamente respecto a la indagación de la común intención de las partes en el contrato, para cuya interpretación la propuesta se 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>11</sup>.

En suma, 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 la diligencia media que posibilita la apreciación de los principios de autorresponsabilidad y protección de la confianza<sup>12</sup>. Además, esta *diligencia media* es subsidiaria de la consideración que nos merezca, a su vez, la específica naturaleza de la obligación donde aparecen los usos o prácticas y las concretas circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar de que se trate (art. 1104.I CC), donde sabemos que la buena fe se canaliza sustantivamente a través del tradicional concepto del *bonus pater familias*<sup>13</sup>.

Mención aparte merecen las reglas auxiliares interpretativas recogidas en el mismo artículo 8.3 del CISG cuando especifica 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 perti-

<sup>8</sup> Artículo 5:101 (3) PECL.

<sup>9</sup> Artículo 1:302 *in fine* PECL.

<sup>10</sup> BIMJ, enero 2009, Exposición de Motivos, ap. IX, pág. 14.

<sup>11</sup> Artículo 1.278.III de la PMCC. Las prácticas y usos vienen, a su vez, recogidos en el artículo 1.279 de la 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 el razonamiento de Díez-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E. y MORALES MORENO, M.: *Los principios del derecho europeo de contratos*, 2002, pág. 260, a propósito del artículo 5:102 de los PECL del que trae causa el proyectado artículo 1.278.III de la PMCC.

<sup>12</sup> PERALES VISCASILLAS, M.ª 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. 54.

<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, págs. 122-123, quien, reconociendo la extrañeza del concepto de razonabilidad en la *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».

nentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera *prácticas* que las partes hubieran establecido entre ellas, los *usos* y el comportamiento ulterior de las partes». Tal elenco no exhaustivo de reglas contiene más que criterios subjetivos de interpretación, a excepción precisamente de los usos y de las 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, donde se afirma que «las partes quedarán obligadas por *cualquier uso* en que hayan convenido y por *cualquier práctica* que hayan establecido entre ellas»<sup>14</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 del derecho nacional de la competencia y de los contratos a la luz del derecho europeo de contratos<sup>15</sup>. No es ajeno a lo que apuntamos que la masificación y estandarización de la materia contractual, la corrección de abusos, la creación de relaciones contractuales por imposición administrativa, el fenómeno tópico de la globalización unido a la multiplicación de los mercados y las relaciones transfronterizas son todos ellos argumentos justificativos de carácter transnacional que se invocan certeramente, a nuestro juicio, dentro de esta evolución imparable que afecta al derecho privado interno<sup>16</sup>. Pero sea cual fuere su influjo, el carácter integrador de tales usos y prácticas en la Convención de Viena adquiere un marcado sesgo subjetivo 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* en tanto que, de un modo u otro, han contribuido al proceso de formación del mismo<sup>17</sup>. Así, desde la perspectiva internacional globalizadora, siempre trasladable a los derechos nacionales, es patente que usos y prácticas se adaptan de manera

<sup>14</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 planteamientos de BONELL, M. J., en *Commentary on The International Sales Law*, 1987, págs. 110-111.

<sup>15</sup> Históricamente se refuerza lo afirmado cuando vemos que el artículo 9 del 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>16</sup> PMCC 2009, Exposición de Motivos, Apartado III.

<sup>17</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.

mucho más perfecta a las peculiaridades de cualesquiera operaciones con objetos bien diversos, 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 una creciente capacidad de adaptación y mutabilidad a las circunstancias cambiantes de intercambio de bienes y servicios. Con esto solo queremos apuntar que la regulación mediante leyes generales o sectoriales, en muchas circunstancias, no puede adaptarse al cambio tan rápido de numerosas reglas, usos o prácticas derivadas de técnicas publicitarias y de mercadotecnia de muchas actividades, sectores o profesiones, y que, por afectar a comportamientos y conductas de las personas en sus relaciones comerciales, convendrá tener en cuenta desde el momento que inciden en la formación de la voluntad de las partes<sup>18</sup>.

También resulta acorde con la doctrina española la distinción básica entre prácticas y usos negociales tal y como aparecen en los PECL. Así, dentro de lo que se entiende por «prácticas» cabe incluir 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 tipo de relaciones contractuales más o menos estandarizadas (*prácticas individuales consolidadas*). Y dentro de los «usos» es común que se entiendan como tales las 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>19</sup>.

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

En cuanto a la consideración específica que pueda merecer el *comportamiento* o *conducta* de las partes manifestado por usos y prácticas más o menos reiteradas, es muy importante la referencia explícita al concepto de *lealtad contractual*, el cual desde hace tiempo aparece ligado al principio de 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 aparece en nuestro país dentro de la Propuesta CGC 2006, donde se afirma que «las negociaciones para celebrar un contrato mercantil deben hacerse de buena fe y *con lealtad*» (art. 45 Propuesta CGC)<sup>20</sup>. También comprobamos que se repite en el DCFR de 2009, donde se recoge como canon hermenéutico caracterizado por la obli-

<sup>18</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>19</sup> *Principios de derecho contractual europeo (partes I y II)*, comentario al artículo 1:105 PECL, 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>20</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 del CCom.

gada consideración hacia los intereses de la otra parte contratante en liza, entendido como criterio general de cierre del acabado cumplimiento de las obligaciones contractuales<sup>21</sup>. Con antelación, el sintagma «lealtad contractual» aparece con profusión en los PECL en ámbitos heterogéneos<sup>22</sup>, entre otros, por ejemplo, a propósito de la aplicación del principio general de libertad contractual (art. 1:102); como elemento indisoluble del principio general de la buena fe y el 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 los PECL lealtad y buena fe aparecen indistintamente como criterios hermenéuticos e integradores del contrato, como parámetros del cumplimiento de las obligaciones contractuales (*diligencia del buen padre de familia*)<sup>23</sup> o como límites en el 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 cerrado o renuente a cumplir su función de alcanzar una mayor concreción en la aplicación de la buena fe dentro de las relaciones contractuales, posiblemente en ámbitos distintos a los usuales. Este planteamiento, sin embargo, no resulta devaluado por el hecho de reconocer que en algunos países el concepto de buena fe aparece, a priori, más restringido que en nuestro acervo interno, pues llega a 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 derechos de terceros. Esta idea de lealtad, un tanto deficiente, presupondría la «observancia de reglas objetivas independientes de cualquier conciencia, intención o posición jurídica subjetiva»<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Artículo I.1:103 DCFR: «La buena fe y 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 confiando razonablemente en ellas» (*Principles, definitions and model rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference*, 2009).

<sup>22</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» (Ver *Principios de derecho contractual europeo (partes I y II)*, Colegios Notariales de España, 2003, pág. 127, nota del traductor). Hoy con el DCFR pensamos que ya no es posible mantener esa traducción.

<sup>23</sup> Díez-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E. y MORALES MORENO, M.: *Los principios del derecho europeo de contratos*, 2002, pág. 156.

<sup>24</sup> Díez-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E. y MORALES MORENO, M.: *Los principios del derecho europeo de contratos*, 2002, pág. 157.

Con todo, en estos momentos, la idea de lealtad contractual pensamos que permite reforzar 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 obviar la dificultad, más teórica que práctica posiblemente, de reagrupar bajo el canon de la buena fe distintos conceptos europeos de raíces culturales bien diversas. Pero dentro del proceso de unificación y armonización actual, la idea de lealtad contractual ajena al *civil law* puede contribuir a otorgar mayor alcance a la interpretación e integración de contratos afectados por prácticas y usos de cualquier naturaleza. Bastará un mínimo de destreza en la técnica legal empleada para conseguir este cometido en un futuro próximo.

En fin, buena fe, lealtad y confianza legítima son ideas todas ellas que afectan a la operatividad de usos y prácticas entendidas como actos, conductas o comportamientos. A nuestro juicio conceptos intercambiables entre sí en los supuestos en que tengan que dilucidarse los efectos jurídicos de comunicaciones comerciales, la publicidad o las prácticas de comercialización de productos y servicios. A propósito del vocablo «*confianza legítima*» puede verse que la PMCC 2009 establece el mecanismo que impide la aplicación de una cláusula contractual merced al influjo hermenéutico de las prácticas sobre las cláusulas pactadas. En efecto, se propone que tales cláusulas puedan ser válidas excepto cuando pueda probarse que se haya quebrado la *confianza legítima* basada 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 realicen 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>25</sup>.

Tanto el juicio de razonabilidad en el enjuiciamiento de usos y prácticas como el concepto de «lealtad contractual» en su conexión con el principio de buena fe contractual aparecen ensamblados con la Directiva 2005/29/CE, transpuesta por la Ley 29/2009, con la finalidad de que «la legislación protectora de los consumidores se integre de manera coherente dentro de la regulación del mercado», propugnando un cambio mediante la LCD para «asegurar que aquella tutela sea *la más efectiva* y que la normativa del mercado no quede *desintegrada*»<sup>26</sup>.

Parece que la aproximación a esta idea de «lealtad contractual» con las prácticas comerciales desleales puede encontrar por esta vía una mayor operatividad. Tal concepto califica adecuadamente toda práctica comercial desde el momento preciso en que la práctica se conecta con los destinatarios o consumidores. Integración normativa y efectividad. No se alcanzarán estas si las fuentes del derecho privado común no son adecuadas con respeto a las bases aquí expuestas. Luego lo analizamos al tratar los efectos jurídicos que derivan de las declaraciones de las partes, particularmente de la información suministrada por personas o empresas en la comercialización

<sup>25</sup> Artículo 1.241 del PPMC; artículo 50.6 de la Propuesta CGC 2006.

<sup>26</sup> Exposición de Motivos, Apartado II, Ley 29/2009, de 30 de diciembre.

de bienes y servicios, con la importancia de la publicidad y la mercadotecnia (art. 1:101 PECL; arts. 3:101 y ss. DCFR). La información, como parte integrante de la buena fe y la lealtad contractual, viene a formar parte de la diligencia profesional exigible a empresarios o profesionales.

## 2. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE «PRÁCTICAS» EN LAS RELACIONES COMERCIALES

Veamos la incidencia de las «prácticas comerciales» en el ordenamiento privado, merced a la penetración del principio de protección del consumidor y la nueva regulación de las denominadas «prácticas comerciales desleales» en el ámbito de la contratación, inspirándose en conceptos y normas insertas en directivas y reglamentos del derecho comunitario, así como en ciertas reglamentaciones europeas de contratos.

