

Por:

Natalia Álvarez Lata*

PRÁCTICAS COMERCIALES CON LOS
CONSUMIDORES EN EL DERECHO ESPAÑOL:
CLAVES DE LA LEY 29/2009, DE 30 DE
DICIEMBRE

Resumen

La Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, ha transpuesto al ordenamiento jurídico español la importante Directiva 2005/29/CE, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, y ha supuesto un cambio de perspectiva en la regulación de la publicidad y de la promoción de los productos o servicios frente al consumidor y, en general, en la regulación de los actos de competencia desleal. En este artículo analizamos las claves de la referida Ley, en lo que atañe especialmente a la protección del consumidor.

Palabras clave: Protección del consumidor, prácticas comerciales desleales; publicidad, competencia desleal.

Abstract

The Spanish Act 29/2009 has adapted the Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005, concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market. The purpose of the Act, and the Directive, is to contribute to the proper functioning of the internal market and achieve a high level of consumer protection. Thereby, those documents also indirectly protect legitimate businesses from their competitors who do not play by the rules in the Directive and in the Spanish Act and thus guarantees fair competition in fields coordinated by them. In this report, we analyze the main aspects of the legal reform, directly related to influencing consumers' transactional decisions in relation to products.

Key words: Consumer protection, unfair business-to-consumer commercial practices, unfair advertising.

* Profesora Titular de Derecho Civil. Coordinadora del Máster de Asesoramiento Jurídico-Empresarial-UDC. Universidad de la Coruña (España).

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. RÉGIMEN GENERAL DE LAS PRÁCTICAS COMERCIALES CON LOS CONSUMIDORES. 1. Las prácticas comerciales con los consumidores y usuarios: concepto. 2. Prácticas comerciales desleales: la cláusula general de deslealtad. 3. Tipos de prácticas comerciales desleales: las prácticas comerciales engañosas y las prácticas comerciales agresivas. A. Prácticas engañosas (actos de engaño y omisiones engañosas; en especial: las prácticas engañosas por confusión). B. Prácticas agresivas. C. La lista negra de prácticas desleales con los consumidores. 4. Prácticas comerciales en sectores especiales (productos y servicios financieros y financiación al consumo). El nuevo perfil de las obligaciones de información en la Ley de economía sostenible y en el Proyecto de ley de crédito al consumo. III. ACCIONES Y REMEDIOS FRENTE A LAS PRÁCTICAS DESLEALES Y OTRAS FORMAS DE PUBLICIDAD ILÍCITA. 1. Las acciones de la LCD: la reformulación y uniformización de las acciones por la Ley 29/2009 (arts. 32 y ss. LCD). 2. Remedios contractuales: la integración del contrato con la publicidad. IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La promulgación de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, ha determinado la consideración de una nueva perspectiva de la materia. La citada Ley, que transpone básicamente la Directiva 2005/29/CE, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior -pero también la Directiva 2006/114/CE, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa- ha reformado las principales normas que afectaban a la regulación jurídica de la publicidad y de la promoción de los productos o servicios frente al consumidor: la Ley General de Publicidad (LGP), la Ley de Competencia Desleal (LCD); el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) y la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM). Todas ellas, antes de la reforma diseñaban un sistema que giraba en torno al concepto de publicidad, definiendo lo que era y, sobre todo, las múltiples modalidades de publicidad ilícita, y los efectos jurídicos que se desencadenaban respecto del consumidor por la actividad publicitaria lícita e ilícita. En ellas, el sujeto protegido era (y sigue siéndolo) el destinatario del mensaje publicitario y no tanto el consumidor en sentido estricto. No obstante, la conexión íntima y transversal del fenómeno publicitario con las normas de protección del consumidor -la publicidad como promoción del producto o servicio; como oferta contractual que vincula al empresario, en virtud del principio general de exigibilidad de la publicidad; en fin, como modo de transmisión de la información al consumidor, relacionándose, por tanto, con el derecho de información del consumidor y usuario- llevó a la consecuencia de considerar la publicidad como elemento central de las normas de protección del consumidor, no sólo estatales (TRLGDCU y normas especiales) sino también autonómicas¹.

¹ En el sistema actual del Derecho autonómico español, no hay norma de protección de consumidores que no dedique una sección a la regulación de la publicidad, generalmente ligada a la del derecho de información (o, en su caso, a los deberes legales de información del empresario). En ocasiones, estas normas son reduplicaciones de las normas del sistema estatal; otras veces, la norma autonó-

En cualquier caso, el sistema anterior y el nuevo, que comparte buena parte de los conceptos y desarrollos del derogado -y para cuya exégesis podrán servir las interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales existentes, con el límite que supone la interpretación conforme a la Directiva 2005/29/CE- tienen como punto en común que ambos afectan a la tutela de la formación de la voluntad y de la toma de las decisiones de los destinatarios del acto publicitario, y, por lo que aquí interesa, de los consumidores. La relevancia de proteger esa fase es obvia y ya la pone de manifiesto la propia Directiva 2005/29/CE cuya finalidad es evitar aquellas prácticas comerciales que anulen, obstaculicen o mermen la capacidad del consumidor de tomar decisiones de manera libre y autónoma. La protección de los intereses económicos de los consumidores frente a las prácticas comerciales desleales de las empresas implica, como señala la Directiva, que se proteja también “indirectamente a las empresas que operan lícitamente de aquellos de sus competidores que no cumplen lo dispuesto en la Directiva, garantizando así una competencia leal en el ámbito coordinado por la Directiva”. En la necesaria conexión entre la regulación del mercado y la protección del consumidor, se trataría de señalar cuáles son los límites que, con base en la tutela de la toma de decisión del consumidor, pueden asumirse sin perjudicar la libertad del empresario.