Particularmente problemático resulta conceptuar tales prácticas, tanto si las entendemos como «abusivas» (plano de la contratación) o como «desleales» (plano competencial). Hoy ambos planos se confunden habitualmente, aun cuando desde la perspectiva del consumidor no es fácil separar si se está viciando el contrato que acompaña a una mala práctica o se está distorsionando el mercado. Posiblemente, en muchos supuestos, ambas cosas 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, la LOCM, la LGP o el TRLGDCU, todas ellas, modificadas por la Ley 29/2009 al transponer la Directiva 2005/29/CE. Las derivadas 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. Parece claro que la regulación de la competencia desleal incide de manera directa e indirecta en la contratación de consumo, produciendo desajustes y dudas en la aplicación e interpretación de las normas<sup>27</sup>.

Aun cuando las *prácticas comerciales* no son propiamente cláusulas contractuales, sin embargo estas parecen condicionar cada vez en mayor grado la realización de múltiples contratos, de manera que, cuando menos, habrá que tomarlas en consideración a la hora de interpretar su grado de cumplimiento y la eventual responsabilidad que pueda derivarse de ellas. Es cierto que prácticas han existido siempre, pero no cabe de duda de que, en los últimos años, el legislador ha dado un sesgo radical en su planteamiento, plasmando en una norma ad hoc las señales de cambio 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>28</sup>.

<sup>27</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», en [www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco), 2009, págs. 1 y ss.

<sup>28</sup> TATO PLAZA, A. (dir.): *La reforma de la competencia desleal*, 2010, pág. 32.

Pues bien, ha sido precisamente este reciente cambio de rumbo el que ha propiciado la idea de incorporar formalmente a nuestro Código Civil a corto plazo todo el «régimen jurídico de los contratos con consumidores», como propone la PMCC. Esta propuesta parte precisamente de los cambios realizados fragmentariamente, contando con que «el *núcleo sustancial* de la mayor parte de las reglas especiales tiene su origen en directivas europeas» transpuestas en los últimos veinte años<sup>29</sup>. Sea como fuere, el legislador europeo comunitario, sin descartar la futura armonización del conjunto del derecho competencial, dio el paso de armonizar las prácticas comerciales en el inédito ámbito de la contratación con consumidores y usuarios, lo que obliga a ocuparse *ex novo* del «reproche de deslealtad» competencial, lo cual adquiere relevancia inmediata en la contratación. No nos referimos aquí, en ningún caso, a las relaciones entre empresarios, sino a las relaciones entre empresarios o profesionales y consumidores. Estamos en el seno de las relaciones contractuales, donde los usos y prácticas se hacen especialmente relevantes en la fase preparatoria del contrato, la más propicia a confusiones que provengan de la información previa que se maneja antes de aceptar o no una oferta contractual<sup>30</sup>.

Parece claro que el «reproche de deslealtad» que recaiga sobre un acto de competencia desleal (entendido comportamiento comercial con finalidad concurrencial), aun cuando afecta directamente a la competencia en cuanto tal, hoy en día parece ir bastante más allá, pues se adentra netamente en el ámbito de la contratación de consumo. Con la nueva regulación de la LCD se constata que el legislador comunitario ha ampliado enormemente el ámbito de aplicación de las «prácticas» en el ámbito comercial, pues reconoce formalmente a las «*comunicaciones comerciales*» de cualquier naturaleza (publicidad y comercialización incluidas) el mismo rango jurídico que a los «*actos, conductas o comportamientos*» de empresarios o profesionales que participen en el 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 con esta normativa sigue siendo, con independencia de otros cometidos, la poliédrica institución de la competencia, pero ahora trabada a la contratación con consumidores<sup>31</sup>. De este modo, al regular la competencia con consumidores entran en liza los actos, conductas, comunicaciones, publicidad y comercialización (prácticas comerciales), que forma parte sustancial de los contratos. El que se tengan en cuenta o no tales prácticas y el grado de incidencia en este ámbito contractual ha quedado a merced de la legislación general de los contratos de cada Estado.

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

<sup>29</sup> PMCC, Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Civil, BIMJ, enero 2009, pág. 11.

<sup>30</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», en [www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco).

<sup>31</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 ss.

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 importante observar que la «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 comprobar si ha incidido en la aceptación del consumidor sobre la oferta de bienes o servicios. Competencia y contrato se muestran pues indisociables, al menos a simple vista, lo que determina un cambio de perspectiva en este campo.

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

Mientras la LCD únicamente se refiere a las prácticas con los términos «actos» o «*comportamientos*», el artículo 2 d) de la Directiva 2005/29/CE las describe 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 la 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 es alcanzar la «más efectiva» tutela del consumidor, intentando así «que la *normativa del mercado* no quede desintegrada», lo cual dice bastante del reequilibrio global de relaciones que se propone alcanzar tras 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 cambiar la normativa sobre competencia desleal de la LCD de 1991, es cierto que también podría haber acometido esta reforma en su integridad dentro del TRLGDCU, rehuyendo así del cómodo y en ocasiones enojoso recurso de la remisión en bloque, tal como hace el artículo 19.2 del TRLGDCU a todo lo dispuesto en la LCD o la LOCM reformadas<sup>32</sup>. Cabe objetar que estas remisiones cruzadas entre leyes que regulan aspectos transversales no siempre son adecuadas ni de fácil interpretación. No obstante, esto pareció justificarse merced al recurso a la competencia estatal *exclusiva* por considerarse materia de derecho mercantil (art. 149.1.6.º CE), obviándose así los problemas de una hipotética regulación de las prácticas comerciales por las comunidades autónomas. La finalidad parece clara. 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 se lo impide (art. 1). Ahora solo caben tres excepciones normativas posibles a la regla general establecida por esta directiva de máximos: 1.<sup>a</sup>) que se trate de normas que afecten a la salud o seguridad de los bienes

<sup>32</sup> TATO PLAZA, A. (dir.): *La reforma de la competencia desleal*, 2010, pág. 44.

y servicios (art. 19.3 TRLGDCU; art. 3.3 Directiva 2005/29/CE); 2.<sup>a</sup>) que existan normas que regulen aspectos concretos de las prácticas comerciales previstos en normas comunitarias específicas (art. 19.4 TRLGDCU; art. 3.4 Directiva 2005/29/CE); y 3.<sup>a</sup>) que existan normas que regulen las prácticas comerciales relativas a servicios financieros y bienes inmuebles, las cuales ofrezcan una mayor protección al consumidor o usuario (art. 19.5 TRLGDCU; art. 3.4 Directiva 2005/29/CE)<sup>33</sup>.

Sea como fuere, el nuevo concepto de *prácticas comerciales* de la Directiva 2005/29/CE tan solo 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 la empresa. No sería aceptable, sin más, que se excluyeran estas últimas 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, en favor de su consideración como prácticas milita la circunstancia de que las «comunicaciones comerciales» se incluyen en el amplio concepto descriptivo de práctica comercial del artículo 2 d) de la Directiva 2005/29/CE<sup>34</sup>.

Cuando la Directiva 2005/29/CE menciona solamente las prácticas *dirigidas a consumidores*, parece de vital importancia atender a todas las circunstancias que rodean a cada supuesto. De esta forma, es imprescindible atender al papel fundamental que juega cada *tipo de producto* que se promociona, así como el *medio de difusión* que ha 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 deducir si se trata realmente o no de una *práctica comercial* en el ámbito específico de la protección del consumidor.

Con todo, la Ley 29/2009 da un paso importante *reforzando* la idea plasmada en la primitiva LCD de 1991, esto es, pasando de una tutela *exclusiva* de los intereses privados de los empresarios directamente 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 tutelar el interés de toda la colectividad salvaguardando lo que, con cierto eufemismo, se denomina «*correcto funcionamiento del mercado*» («modelo social») <sup>35</sup>. Como veremos, 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), el precepto que mejor plasma

<sup>33</sup> CARRASCO PERERA, Á.: «Prácticas comerciales desleales y derecho sancionador de consumo», en [www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco), 2010, págs. 1 y 2; «La Directiva 29/2005 y la normativa de protección a los consumidores en Castilla-La Mancha», en [www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco), 2007, pág. 4.

<sup>34</sup> TATO PLAZA, A. (dir.): *La reforma de la competencia desleal*, 2010, pág. 36.

<sup>35</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, 2011, pág. 98; SANZ MARTÍNEZ, F. y PUEZ, A., «Ámbito de aplicación y cláusula general de competencia desleal», *RCD*, núm. 7, 2010, pág. 20. Antes de la reforma MASSAGUER, J.: *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, 1999, págs. 26 y ss.; y MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal*, 1988, págs. 95 y ss.

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>36</sup>.

La idea básica es que nuestro legislador separa la regulación de las prácticas desleales en dos grandes bloques, diferenciados en sendos capítulos dentro de la LCD. Por un lado, en el Capítulo II de la LCD recoge lo que considera actos de competencia desleal de carácter general, con independencia de quiénes sean los destinatarios, y, por otro, en el Capítulo III de la LCD, los actos que tienen su encuadre en las relaciones específicas de empresarios o profesionales y consumidores en tanto que destinatarios finales. Con esto parece evidente que se rompe definitivamente la unidad estructural de este sector del ordenamiento jurídico. Si bien esto carece de trascendencia práctica para la LCD, sin embargo sí pensamos que tiene consecuencias en el ámbito de la contratación con consumidores y usuarios, por cuanto que *las conductas* que sean calificadas como prácticas desleales con consumidores ahora pasan también a estar sometidas al régimen general sancionador previsto en el TRLGDCU, tras ampliarse por la Ley 29/2009 la competencia sancionatoria de la Administración en materia tan sensible (arts. 47.3 y 49.1.I TRLGDCU)<sup>37</sup>.

Es precisamente el artículo 19 de la LCD el que ahora determina la aplicación de determinados artículos incluidos en la parte general del Capítulo II de la LCD a las prácticas con consumidores y usuarios del Capítulo III de la LCD, concretamente sus artículos 4, 5, 7 y 8. En estos artículos se recoge la importante cláusula general como norma de cierre del sistema (art. 4.1.II LCD), se definen los actos y omisiones engañosas (art. 5 y 7 LCD) y las prácticas agresivas con carácter general (art. 8 LCD)<sup>38</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 las que deben incluirse la publicidad engañosa y la publicidad agresiva (art. 18 LCD)<sup>39</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 de la 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>40</sup>.

<sup>36</sup> SANZ MARTÍNEZ, F. y PUETZ, A.: «Ámbito de aplicación y cláusula general de competencia desleal», *RCD*, núm. 7, 2010, pág. 20.

<sup>37</sup> TATO PLAZA, A. (dir.): *La reforma de la competencia desleal*, 2010, págs. 53, 55 y 56.

<sup>38</sup> Se corresponden con los artículos 6, 7 y 8 de la Directiva 2005/29/CE.

<sup>39</sup> TATO PLAZA, A. (dir.): *La reforma de la competencia desleal*, 2010, pág. 57.

<sup>40</sup> ANEXO I de la Directiva 2005/29/CE, «Prácticas comerciales que se consideran desleales en cualquier circunstancia». Prácticas comerciales engañosas con 23 supuestos y prácticas comerciales agresivas con 8 supuestos.

A continuación, en segundo lugar, de no encontrarse el supuesto específico, habrá de acudirse a las enunciaciones generales que aparecen en los artículos 5, 7 y 8 sobre prácticas y omisiones engañosas y sobre prácticas agresivas, para, finalmente, de no encontrarse 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), que pasamos a analizar por ser esencial en esta materia.

#### 4. 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 cláusula general. Pero ocurre, como apuntamos, que el nuevo artículo 4.1 de la LCD ya no describe solo una sino *dos cláusulas* generales diferentes y yuxtapuestas, 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 solo es aplicable a las relaciones entre los propios empresarios y profesionales. La segunda cláusula, sin embargo, se aplicará a las relaciones de las empresas o profesionales con los consumidores y usuarios<sup>41</sup>. Es precisamente esta segunda cláusula la que nos ocupa y genera problemas de interpretación, habida cuenta de su fragmentación antedicha y del nuevo enfoque generalista e integrador de la reforma de la LCD. Por tratarse esta cláusula de una norma de cierre, sobre la que pivota buena parte del sistema concurrencial con consumidores, deben señalarse cuáles son sus características sustantivas.

Pues bien, el eje vertebrador de esta segunda cláusula del artículo 4.1.II de la LCD es la noción de *diligencia profesional* entendida como «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. 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>42</sup>. La redacción de la Directiva 2005/29/CE se alejó así de la propuesta

<sup>41</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, 2011, págs. 96 y ss.; GÓMEZ SEGADA, J. A.: «La nueva cláusula general en la LCD», *Libro homenaje al Profesor Doctor Carlos Fernández-Novoa*, 2010, pág. 335; TATO PLAZA, A. (dir.): *La reforma de la competencia desleal*, 2010, págs. 64 y 74.

<sup>42</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 ss.

inicial, que hacía recaer el estándar de conducta de la diligencia profesional en valoraciones subjetivas de los empresarios, y, finalmente, viene a hacer depender en exclusiva la deslealtad contractual de la adecuación o no de la prácticas a las normas abstractas y patrones objetivos de conducta<sup>43</sup>.

A este propósito es importante señalar la *conjunción disyuntiva* utilizada por el legislador comunitario en la redacción del precepto («acorde con las *prácticas honradas del mercado* o con el *principio de la buena fe*»). Parece bien clara al respecto, pues describe y deja abiertas las dos posibilidades basadas en conceptos superpuestos. Parece darse a entender que *la vulneración de tan solo uno de ellos*, «buena fe» o «prácticas honradas de mercado», supone el quebranto de la diligencia exigible al empresario o profesional<sup>44</sup>. Sin embargo, en contra de esto, sin justificación alguna, nuestro legislador nacional en el farragoso artículo 4.1.II de la LCD restringe la amplitud del precepto comunitario, posibilitando exclusivamente medirse el grado de diligencia profesional *respecto a las «prácticas honestas del mercado»*, obviando la buena fe como criterio autónomo e independiente para determinar la diligencia del empresario.

Vemos, pues, cómo la cláusula general del artículo 4.1.II de la LCD en las relaciones con consumidores se aparta de la Directiva 2005/29/CE. En efecto, puede comprobarse en la Directiva cómo la cláusula en cuestión gravita sobre la noción de diligencia profesional, pero permite recurrir alternativamente y de forma separada, 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, pero equiparándolas restrictivamente, 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 derivadas 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 perfecta equiparación entre las exigencias de la buena fe y aquellas que puedan derivarse de la diligencia profesional. No cabe, 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 establece la Directiva 2005/29/CE de manera alternativa y, en consecuencia, de manera más flexible<sup>45</sup>.

En suma, esta transposición legal en España opera en el concepto de cláusula general con consumidores un reduccionismo un tanto perturbador, pues realmente la Directiva 2005/29/CE lo que instaura es un doble parámetro de referencia o comparación, al establecer, de manera alternativa, una

<sup>43</sup> MASSAGUER, J.: *El nuevo derecho contra la competencia desleal*, 2006, págs. 59 y 71; TATO PLAZA, A. (dir.): *La reforma de la competencia desleal*, 2010, pág. 63.

<sup>44</sup> SANZ MARTÍNEZ, F. y PUETZ, A.: «Ámbito de aplicación y cláusula general de competencia desleal», *RCD*, núm. 7, 2010, pág. 32.

<sup>45</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 de noviembre de 2008, págs. 4-8; TATO PLAZA, A. (dir.): *La reforma de la competencia desleal*, 2010, pág. 65.

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]. El principio de la *buena fe* aparece en la directiva como un estándar de conducta distinto y separado de las *prácticas honestas*. Esta cuestión es sustancial, pues el reproche de deslealtad en la conducta se hace depender en nuestro país exclusivamente de las *prácticas honestas* de mercado, dificultando 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 de las que deriven de aquellas prácticas honestas<sup>46</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 de integración* de la diligencia profesional<sup>47</sup>, es preciso enfatizar que tal principio de buena fe aporta al intérprete pautas razonables de conducta debida o, dicho de otra manera, expectativas y exigencias normativas en el mercado en relación con las empresas (juicio de razonabilidad sobre usos y prácticas). Una de ellas, tal vez la más importante para la competencia, es la que se traduce en el *mandato singular de no ocultar información que pueda ser relevante sobre el alcance de decisiones contractuales derivadas de las relaciones entre empresarios y consumidores*, sea cual fuere el sector de la actividad en el que se desarrolle la práctica que en cada caso se enjuicie<sup>48</sup>.

Pues bien, esta omisión por parte del legislador nacional del principio de la buena fe en el ámbito específico de la actividad del comerciante en sus relaciones con los consumidores, encubierta tras la cláusula primera del artículo 4.1.I de la LCD, que tan solo afecta a las relaciones entre comerciantes, comporta la justificación de su reforma legal o, en su defecto, de imponer 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 CC, enlaza y conecta a la perfección con el criterio de la buena fe esgrimido por los tribunales al juzgar de la abusividad de las cláusulas contractuales<sup>49</sup>. Por su 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 al adecuado funcionamiento del mercado y al principio renovador de la competencia eficiente<sup>50</sup>.

<sup>46</sup> MASSAGUER, J.: *El nuevo derecho contra la competencia desleal*, 2006, pág. 75; TATO PLAZA, A. (dir.), *La reforma de la competencia desleal*, 2010, pág. 66.

<sup>47</sup> SSAP de Barcelona de 29 de noviembre de 1995, 13 de febrero de 2004, 6 de mayo de 2004 y 6 de mayo de 2005; de Asturias de 18 de septiembre de 1996; de Girona de 19 de diciembre de 2000 y 16 de abril de 2002; de Cádiz de 19 de abril de 2000; de Málaga de 2 de junio de 2004; de Toledo de 16 de septiembre de 2004; y de Santa Cruz Tenerife de 21 de enero de 2005 y 21 de marzo de 2005.

<sup>48</sup> MASSAGUER, J.: *El nuevo derecho contra la competencia desleal*, 2006, págs. 75-78.

<sup>49</sup> El Tribunal Supremo ha explicitado su contenido, entre otras, en las SSTs de 8 julio de 1981, 21 de septiembre de 1987, 11 de mayo de 1988 y 15 de abril de 1998, como conductas que se acomodan a «los imperativos éticos que la conciencia social exija».

<sup>50</sup> SANZ MARTÍNEZ, F. y PUETZ, A.: «Ámbito de aplicación y cláusula general de competencia desleal», *RCD*, núm. 7, 2010, págs. 30-32.

## 5. APLICACIÓN, INTERPRETACIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LA CLÁUSULA GENERAL DESLEAL COMO NORMA DE CIERRE DEL SISTEMA COMPETENCIAL

Desde otro punto de vista la crítica a la cláusula general con consumidores del artículo 4.1.II de la LCD recae tanto sobre su alcance y contenido como por las consecuencias que puede acarrear. De esta manera, se ha puesto de relieve que las definiciones incorporadas al artículo 4.1.II de la LCD, tomadas casi en su literalidad del artículo 2 de la directiva («diligencia profesional», «distorsión 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 *para todo el texto legal*. Con otras palabras, estamos ante una cláusula que actúa como norma de cierre del sistema competencial, es decir, en principio no podrá utilizarse para analizar la deslealtad de conductas tipificadas en el Capítulo III de la LCD, al regularse 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. 21-31), ya sea con carácter general (arts. 5, 7 y 8 LCD). La aplicación del artículo 4.1.II de la LCD a prácticas, conductas o comportamientos ya tipificados solamente podrá hacerse 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 de la LCD<sup>51</sup>.

En segundo lugar, por lo que respecta a las consecuencias de su aplicación, se ha estimado que estas pudieran resultar *indeseables*, tanto por estimar que se ha llegado a un «desarrollo complicado y reglamentista impropio de lo que debe ser una cláusula general» como por entender «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>52</sup>. Quepa apuntar, como contrapunto, que las definiciones de la Directiva 2005/29/CE o aquellas incorporadas a nuestra LCD se fundamentan en gran medida en conceptos jurídicos indeterminados, por lo que siempre cabe cierto margen de flexibilidad mediante 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 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 permite un marco jurídico más amplio y claro que el descrito en el artículo 4.1.II de la LCD. Dentro del calculado eclecticismo del legislador interno se observa cierta indefini-

<sup>51</sup> TATO PLAZA, A. (dir.): *La reforma de la competencia desleal*, 2010, pág. 72; CARRASCO PERERA, Á.: «Prácticas comerciales desleales y derecho sancionador de consumo», 2010, en [www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco), pág. 4.