Hay que partir del carácter de máximos de la Directiva 2005/29/CE: establece un alto nivel de protección para los consumidores, unificando las disparidades existentes en la materia, en aras de un adecuado funcionamiento del mercado interior. No en vano, su art. 4 señala que “Los Estados miembros no restringirán la libre prestación de servicios ni la libre circulación de mercancías por razones pertinentes al ámbito objeto de la aproximación que lleva a cabo esta Directiva”. Nótese que las razones pertinentes a las que se hace referencia el precepto son las razones de protección del consumidor -y no otras (seguridad y salud...) que pueden legitimar que se dicten normas más protectoras: cfr. art. 19 TRLGDCU-; lo que impide la Directiva es que con fundamento en la protección del consumidor se prohíban otras prácticas comerciales o se impongan obligaciones o deberes de información diferentes a los que se explicitan en ella. En este sentido, el TJCE ha estimado que es contrario a la Directiva la norma nacional que, salvo determinadas excepciones, establece mayores restricciones que las

mica aumenta el nivel de la protección que instaura el TRLGDCU, a través de la imposición al empresario de ulteriores obligaciones de información. El problema que se plantea ahora, cuando el Estado ha transpuesto una Directiva de máximos -acogiéndose a la competencia en materia de Derecho mercantil: cfr. D.F. 2ª Ley 29/2009- sin dejar ya margen a las CCAA, es qué acontece con esas normas relativas al sistema de publicidad e información. En líneas generales, y siempre que estas normas autonómicas se hayan dictado por razón de protección del consumidor (en fin, coincidan con el ámbito de la Directiva), hay que entender que no pueden traspasar el umbral que establece la norma comunitaria y, en especial, el art. 7 de la Directiva que indica cuál es el nivel de información sustancial exigible -y por ende, el actual art. 20 TRLGDCU, que lo transpone de manera muy generosa-. Sobre esta cuestión, con estudio especial para la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, cfr. CARRASCO PERERA, Ángel. “La Directiva 29/2005 y la normativa de protección a los consumidores en Castilla-La Mancha”, www.uclm.cesco.es, 2007; y “Eficacia de la Ley estatal 29/2009 sobre la reglamentación autonómica que impone la obligatoriedad de carteles informativos con determinada información referente a precios de servicios, hojas de reclamaciones y horarios comerciales”, www.uclm.cesco.es, 2009.

que prescribe la norma comunitaria (cfr. STJCE 11 marzo 2010 [TJCE 2010, 74]; 23 abril 2009 [TJCE 2009, 95]).

En íntima conexión con lo precedente, la Directiva 2005/29/CE aborda las prácticas comerciales que influyen directamente en las decisiones de los consumidores sobre transacciones relacionadas con productos, pero no afecta a determinados bienes y servicios que quedan al margen de la uniformización en materia de prácticas comerciales. Ello se proyecta asimismo en la regulación legal española que, como se verá, tampoco se aplica a todos los bienes y servicios (art. 19 TRLGDCU), y, por ende, tampoco agota la regulación de todas las prácticas comerciales en estos sectores, en los que podrán convivir sistemas específicos -y más restrictivos- de información y publicidad.

La Ley 29/2005 ha transpuesto la Directiva realizando una doble regulación de las prácticas comerciales desleales en función de los destinatarios (con carácter general: actos de competencia desleal y con los consumidores), rompiendo, como se ha manifestado por la doctrina especializada, la unidad estructural de la LCD y provocando, en ocasiones, que un acto sea calificado doblemente en este sistema: como acto desleal y como práctica comercial desleal². Esta cuestión queda, en nuestro análisis, algo velada porque nos dedicaremos básicamente al régimen de las prácticas comerciales con los consumidores pero lo cierto es que enturbia la racionalidad de la reforma del sistema. Lo que sí se hará palpable es el complejo sistema de determinación de la ilicitud de las prácticas comerciales (también de los actos de competencia) que han de pasar por varios filtros de control para su verificación.