<sup>52</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».

ción y ambigüedad en la formulación de la cláusula general desleal en cuanto «práctica comercial», aun cuando el concepto sea posible extraerlo a posteriori de la prolija redacción del artículo 4.1.II de la LCD. Esto es algo llamativo porque el concepto de *práctica comercial* es una de las pocas definiciones que no se ha transpuesto aisladamente al texto de la LCD respetando la literalidad de la directiva, siendo, paradójicamente, una de las más importantes. A nuestro juicio tal definición constituye la pieza maestra para alcanzar la 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. En fin, a nuestro parecer tampoco es suficientemente diáfana la mención de la «publicidad ilícita» incorporada a la redacción del artículo 1 de la 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<sup>53</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 del TRLGDCU, que, en este caso, sí fue tomada en casi su literalidad del artículo 2 e) de la Directiva 2005/29CE. Evidentemente, cabe un amplio margen de interpretación sobre la amplitud que queramos conceder a esa actividad empresarial específica, y, también, sobre el propio alcance de la «distorsión significativa» del comportamiento económico del consumidor en general, donde entendemos que debe darse prioridad absoluta a las relaciones creadas en el mercado con ocasión de la contratación privada 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>54</sup>, ni tampoco la *distorsión sustancial* del consumidor, tal y como aparece regulada en el artículo 4.1.II de la LCD, se acomoda a lo que el legislador comunitario denomina «decisión sobre una transacción» del consumidor, esto es, sobre una decisión tomada dentro de una relación de índole contractual. Y esto, al margen de si la merma de voluntad del consumidor contratante, último causante 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 conveniente y útil poder visualizar en el texto de la LCD la finalidad pretendida por la Ley 29/2009 en su misma exposición de motivos. Es decir, que pudiera constatarse con mayor claridad en su articulado la «plasmación de la tendencia hacia una *expansión del concepto y de los elementos definitorios de los actos de competencia desleal*», en

<sup>53</sup> RUIZ PERIS, J. I. (dir.): «La reforma de la cláusula general de la Ley de Competencia Desleal», *La reforma de la Ley de Competencia Desleal* (dir.), 2010, pág. 48.

<sup>54</sup> FERNÁNDEZ-NOVOA, C.: «La directiva comunitaria sobre prácticas comerciales desleales», *La Ley*, núm. 1, 2006, págs. 1.335 y ss.

donde ha quedado diluido el concepto esencial y básico de «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. Por todo ello nuestro legislador, tras formular la nueva cláusula general con consumidores del artículo 4.1.II LCD, limitando la *diligencia profesional* del artículo 2 h) de la Directiva 2005/29/CE a las *prácticas honestas de mercado* (sin incorporar 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*»), ha aminorado parcialmente el alcance de la tesis de quienes sostienen que la Ley 29/2009 ha dado un paso muy relevante hacia la «*generalización* de la disciplina de la competencia», esto es, parece haber dado un paso un tanto dubitativo, timorato e insuficiente en este sentido<sup>55</sup>. A nuestro juicio, debería haber dejado abierto el juego al principio de la buena fe en paridad con las prácticas honestas de mercado.

En último lugar, cabría pensar que la búsqueda 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 (LCD), pero esto no ha sido así. Precisamente, el Real Decreto Legislativo 1/2007 introdujo como novedad que las autoridades competentes en materia de consumo puedan 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 del TRLGDCU, las normas correspondientes de la LCD, esto es, los artículos 4, 5, 7 y 8, que tipifican comportamientos genéricos, que, asimismo, son aplicables a la competencia entre empresarios o profesionales, y los artículos 21 a 31, que tipifican prácticas concretas con consumidores y usuarios siempre desleales «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 con consumidores y usuarios. Pues bien, este procedimiento dual establecido en torno al ilícito civil y la infracción administrativa, como se ha señalado, es bastante peligroso en este ámbito, pues es previsible que las autoridades administrativas de consumo carezcan de la preparación técnica que se presume en jueces o tribunales de la jurisdicción civil para determinar y aplicar adecuadamente este articulado, o, cuando menos, la cláusula general del artículo 4.1.II de la LCD en las relaciones con consumidores<sup>56</sup>.

Indudablemente, desde un punto de vista práctico, parece incuestionable que todo esto supone un reto para los operadores administrativos competentes en la aplicación del derecho de

<sup>55</sup> SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: «La ampliación del concepto de competencia desleal», en *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro homenaje al Profesor Doctor Carlos Fernández-Novoa*, 2010, pág. 392.

<sup>56</sup> CARRASCO PERERA, Á.: «Prácticas comerciales desleales y derecho sancionador de consumo», en *www.uclm.es/centro/cesco*, 2010, págs. 4-5.

consumo. Por lo que parece muy conveniente, casi podría decirse de obligado cumplimiento, que todas las comunidades autónomas afectadas examinasen las singulares tipificaciones de las prácticas y usos de esta naturaleza recogidas en sus leyes autonómicas de consumo, para comprobar si se ajustan a las 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 podrán ser ineficaces, y esto, aunque solo fuera por la aplicación del principio de supremacía del derecho comunitario.

## 6. PRÁCTICAS COMERCIALES, PUBLICIDAD Y DEBERES DE INFORMACIÓN. LA INCLUSIÓN DE LOS SUPUESTOS DE PRODUCTOS COMPLEJOS DE SERVICIOS BANCARIOS Y FINANCIEROS

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 comunitario (art. 3.2 Directiva 2005/29/CE), separa las normas sobre prácticas comerciales del ámbito de las normas que regulan relaciones contractuales, remitiéndose el TRLGDCU a las normas generales que regulan el *ámbito de aplicación* de los contratos con consumidores (art. 19.2.III, que a su vez remite al art. 59 TRLGDCU)<sup>57</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 en las relaciones con consumidores, no obsta para que al mismo tiempo pueda analizarse si estas inciden también en la formación, celebración o interpretación de los contratos con los que indefectiblemente concurren. Y no parece que importe si la práctica existe «antes, durante o después de una operación comercial o contrato», tal y como describe el texto normativo (art. 19.2.II TRLGDCU), 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 del TRLGDCU<sup>58</sup>, que, a su vez, nos reenvía al artículo 59 del 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 leyes especiales como «por las disposiciones legales que regulan los contratos civiles y mercantiles» (art. 59.2 TRLGDCU).

<sup>57</sup> Artículo 2.2 de la 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>58</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: «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*».

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 de la 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 afectan a su contenido y efectos, a nuestro juicio habrá de entenderse que también deberá tenerse aquí 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>59</sup>.

Además, la conexión entre ambas legislaciones, competencial y contractual, se realiza abiertamente desde hace algún tiempo por la vía de los *deberes de información en los contratos*, que adquieren cada vez mayor entidad y relevancia, en mayor grado dentro de las distintas regulaciones sectoriales del mercado donde la protección de los consumidores suele ser más quebradiza (servicios bancarios y financieros; salud y seguridad)<sup>60</sup>. Y es que los derechos nacionales, a instancias del derecho europeo de contratos y del derecho comunitario, vienen estableciendo la exigibilidad por vía imperativa de determinadas informaciones sobre el contenido de las transacciones, así como de toda una serie de requisitos que normalmente la acompañan, que, en este campo de estudio, están directamente vinculados con la información suministrada a través de las comunicaciones comerciales («invitaciones a comprar»), la publicidad y la praxis comercializadora de bienes y servicios. A modo de anticipo puede observarse que en el articulado del DCFR se recogen minuciosamente descritos deberes precontractuales vinculados a las prácticas comerciales, a toda aquella información relevante que se estima *necesaria* para tomar una decisión dentro de una transacción comercial<sup>61</sup>.

Pues bien, aquellas conductas o prácticas del empresario o profesional que contengan información falsa o que induzcan o puedan inducir a error a los destinatarios, o aquellas que oculten u omitan información determinante para la toma de decisiones con pleno conocimiento de causa dentro de una relación obligatoria, quedan directamente conectadas por ley a las actividades reali-

<sup>59</sup> Artículos 2 d) y 3.1 de la Directiva 2005/29. 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 artículo 2 b) de la Directiva 2002/65/CE, de 23 septiembre 2002, reflejado a su vez en el artículo 4.2 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, de Comercialización a Distancia de Servicios Financieros.

<sup>60</sup> En *Principles, definitions and model rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference* (DCFR), 2009, se recogen minuciosamente estos deberes precontractuales en el Libro II, en su Capítulo III, dedicado a la mercadotecnia y los deberes precontractuales, en sus artículos II.3:101 y ss., que contienen una regulación pormenorizada. El Acquis Group publicó en 2007 *Principles of the Existing EC Contract Law, Contract I*, con antelación y de manera más detalla de los PECL, los deberes de información contractual (arts. 2:201 a 2:2006).

<sup>61</sup> Artículos II.3.101 y II.3:102 de los DCFR, *Principles, definitions and model rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference*, Full Edition, 2009.

zadas por esos mismos empresarios o profesionales, por cuanto que la regulación de la Ley 29/2009 permite determinar fácilmente qué tipo de prácticas comerciales afectan al contenido de la oferta, promoción y publicidad de productos o servicios. En suma, aunque exista en nuestro país neta separación de 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) deben engarzarse interpretativamente con los deberes precontractuales de *información* del artículo 60 del TRLGDCU. Esto comporta, de facto, la necesaria integración con el contrato de toda la normativa que establezca requisitos informativos, sea a través de las comunicaciones comerciales, publicidad o la mera comercialización, que el legislador comunitario califica como «sustancial». El concepto esencial de práctica desleal como conducta preeminentemente *informativa* se completa ahora con la norma de cierre del artículo 4.1.II de la LCD, a modo de cláusula general con consumidores, que permitirá calificar con mayor precisión, en el ámbito contractual, toda conducta o comportamiento del empresario o profesional que incida en la capacidad del consumidor para «adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa» (art. 4.1.II LCD).

En cualquier caso no debe olvidarse que tales «prácticas informativas», sea en formato de comunicaciones o de actos publicitarios de empresarios o profesionales, quierase o no, siempre podrán adquirir relevancia jurídica en tanto incidan de una u otra forma en la consumación del contrato, y ello, «aun cuando no figuren expresamente» en este o en el documento o comprobante que lo certifique (art. 61.2 TRLGDCU)<sup>62</sup>.

Valga añadir que el legislador comunitario al regular las prácticas desleales introduce una *armonización plena* en aquellos aspectos de la información de empresarios o profesionales que considera «sustancial», en particular la que afecta a los requisitos informativos relacionados con las comunicaciones comerciales, la publicidad o la comercialización de productos o servicios, que puede comprobarse que también aparecen insertos en otras muchas directivas que regulan aspectos informativos dentro de muy diversas materias y sectores, y que la propia Directiva 2005/29/CE aprovecha para recoger en su Anexo final de forma abierta.

Pues bien, conviene 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>63</sup>. Es decir, los Estados pueden introducir requisitos de información que vayan «más allá de lo especificado en el derecho comunitario sobre la base de cláusulas mínimas. Así ocurre, por ejemplo, respecto a la información adicional que pueda darse sobre prácticas más exigentes o restrictivas, que los legisladores nacionales deban adoptar en el ámbito de los servicios financieros o de los bienes inmuebles, cuya regulación separada justifica el legislador comunitario

<sup>62</sup> La nueva redacción propuesta en el proyecto de reforma del TRLGDCU de 2013 en su artículo 60.1 matiza que esta obligación de información por parte del empresario no será precisa cuando «resulte evidente por el contexto».

<sup>63</sup> Cdo. 15 de la Directiva 2005/29/CE.

en razón de su complejidad y de la importancia de los riesgos que conllevan ciertas operaciones (v. gr. evaluación de la solvencia en los préstamos respecto al riesgo en caso de impago). Así, en España tenemos el ejemplo reciente del avance que supone en este ámbito la regulación por Orden EHA/2899/2011, 28 octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios y 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, que complementan la Ley 26/1988 sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito y órdenes de desarrollo. Complementariamente, en estos últimos años, tenemos otra buena muestra de la importancia que va adquiriendo esta información en ámbitos diversificados dentro de los servicios bancarios y financieros, como ocurre con los préstamos hipotecarios con intermediarios diferentes a las entidades de crédito (Ley 2/2009); con el crédito al consumo (Ley 16/2011); o con los servicios de pago (Ley 16/2009)<sup>64</sup>.

La finalidad de esa legislación, que afecta a 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 financieros, debiendo ser este, mucho más en la actualidad, uno de los objetivos prioritarios en el ordenamiento jurídico de cualquier sector económico del mercado. La celeridad legislativa se presume importante, pero es preciso huir de una excesiva fragmentación en la materia en este ámbito de los «productos complejos», buscando la técnica de la simplicidad y claridad ante todo, lo que parece indispensable para tratar de armonizar y unificar, contribuyendo a la postre a la racionalización y mejora de la protección del cliente de servicios bancarios y financieros del mercado transfronterizo.

Pues bien, complementando lo anterior respecto a la regulación de servicios financieros o 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 2005/29/CE como la Ley de transposición 29/2009 de reforma de la LCD son aplicables a cualesquiera actos de comunicación, publicidad o comercialización de productos complejos, sean servicios bancarios o financieros como bienes inmuebles<sup>65</sup>. De esta forma, la Directiva 2005/29/CE constituye la base de aplicación general de los *deberes de información con contratos con consumidores*, es decir, de cualesquiera aquellas prácticas y conductas del empresario o profesional que omitan información necesaria o contengan información falsa, deficiente o que induzcan o puedan inducir a error a sus destinatarios. De ahí que se regule más detalladamente y con mayor exigencia determinados aspectos informativos de los «productos complejos», ya sea porque se ha regulado en normativa específica comunitaria anterior a la Directiva 2005/29/CE, como ocurre con la comercialización a distancia de servicios financieros (Directiva 2002/65/CE), ya sea por hacerlo en normativa específica posterior que modifica otra anterior, como ocurre con los servicios de pago o los contratos de crédito al consumo

<sup>64</sup> Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, de transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago; Órdenes EHA/1717-1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios/productos de inversión (Circular 6/2010).

<sup>65</sup> Cdos. 9 y 10 *in fine* de la Directiva 2005/29/CE.

(Directivas 2007/64/CE y 2008/48/CE), o porque se trata de normativa en ciernes sobre la nueva regulación sobre información financiera (propuesta de reglamento sobre productos de inversión)<sup>66</sup>. Pues bien, toda esta regulación específica más detallada y 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 la Ley 29/2009 de transposición (art. 3.4 Directiva 2005/29/CE)<sup>67</sup>.

En suma, no queda duda 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 su comercialización a distancia), quedan incluidos en la Directiva 2005/29/CE. A modo de ejemplo, la propia Comisión Europea ha señalado como prácticas comerciales desleales las *comisiones bancarias opacas* y cualquier tipo de *información precontractual insuficiente o ininteligible*, en tanto que impiden al consumidor comparar con otras ofertas existentes en el mercado. Tales prácticas pueden calificarse de *engañosas*, no siendo necesario que se trate de información falsa pues basta con que puedan inducir a error, por ejemplo respecto a los beneficios, resultados esperados o los riesgos inherentes a un determinado producto o servicio financiero. No basta tampoco con que la información sea objetivamente correcta, pues es exigible que se presente de manera que no pueda inducir a error<sup>68</sup>.

La «*información sustancial*» que empresarios y profesionales deben trasladar al consumidor medio en sus relaciones o transacciones, tal y como recoge la Ley 29/2009, permite incluir:

- a) Con carácter general, respecto a *las comunicaciones comerciales, la publicidad o comercialización de empresarios o profesionales*: comprende las prácticas y requisitos de información enunciados en el *Anexo II de la Directiva 2005/29/CE*, que afectan sustantivamente a la información en las relaciones 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, la mayoría ya transpuestos a nuestro ordenamiento y algunos pendientes de reforma.
- b) Con carácter particular, en lo atinente a la *oferta* o «*invitación a comprar*» comprende cualesquiera prácticas que inciden en la información básica que recae sobre las características principales del producto, la identidad del comerciante, el precio y los gastos complementarios, el pago y entrega, y sobre la existencia o no del derecho de desistimiento. Concretamente, la previsión informativa «*sustancial*» de la oferta

<sup>66</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.

<sup>67</sup> El artículo 3.4 de la 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 del TRLGDCU.

<sup>68</sup> Documento SEC (2009) 1666, de 3 de diciembre de 2009, de orientaciones para la aplicación de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales, págs. 10 y ss.

del artículo 7.4 de la Directiva 2005/29/2005 ha sido transpuesta en el artículo 20 del TRLGDCU bajo el epígrafe de «información *necesaria* en la oferta comercial de bienes o servicios». El incumplimiento de estas obligaciones informativas está sancionado «en todo caso» como práctica engañosa en nuestro país<sup>69</sup>, lo cual no obsta para que, de forma paralela, se cuestione e inste la invalidez de aquellas cláusulas de aquellos contratos suscritos con base en una comunicación comercial, publicidad o comercialización que adolezca de la información requerida conforme a los artículos 60 y 61.2 del TRLGDCU. Es interesante observar cómo todas las previsiones informativas transpuestas con la 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 Real Decreto Legislativo 1/2007, aparecen como «*obligaciones relevantes de información*» para el empresario, exigibles por los consumidores aun cuando no figuren expresamente en el texto legal, y que necesariamente deben tenerse en cuenta en la integración de contratos con consumidores y usuarios (arts. 60.2, 61.2 y 65 TRLGDCU).

No obstante, 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, debe completarse con el artículo 5 de la LCD, que califica 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 del TRLGDCU<sup>70</sup>. De modo análogo, puede decirse lo mismo respecto de las conductas tipificadas en el artículo 7 de la LCD, que entiende 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 cuando la información dada sea *oscura, ininteligible, ambigua o no se dé a conocer al destinatario en el momento adecuado para decidir*. En tercer lugar, en cuanto a la incidencia que las prácticas agresivas puedan tener en los contratos (art. 8 LCD), parece claro que las prácticas que comportan la merma de voluntad en el consumidor mediante coacción, uso de la fuerza o influencia indebida, distorsionando la libertad de elección sobre el bien o servicio ofertado, permiten invocar la aplicación complementaria de la legislación que regula los contratos, en clara similitud con la intimidación contractual (art. 59 TRLGDCU; arts. 1.265 y ss. CC)<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> Artículo 20.2 del 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>70</sup> CARRASCO PERERA, Á.: «Prácticas comerciales desleales y derecho sancionador de consumo», en [www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco), 2010, pág. 6.

<sup>71</sup> El artículo 1.301 de la PMCC permite entender una práctica como un particular *estado o situación de dependencia del consumidor* al establecer 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 apro-

A este respecto, es muy interesante observar el contenido de la PMCC de 2009. No se contiene una regla general que establezca la forma de incorporarse al contrato la información ofrecida por un profesional, proveedor de bienes o servicios, o a través de las declaraciones públicas de otro contratante<sup>72</sup>. Sin embargo, al referirse al contenido de los contratos, esta PMCC recoge un precepto específico sobre la incorporación al contrato de los contenidos de la publicidad y de actividades vinculadas a la promoción o comercialización de productos o servicios realizados por un profesional. En efecto, en el artículo 1.276 de la PMCC se 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». Se refuerza esto aún más al afirmarse, 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».

## 7. PRÁCTICAS COMERCIALES Y «PRÁCTICAS NO CONSENTIDAS EXPRESAMENTE»

### A. INTERCONEXIÓN Y COMUNICACIÓN DE CLÁUSULAS Y PRÁCTICAS ABUSIVAS

Las «prácticas no consentidas expresamente» marchan indefectiblemente unidas a lo que nuestro legislador de 2006, por vez primera, denominó «obstáculos onerosos o desproporcionados», «obstáculos no contractuales», «prácticas obstruccionistas o lesivas» en el ejercicio de los derechos reconocidos en contratos con minoristas, consumidores y usuarios<sup>73</sup>. Con el sintagma «prácticas no consentidas expresamente» el legislador interno parece querer cohonestar la introducción de una serie de prácticas en el ámbito de las cláusulas abusivas. Es decir, parece buscar

---

vechado 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>72</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 las 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 actúa el vendedor, o situado más arriba en la cadena de distribución, como pueden ser los representantes o las personas que hacen la publicidad [art. 6:101 (3) PECL].

<sup>73</sup> Ley de Mejora de la Protección de Consumidores de 2006, luego trasladados a los artículos 62 y 87.6 del TRLGDCU.

encajar la incorporación de las «*prácticas no consentidas expresamente*» en estrecho maridaje con las *cláusulas abusivas*, y esto, dentro del ámbito del TRLGDCU cuando regula las *cláusulas y prácticas abusivas en los contratos*. Pues bien, ¿se ha puesto con ello la base para la equiparación en el tratamiento jurídico de cláusulas y prácticas por jueces y tribunales?

Conviene subrayar que la entrada de la publicidad y la comercialización en la nueva redacción de la LCD respecto a clientes o consumidores tiene un mayor alcance del que pudiera parecer a primera vista. Porque ¿acaso la *publicidad ilícita* de un empresario o profesional que venga a *distorsionar* de manera significativa el comportamiento económico del *consumidor medio*, o que le impida adoptar una decisión contractual con pleno conocimiento de causa, no interfiere de facto en la validez del contrato realizado o de alguna de sus cláusulas? ¿Qué ocurrirá si se demuestra que tales prácticas inciden directamente en cualesquiera cláusulas del contrato mediante una información oscura, ininteligible, ambigua o insuficiente, favoreciéndose la posición del proponente? ¿Acaso esta vía no facilita interpretar, con mayor facilidad que antes, que determinadas cláusulas encubren en realidad prácticas abusivas o desleales más o menos reiteradas? Así todo, al margen de la interpretación *contra proferentem*, la LCD parece que viene a reforzar notablemente las consecuencias derivadas del uso y la buena fe conforme a la naturaleza de cada contrato, según el artículo 1.258 del CC<sup>74</sup>.

Encaja lo anterior con la denominada «*interpretación constructiva del contrato*», que tiene su base en el artículo 1.258 del CC, donde los usos y las prácticas comerciales acordes con la naturaleza del contrato y la buena fe son las herramientas que, al menos por el momento, permiten conectarlas con lo que la doctrina denomina *cláusulas implícitas del contrato*<sup>75</sup>. Puede comprobarse, significativamente, cómo la Ley 29/2009 introdujo 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 amplios con que aparece en la LCD, sino también toda aquella que infrinja lo dispuesto en la normativa que regula la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios, 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).

<sup>74</sup> La STUE de 19 de marzo de 2013, a propósito de los criterios de apreciación de abusividad, para medir la buena fe exigible dentro del presumible desequilibrio contractual del contrato, «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» (Asunto C-415/11, apartado 76), en conexión con lo tratado al comienzo acerca de la condición de lo «razonable», descrito en el artículo 1.302 de los PECL o en el artículo 5 de la propuesta de reglamento de compraventa europea, 2011.

<sup>75</sup> En el ámbito de las reformas europeas ver artículo 6.102 de los PECL, al reconocer 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 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 de octubre de 2011].

Nada impide, en suma, pasar a reconocer abierta y diáfanaamente el *nuevo papel* de los usos y prácticas comerciales en la contratación en nuestro ordenamiento jurídico privado, más allá de las deficiencias del actual artículo 1.3 del CC. Parece que no es necesario tener que recurrir a la costumbre para argumentar, de manera directa y clara, con fundamento en los usos o prácticas. Se dirá que esto ya es posible hacerlo ahora con la ayuda complementaria de los artículos 1.258 y 1.287 del CC. Pero cabe señalar que su operatividad está mermada por el fuerte lastre histórico de la costumbre ligado a la idea de la *opinio iuris*. Llama la atención el esfuerzo de algún sector de la doctrina por ensamblar, a toda costa, los usos dentro de la costumbre, ya se trate de los usos en general o los usos de comercio, para presentarlos revestidos o transmutados del *significado* propio de la «costumbre mercantil»<sup>76</sup>.

Pues bien, parece adecuado al fin de este estudio establecer una estrecha conexión entre el clausulado y las prácticas abusivas, a semejanza de la que puede realizarse entre «cláusula abusiva» y «práctica no consentida expresamente», tal y como aparece descrita en el artículo 82.1 del TRLGDCU<sup>77</sup>. Entendemos que en ningún caso la interpretación abusiva de una cláusula contractual podrá extenderse, sin más, a cualquier uso o práctica comercial utilizada dentro de contrato particular, y ello, por tratarse, a priori, de ámbitos separados y distintos: el de la conducta más o menos reiterada y el de la norma jurídica en cuanto tal.

Así todo, puede establecerse sin problemas que prácticas y cláusulas *parecen* ámbitos comunicables entre sí. Una práctica no incorporada en forma de cláusula no parece que pueda ser objeto de un particular juicio de validez o nulidad, si acaso de una medida administrativa de cesación de una conducta tipificada y sancionada por una ley administrativa<sup>78</sup>. Sin embargo, sentado lo anterior, puede matizarse que, por un lado, junto a la mera cesación de una conducta impropia del empresario o profesional, la propia ley vigente determina otros muchos efectos singulares que van más allá de una mera conducta cesante, y que van desde la acción declarativa de deslealtad hasta lo que permita derivarse como consecuencia natural de la infracción cometida, que podría ir desde la prohibición de utilizarla (en los supuestos en que la conducta o comportamiento todavía no se hubieren puesto en práctica) hasta el resarcimiento de daños y perjuicios, la interdicción del enriquecimiento injusto causado por tal conducta o comportamiento desleal, la remoción de efectos antijurídicos producidos, sin olvidarnos de la eventual acción de rectificación de eventuales informaciones engañosas, incorrectas o falsas que traigan causa del empleo de tales prácticas, que pueden obligar a publicar total o parcialmente la sentencia dictada<sup>79</sup>.

<sup>76</sup> GONDRA ROMERO, J. M.<sup>a</sup>: *Derecho mercantil*, Introducción, tomo I, vol. I, 1992, págs. 186 y 188-189.

<sup>77</sup> El artículo 82.1 del TRLGDCU establece un nexo entre las cláusulas abusivas y las prácticas contractuales «no consentidas expresamente» con base en la aplicación del principio general del *justo criterio de proporcionalidad y equilibrio* que debe existir entre las obligaciones de las partes contratantes.

<sup>78</sup> CARRASCO PERERA, Á.: *Derecho de contratos*, 2010, pág. 815.

<sup>79</sup> Artículo 32 de la LCD según redacción dada por la Ley 29/2009, que se correspondería con el antiguo artículo 18 de la LCD.

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 es preciso matizar la idea de que las prácticas en cuanto tal no se conjugan con el mecanismo del «proceso de integración contractual», 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>80</sup>. Reconociendo la dualidad de procedimientos a este respecto (civil, administrativo), a nuestro juicio no vemos obstáculo en estos casos para que las prácticas puedan formar parte del proceso de integración contractual, antes bien al contrario, con independencia de que tales prácticas incidan, en mayor o menor grado, en unas u otras cláusulas del contrato del que forman parte, o de que su cesación o nulidad se inste por el procedimiento más efectivo para las partes en litigio.

Por todo ello consideramos que la premisa de la *incomunicación* entre un clausulado prerredactado imperativamente sujeto a una normativa y las prácticas o usos que las precedan o acompañen, tan solo existirá en tanto nos estemos refiriendo a 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 actúan al amparo de determinadas prácticas comerciales, y que pudieran ser abusivas o desleales con carácter general e indeterminado. Pensamos que no ocurrirá lo mismo cuando se alcance a probar que una práctica comercial concreta o uso específico ha llegado a formar parte de la propia *aceptación* de un contrato o de toda una serie de contratos determinados. En este sentido, en efecto, estamos refiriéndonos a la natural comunicación entre cláusulas y prácticas comerciales en la fase que precede al contrato, donde indefectiblemente operan como «circunstancias concurrentes» a tener siempre en cuenta en la eficacia del contrato, conforme al artículo 82.3 del TRLGDCU.

En suma, observamos que junto a la *cesación de conducta* inherente a una prohibición por deslealtad, la misma ley también determina efectos singulares que van mucho más allá de una eventual cesación por conducta desleal. Pero, además, el ejercicio de tales reclamaciones 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 las reclamaciones basadas en un incumplimiento de estricto carácter contractual de las que se deriven intereses particulares deberán realizarse en la jurisdicción común. Ahora bien, ¿existe realmente una incomunicación infranqueable de legislaciones por el hecho de que las acciones de los artículos 32 y 33 de la LCD se sustancien ante la jurisdicción mercantil? A nuestro juicio nada obsta para que determinadas prácticas comerciales de los empresarios o profesionales puedan afectar a «la validez, la formación o el efecto de los contratos» que hayan sido suscritos con cualesquiera consumidores (art. 3.2 Directiva 2005/29/CE). Bastaría, por ejemplo, con que tales prácticas tergiversen o distorsionen la aplicación e interpretación de cualesquiera cláusulas predisuestas por el empresario o profesional a su favor.

<sup>80</sup> CARRASCO PERERA, Á.: *Derecho de contratos*, 2010, págs. 815-816.

Pues bien, en último término, tenemos que la propia LCD no define expresamente lo que entiende por «práctica comercial» a secas, esto es, un concepto que recoja toda la gama de conductas con las que el legislador 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 del artículo 2 de la LCD<sup>81</sup>. Nuestro legislador se ha limitado únicamente a describir lo que entiende por «comportamiento desleal», equiparándolo con la conducta contraria a la diligencia profesional<sup>82</sup>. Con todo, puede afirmarse que una práctica desleal se dirá que es *comercial* por la mera circunstancia de tratar 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, por cuanto que la LCD es aplicable tanto a estos últimos como a «cualesquiera otras personas físicas o jurídicas» (art. 3.1 LCD), dando entrada a los «profesionales», y sin que pueda supeditarse su aplicación «a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del acto de competencia desleal» (art. 3.2 LCD).

Además, se hace necesario tener en cuenta el cambio de orientación que ha supuesto el nuevo artículo 2.3 de la 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 los consumidores y usuarios, permite aventurar que su aplicación tenderá a ser tendencialmente expansiva, que es lo que permite hablar de la estrecha conexión de la LCD con el TRLGDCU o la LOCM, pues no olvidemos que el hilo conductor del cambio en la Ley 29/2009 no es otro que integrar «de manera coherente» la legislación protectora de los consumidores dentro de la regulación de mercado<sup>83</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 en su literalidad al artículo 19.2.II del 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, pero el legislador exige el

<sup>81</sup> SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Doctor 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» (*ib. cit.*, pág. 393).

<sup>82</sup> Artículo 4.1.II de la LCD, donde la clave de bóveda de la práctica comercial, como hemos apuntado más arriba, reside en el concepto de «diligencia profesional», vaciada parcialmente 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 por falta de diligencia profesional en «el principio general de la buena fe en el ámbito de actividad del comerciante» [art. 2 h) Directiva 2005/29/CE].

<sup>83</sup> SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: «La ampliación del concepto de competencia desleal», en *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro homenaje al Profesor Doctor Carlos Fernández-Novoa*, 2010, págs. 398-399.

esfuerzo de aunar criterios en este punto. Se evidencian de nuevo referencias cruzadas entre diferentes textos legales, los cuales teniendo cometidos bien distintos deben complementarse en muchos aspectos. Precisamente por eso pensamos que no hubiera sido superflua o reiterativa, antes al contrario, la inclusión de un concepto de 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 alcanzar una mejor y más ágil aplicación integradora, que es el propósito confesado del legislador interno al transponer 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 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. Hay un doble aspecto con que el operador jurídico debe analizar las *prácticas comerciales* de los empresarios en sus relaciones con los consumidores. Primero, teniendo en cuenta la nueva tipificación de las prácticas realizada en el Capítulo III de la LCD en sus artículos 21 a 31, así como la aplicación expansiva de acuerdo con los artículos 5, 7 y 8 de la LCD, particularmente relevante por lo que respecta a las prácticas vinculadas a una *inexistente, tergiversada o errónea información* de la oferta contractual, y, en último término, aplicando la cláusula general de deslealtad del artículo 4.1.II de la LCD. Además, la dicción literal del artículo 19.2.II del TRLGDCU es muy importante al recoger *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 importancia de haber trasladado este concepto, extraído casi literalmente del artículo 2 d) de la Directiva 2005/29/CE, a la misma LCD en 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>84</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 de la 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

<sup>84</sup> Ver artículo 20.2 del TRLGDCU, que remite al artículo 19.4 del TRLGDCU.

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).

## B. FINALIDAD DEL LEGISLADOR Y 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 omnicompreensivo, en la que incluye la *publicidad y comercialización* de bienes y servicios, para tratar de 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.

Con el ambiguo sintagma de «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 encajar 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 ha puesto el fundamento para la posible equiparación en el tratamiento jurídico por jueces y tribunales de cláusulas y prácticas abusivas?

La inclusión del término «prácticas» en el artículo 82.1 del TRLGDCU se hizo de manera intempestiva en 2006, solo *en previsión* de lo que sería la futura transposición de la directiva de prácticas desleales, donde se incorporó formalmente al ordenamiento la completa descripción del concepto de «práctica comercial» en el sentido lato del artículo 2 d) de la 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 *en-garce lógico y coherente* con la propia definición tomada de la Directiva 2005/29/CE, tal y como expone la misma Ley 44/2006<sup>85</sup>.

En efecto, en el trabajo previo a la aprobación del artículo 82 del TRLGDCU, es importante conocer que el Consejo de Estado dio su aprobación a este vocablo, que vino a sustituir al

<sup>85</sup> Exposición de Motivos de la Ley 44/2006, apartado VI.

que figuraba en el anteproyecto que las describía como simples «prácticas contractuales»<sup>86</sup>. Aun cuando la CGC la calificó de confusa y contradictoria, el Consejo de Estado arguyó empero la «finalidad estimable» a la que servía, confesada por los mismos redactores del anteproyecto de ley, es decir, tratar de alcanzar la *equiparación e idéntico alcance entre el tratamiento jurídico de las cláusulas abusivas con las prácticas*, al objeto de «posibilitar su prevención mediante el ejercicio de las correspondientes acciones judiciales» y así poder obtener su «represión por medio de la sanción». El Consejo de Estado corrigió la redacción con la finalidad de lograr una correcta articulación jurídica para evitar, utilizando sus 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 la corrección técnica, la reforma legal parece excesivamente escueta para evidenciar la equiparación en el tratamiento de las prácticas no consentidas y las cláusulas abusivas. El legislador desea facilitar el «*re-equilibrio* contractual», corrigiendo todas aquellas distorsiones que, de hecho, favorezcan unilateralmente a los empresarios o profesionales predisponentes.

La segunda premisa a tener en cuenta es que las «prácticas no consentidas expresamente» marchan indefectiblemente unidas a lo que el legislador viene denominando, de manera versátil, «obstáculos onerosos o desproporcionados», «obstáculos no contractuales», «prácticas obstructionistas» o «prácticas lesivas» al ejercicio de los derechos reconocidos en los contratos a consumidores y usuarios. Estas locuciones no son originales de nuestro legislador, pues ya aparecían en la Directiva 2005/29/CE<sup>87</sup>. Con ellas el legislador interno parece justificar la finalidad práctica perseguida y reconocida por él mismo con las lógicas exigencias de una correcta articulación legal<sup>88</sup>. En suma, la finalidad perseguida es, una vez más, *equiparar* el tratamiento otorgado a las cláusulas abusivas del contrato con aquellas prácticas que, sin reflejarse en un documento o estipulación contractual, pueden ocasionar *idéntico efecto* de desequilibrio en la relación contractual. Tales prácticas son contrarias a la buena fe objetiva. Así lo sostiene tajantemente nuestro legislador al afirmar que con ellas se pretende alcanzar «*idénticos efectos para los usuarios*», los mismos que los que puedan derivar de la invalidez o nulidad de las cláusulas abusivas no negociadas<sup>89</sup>.

Con lo afirmado parece posibilitarse un más fácil ejercicio de las correspondientes acciones judiciales o, en su caso, la más rápida aplicación de las medidas administrativas sancionadoras. En suma, tales «prácticas» merecen idéntica reprobación jurídica que las cláusulas abusivas, aunque solo fuera por el simple hecho de tratarse de obstáculos *impuestos* unilateralmente por el empresario *sin consentimiento* del consumidor. También es interesante observar su localización en la parte dispositiva del articulado cuando el legislador se refiere de modo expreso a los contratos de suministro de bienes o de prestación de servicios de *tracto sucesivo* (arts. 62.3 y 87.6 TRLGDCU),

<sup>86</sup> Dictamen del Consejo de Estado, referencia 186/2006, de 9 de marzo, apartado V.2.B.

<sup>87</sup> Artículo 9 d) de la Directiva 2005/29/CE.

<sup>88</sup> Véase nota 86.

<sup>89</sup> Exposición de Motivos de la Ley 44/2006, VI, *in fine*.

sin que con ello se pretenda ir más allá de lo apuntado, es decir, que lo habitual será que tales usos o prácticas se presenten en el ámbito de relaciones periódicas y reiteradas en el tiempo<sup>90</sup>.

Por lo apuntado parece que el concepto de «práctica» del TRLGDCU, aun siendo *indeterminado*, debe interpretarse siempre por referencia al contrato, esto es, una práctica podrá considerarse *abusiva* en tanto pueda probarse su neta incidencia en la ejecución del contrato. Lo más habitual será que tras el silencio en la celebración del contrato, sin referencia alguna a usos o prácticas anteriores, el predisponente pase a *exigir o imponer* al consumidor un determinado comportamiento que no se ajuste al exigible equilibrio de las partes en el contrato. La prueba de abusividad de tal conducta o práctica abusiva vendría representada porque, en el caso hipotético de su traslación al contrato, esta podría calificarse como cláusula abusiva conforme a la ley. La *modificación o interpretación unilateral del contrato* por parte del predisponente, en perjuicio de los intereses del consumidor o usuario, vendrá también a determinar la idea de *abusividad* de la práctica no consentida expresamente, y ello, en razón de la consabida indisponibilidad del contenido del contrato en favor de una de las partes (art. 1.256 CC; art. 85.3 TRLGDCU)<sup>91</sup>.

En estos casos, parece que la falta de consentimiento sobre las prácticas del artículo 82.1 del TRLGDCU puede equipararse al desconocimiento del consumidor o usuario sobre el alcance de un acto, conducta o comportamiento, o, lo que desde la Ley 29/2009 parece todavía más relevante, al fijar el alcance que permite alcanzar una comunicación comercial realizada por cualquier medio adecuado, sea a través de la publicidad o de su comercialización, que la ley vincula a toda 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 está en que la amplia definición de práctica comercial no se incorporó a la LCD, y la reserva legal que hace el TRLGDCU («a estos efectos», esto es, la protección de los legítimos intereses sociales y económicos de consumidores) carece de sentido, pues la finalidad del TRLGDCU es la misma que la de la LCD, y como buena muestra de ello vemos que se remite íntegramente en su artículo 19.2 del TRLGDCU.

Hemos analizado la práctica abusiva como cualquier *práctica impuesta* que contraría la regla del *justo equilibrio contractual*. Pues bien, a nuestro juicio particular relieves adquieren las prácticas en aquellos supuestos en los que la abusividad venga originada por razón de *ausencia o falta de la información relevante*, máxime si se trata de la información *necesaria* a la que el consumidor tiene derecho por estar obligado a facilitarla el predisponente por ley. Esto fue reforzado merced al artículo 61 del TRLGDCU, que delimita toda una serie de informaciones sustanciales inspiradas en la Directiva 2005/29/CE. Con ello se fortalece el deber genérico de información a

<sup>90</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, 2009, pág. 887. A su juicio pretender ir más allá de lo apuntado en el texto legal, que supone caer en «hipótesis absurdas» o llegar a conclusiones sin sentido.

<sup>91</sup> BALLUGERA GÓMEZ, C.: «Prácticas abusivas, información, integración contractual y regla "contra proferentem"», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2007-2, núm. 14, págs. 23 y ss.

favor del contratante con apoyo en los artículos 1.097, 1.258 o 1.486.II del CC. Además, la integración contractual conforme al principio de la buena fe objetiva de los artículos 65 y 83.2 del TRLGDCU, que hace alusión expresa a la «omisión de información precontractual relevante», sirve de apoyo a una correcta integración del contrato en este punto fundamental<sup>92</sup>.

Admitida la evolución legal hasta la transposición de la Directiva 2005/29/CE, esta parece quedar un tanto devaluada, al menos en lo referido a la virtualidad jurídica general de los usos y prácticas, tal vez por una excesiva focalización teórica acerca de si la entrada de tales «prácticas no consentidas», junto a las cláusulas contractuales, debe entenderse en el *plano del cumplimiento* o en el de la *validez contractual*, o por conocer si el punto de mira del legislador estaba en la fase de negociación o de ejecución del contrato<sup>93</sup>. A nuestro juicio, por encima de todo, la clave está en la correcta aplicación del principio de la *buena fe objetiva*, sobre todo en lo que concierne a muchas de las prácticas engañosas que suelen ampararse precisamente en la «omisión de información precontractual relevante» (art. 65 TRLGDCU), lo cual es preciso tener muy en cuenta al evaluar las conductas o comportamientos del empresario o profesional en la promoción, venta o suministro de bienes o servicios a consumidores y usuarios (art. 19.2.II TRLGDCU)<sup>94</sup>.

Entendemos que, para proceder a un enjuiciamiento 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 por ley para ese supuesto u otros análogos. Será suficiente, por ejemplo, con que la información de la cláusula sea veraz, pero su oscuridad o ambigüedad permita inducir o induzca de hecho a error a sus destinatarios (arts. 5 y 7 LCD). De este modo nada impedirá que, en bastantes supuestos, al amparo del juego de las disposiciones del TRLGDCU y de la LCD, el operador jurídico pruebe 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 los consumidores y usuarios, 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 *obligatorio* de los artículos 1.258 del CC y 61 del TRLGDCU, en neta conexión con la funcionalidad efectiva que viene adquiriendo en la jurisprudencia la exigibilidad de los particulares *deberes de información*, recogidos ahora sustantivamente en el artículo 60 del TRLGDCU<sup>95</sup>.

No cabe duda de 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

<sup>92</sup> Artículos 1.250 *in fine* y 1.279.3 de la PPMCC, Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Civil, BIMJ, enero 2009.

<sup>93</sup> BUSTO LAGO, J. M.: *Reclamaciones de consumo*, 3.ª edición, 2010, págs. 189-190.

<sup>94</sup> FONT GALÁN, J. I.: «Publicidad comercial y contrato con consumidores (...)», *RdP*, núm. 25, 2010-2, pág. 49.

<sup>95</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 4.ª ed., 2010, págs. 113 y 123 a 127.

afecta a eventuales usos o prácticas generales impuestas, obstruccionistas o desproporcionadas, de carácter no contractual, y que parece que debieran quedar al margen de tal regulación<sup>96</sup>. Ahora bien, sea como fuere, tampoco debe perderse de vista que, en sí misma, la propia definición de lo que constituye *práctica comercial* hoy 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<sup>97</sup>.

Pero la realidad es, 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 las características esenciales del bien o servicio prestados con el contrato. Y es que parece obviarse algo fundamental, lo cual es reconocer que la información es algo inherente y sustancial a la mayoría de las prácticas comerciales habituales. Por eso debe tenerse en cuenta, a fortiori, que el legislador cuando detalla la utilización de prácticas comerciales se refiere tanto a *conductas* como a *actos y omisiones, manifestaciones o comunicaciones comerciales*, donde incluye expresamente la *publicidad y comercialización* de bienes y servicios. Y esto, respecto a la transmisión de cualquier tipo de información, parece ir más allá de lo que es una mera *conducta* o comportamiento *fáctico* del empresario o profesional ceñido al uso o costumbre de promocionar, vender o suministrar bienes o servicios a consumidores y usuarios.

Con todo, conviene aclarar que la «práctica no consentida» no es equiparable en cualquier caso a una *cláusula abusiva*, aun cuando merece subrayarse que lo más habitual será encontrarse con cláusulas que, más o menos arteramente, encubran prácticas abusivas o desleales, al cobijo del silencio, la ambigüedad o una oscura descripción o indefinición de las cláusulas descritas en clara desventaja de la parte débil. Un portillo importante abierto a la interpretación lo constituye el artículo 87.6 del 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». En suma, no parece exagerado propugnar la incorporación *real y efectiva* de las «prácticas no consentidas» («prácticas comerciales») sin más podrá decirse en muchas ocasiones) como elemento que pase a integrarse de manera efectiva en la descripción general de lo que se entiende por «abusivo» según el artículo 82.3 del TRLGDCU. Esto podrá ser así simplemente en tanto el operador jurídico considere el uso o la práctica como una «*circunstancia concurrente* en el momento de celebración» del contrato, aun cuando esta fuere des-

<sup>96</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, 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>97</sup> CARRASCO PERERA, Á.: «Invalidez e ineficacia en los contratos con consumidores», *Nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, 2007, pág. 191.

conocida total o parcialmente por el propio consumidor o usuario<sup>98</sup>. De forma relevante el fallo de la STJUE de 15 marzo 2012 reconoce que «la apreciación del carácter desleal de una *práctica comercial* constituye un elemento entre otros que el juez competente puede basar su apreciación del carácter abusivo de las cláusulas del contrato» (Asunto C-453/10).

Actualmente, tras la transposición por la Ley 29/2009, 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 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 jurídicamente trazada la posibilidad fundada de atenderlas e integrarlas como «*circunstancias concurrentes*», siempre *relevantes* en la celebración de cualesquiera contratos de consumo (art. 4.1.II LCD)<sup>99</sup>. Entendemos, en suma, que no hay necesidad de acudir a la interpretación un tanto artificiosa del término «práctica comercial», que busca su fundamento en el «*dolo in contrahendo*» ribeteado con requisitos propios (deslealtad, aptitud para producir una distorsión objetiva del comportamiento del consumidor, etc.), para vincular los resultados contractuales viciados por tales prácticas abusivas al régimen de nulidad propio de las cláusulas abusivas<sup>100</sup>.

Pero es que, además, tales prácticas que pueden manifestarse como *acto, conducta, manifestación o comunicación* 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 la prueba 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 de la LCD, que actúa como norma del cierre del sistema. La redacción utilizada por el legislador comunitario fue bien clara al respecto, indicando nitidamente 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 los criterios que suponen las *prácticas honestas de mercado*, cabe asimismo entender que tal 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]<sup>101</sup>.

<sup>98</sup> Artículo 1.241 de la 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 con la modificación o extinción del contrato haya generado en la otra una *confianza legítima no podrá invocar la citada cláusula*»; en concordancia con el artículo 50.6 del Proyecto 2006 CCom.

<sup>99</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, 2009, pág. 889.

<sup>100</sup> BUSTO LAGO, J. M.: *Reclamaciones de Consumo*, 2010, 3.ª edición, págs. 191-192.

<sup>101</sup> SANZ MARTÍNEZ, F. y PUETZ, A.: «Ámbito de aplicación y cláusula general de competencia desleal», *RCD*, núm. 7, 2010, pág. 32).

Con todo, pues, deberán interpretarse como *conductas* contrarias a la diligencia profesional todas las que traspasen las *prácticas honestas de mercado* o que *distorsionen* de modo significativo el denominado «comportamiento económico del consumidor» (art. 4.1.II LCD), pero también las que conculquen el principio de la buena fe a secas, circunscrito al ámbito específico de la actividad realizada por un empresario o profesional en la promoción, venta o suministro de bienes y servicios<sup>102</sup>. A esta norma de cierre deberá acudirse necesariamente conforme al artículo 19.2.I del 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 la aplicación de los artículos 60, 61 y 65 del TRLGDCU, en lo que puede entenderse como incorporación e integración del *contenido de los deberes de información* al contrato conforme al principio de la buena fe objetiva.

Tras este análisis el artículo 65 del TRLGDCU puede convertirse en ariete jurídico de primer grado en el control y revisión jurisdiccional de la contratación, singularmente en los supuestos en que la publicidad *con genuino contenido informativo* no se hubiere incorporado adecuadamente al contrato en cuestión. Quedarán excluidas del contenido del contrato las 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 del TRLGDCU y normativa que lo implementa. Debe recordarse, a estos efectos, que tal elenco está formulado de modo abierto, por cuanto que se acepta que habrán de tenerse en cuenta aquellas obligaciones de información que están incluidas en cualesquiera «normas que resulten de aplicación» (art. 60.2 TRLGDCU). Con tal 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*. Y a propósito del eventual *riesgo* de una *integración «libre»*, tampoco atisbamos este como un riesgo *real* en la contratación con consumidores y usuarios. En suma, no vemos peligro de que la facultad de revisión de los contratos con consumidores y usuarios, por inexistencia o insuficiencia informativas, pueda convertirse en una «nueva cláusula general» de nuestro ordenamiento<sup>103</sup>.

Hemos hablado del *contenido* genuinamente «informativo» de la publicidad y ahora que-remos 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 *sugestivos* del acto publicitario solamente permiten enjuiciar la relevancia jurídica concurrencial sometida a la disciplina de la com-

<sup>102</sup> MASSAGUER, 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>103</sup> BASOZABAL ARRUE, X.: «En torno a las obligaciones precontractuales de información», *ADC*, 2009, fasc. II, págs. 711 y ss.

petencia desleal, mientras que los contenidos *informativos* permiten evaluar, además, la relevancia jurídica negocial de sus contenidos.

Pues bien, lo habitual será que en 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 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 actualmente se entienden como «*fundadas expectativas*», con base en la naturaleza del mismo producto o en cualesquiera declaraciones públicas emitidas, las cuales aparecen precisamente como elementos que condicionan la aplicación del principio de conformidad del contrato 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 la promoción, venta y suministro de bienes y servicios<sup>104</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 mantenerse: 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 en todo caso 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).

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 obstaculizan o restringen la aplicación o interpretación de cláusulas prerredactadas. De esta manera, la nueva tipificación de las prácticas engañosas y agresivas en la LCD permite a los operadores jurídicos la posibilidad de trasladar la «abusividad» de una práctica a un mayor número de cláusulas contractuales<sup>105</sup>. De este modo, además, las prácticas podrán considerarse como «circunstancias concurrentes», de enorme relevancia, en la apreciación del carácter abusivo de una cláusula en cuanto tal, ya se trate de la detección de la abusividad en la práctica comercial en sí misma, ya se trate de la detección en el propio contenido de la cláusula que pueda enmascarar o encubrir una práctica de esa naturaleza en su redactado o, tal vez, en su misma aplicación (art. 82.3 TRLGDCU).

<sup>104</sup> FONT GALÁN, J. I.: «Publicidad comercial y contrato con consumidores (...)», *RdP*, núm. 25, 2010-2, págs. 70-71.

<sup>105</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, 2009, pág. 889.

A este propósito es muy previsible el influjo del derecho europeo de contratos en esta materia. Podemos observar, en efecto, cómo 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>106</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 amparen en la «omisión de información precontractual relevante» (art. 65 TRLGDCU). Esta información necesariamente habrá de tenerse en cuenta tanto a la luz del artículo 20 del TRLGDCU, al estimarse la información inserta en una práctica comercial, como un elemento *necesario* de la misma oferta comercial de bienes y servicios<sup>107</sup>, como del artículo 60 del TRLGDCU, al enumerar *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 (art. 61.2 TRLGDCU).

Con todo, el listado de cláusulas nulas por obstáculos onerosos o desproporcionados en contratos de tracto sucesivo o continuado (art. 87.6 TRLGDCU), tras la reforma por la Ley 29/2009, comprobamos que pasa a ampliarse, por tres razones principales. En primer lugar, porque es posible incorporar a la descripción de tales *obstáculos* la amplia definición de las prácticas como actos o conductas engañosos del empresario con consumidores y usuarios (art. 19.2.II TRLGDCU), entre los que cabría destacar aquellos *actos engañosos* que por vía publicitaria inciden en la naturaleza del contrato u operación comercial 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* 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 en lo que afecta a la información confusa o ambigua o tardía del propio empresario o profesional, y en las que se hace preciso tener en cuenta el *contexto fáctico* en que se producen y el *medio de comunicación utilizado* por el empresario (art. 7 LCD).

Y en tercer y último lugar, en cuanto a la incidencia que las denominadas prácticas agresivas puedan tener en los contratos (art. 8 LCD), parece importante tener en cuenta la tipificación

<sup>106</sup> Artículos 86 y 170.1, respectivamente, de la propuesta de reglamento de compraventa europea [COM (2011) 635 final], de 11 de octubre de 2011.

<sup>107</sup> Con fundamento en el artículo 7.5 y Anexo II de la Directiva 2005/29/CE («Disposiciones de derecho comunitario que establecen normas relativas a la publicidad y a las comunicaciones comerciales»).

de las prácticas del empresario que merman la voluntad del consumidor mediante coacción, uso de la fuerza o influencia indebida, distorsionando la libertad de elección sobre el bien o servicio ofertado, que permiten invocar la aplicación complementaria de la legislación de contratos (art. 59 TRLGDCU y arts. 1.265 y ss. CC)<sup>108</sup>. Además, en la valoración de cualesquiera 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].

En conclusión, si bien con carácter general, debe tenerse muy presente la nueva redacción del Capítulo III de la LCD sobre «prácticas comerciales con los consumidores y usuarios», que muestra claramente el sesgo dado a esta reforma en la línea de alcanzar realmente la tutela «más efectiva» del consumidor, tratando así que «la normativa del mercado no quede desintegrada»<sup>109</sup>.

---

<sup>108</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, 2009, pág. 888.

<sup>109</sup> Exposición de Motivos de la Ley 29/2009, apartado II.