Al margen de las críticas anteriores, lo cierto es que, desde otra perspectiva, la Ley 29/2009 aclara el panorama que existía entorno a la regulación de la publicidad ilícita y de la competencia desleal, cuyas dos leyes entraban en conflicto en numerosas ocasiones, tal y como se había puesto de relieve en anteriores ediciones de la obra. La eliminación de la duplicidad existente, para ciertas hipótesis, entre LGP y LCD en punto a los supuestos de calificación y tipificación de la publicidad ilícita la lleva a cabo confiriéndole protagonismo absoluto a la LCD -norma central en la publicidad comercial-, y vaciando prácticamente de contenido la LGP, que solo tipificará los casos de publicidad ilícita que no están en la LCD, a la que se remite (publicidad contraria a la dignidad de la persona; subliminal). Aun así, las modalidades publicitarias y prácticas desleales que se califican contrarias a la LCD son asimismo calificadas (por remisión) como publicidad ilícita en la LGP, pero sin que exista la doble tipificación que hasta entonces se producía. Esta línea simplificadora alcanza a la perspectiva procesal, ya que la reforma elimina el doble sistema de acciones existente del LGP y LCD; ahora son las acciones de la LCD las que configuran el sistema de protección general para los actos desleales, las prácticas comerciales y la publicidad ilícita.

² CARRASCO PERERA, Ángel. “La Directiva 29/2005 y la normativa de protección a los consumidores en Castilla-La Mancha”, www.uclm.cesco.es, 2007; TATO PLAZA, Anxo. “Líneas generales de la reforma del Derecho español contra la competencia desleal (partes I y II)”, *Autocontrol*, n° 150, 2010.

Finalmente, la Ley 29/2009 regula los códigos de conducta en la inteligencia de que contribuyen a elevar el nivel de protección de los consumidores y usuarios, mediante el acceso a sistemas eficaces de resolución extrajudicial de reclamaciones que cumplan los requisitos establecidos por la normativa comunitaria. Esta regulación, que se incorpora a la LCD, además de fomentar la elaboración de los códigos de conducta relativos a prácticas comerciales con los consumidores (cfr. art. 37 Ley 29/2009)³, incluye el ejercicio de acciones frente a los empresarios adheridos públicamente a códigos de conducta que infrinjan las obligaciones libremente asumidas o incurran en actos de competencia desleal y frente a los responsables de tales códigos cuando estos fomenten actos desleales (arts. 38 y 39 Ley 29/2009).

³ Estas normas afectarán sobremanera al mecanismo de autorregulación por antonomasia en este ámbito, que es el que se lleva a cabo ante el Jurado de autocontrol de la publicidad, órgano dependiente de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (Autocontrol). Dicha asociación -cfr. www.autocontrol.es,- es una asociación sin ánimo de lucro, compuesta por anunciantes, agencias, medios de comunicación y otras empresas de servicios a la comunicación comercial, que en conjunto representan más del 80% de la inversión publicitaria española, así como por diversas asociaciones empresariales. Su objetivo es prevenir y resolver eventuales controversias publicitarias, estableciendo un marco ético donde se desenvuelva una comunicación comercial responsable y veraz. La actividad de Autocontrol gira fundamentalmente en torno a dos elementos, pilares de todo sistema de autorregulación y autodisciplina publicitaria: la producción de reglas de conducta que se plasman por escrito en una serie de códigos éticos y su aplicación por medio de un órgano de control deontológico independiente, el Jurado. Se da operatividad así a un sistema de resolución de controversias que ha obtenido el reconocimiento de la Comisión Europea como sistema extrajudicial de solución de conflictos con los consumidores al cumplir los requisitos y principios establecidos en la Recomendación 98/257/CE. El jurado es un órgano de control deontológico e independiente que resuelve las reclamaciones que le son presentadas, aplicando el Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol y los restantes Códigos y determinando de modo práctico en sus resoluciones la valoración ética que le merece cada uno de los supuestos concretos que le son planteados. El Jurado de la publicidad está compuesto por 21 profesionales de prestigio con reconocida cualificación en las áreas del Derecho, la Comunicación Comercial y la Economía, independientes de los órganos asociativos y las entidades adheridas a la asociación, que desarrolla su actividad guiado por los principios, entre otros, de independencia y transparencia. El Instituto Nacional de Consumo (INC) participa en la elección del 25% de los miembros del mismo. El Jurado resuelve, aplicando el Código de Conducta y otros códigos y con el procedimiento establecido en su propio Reglamento, todas las reclamaciones y controversias que se presentan contra anuncios concretos, garantizando en todo momento el derecho de defensa del demandado, la igualdad entre las partes y el respeto al principio de contradicción. Todo el procedimiento de tramitación de reclamaciones se guía por los principios de independencia, contradicción entre las partes, respeto al derecho de defensa, publicidad y transparencia de las actuaciones y máxima celeridad. Por término medio, las reclamaciones se resuelven en un plazo aproximado de 20 días. Tras el procedimiento arbitrado, en el que se plantea la posibilidad de una mediación, el Jurado de la Publicidad puede realizar diversos pronunciamientos: puede estimar la reclamación, declarando que la publicidad analizada es ilícita o incumple determinadas normas éticas; puede solicitar al anunciante que retire o modifique parcialmente su publicidad; e incluso, en casos de especial gravedad, podrá amonestar al anunciante e instar a la Junta Directiva la difusión de la resolución en la forma que estime pertinente. Dichas resoluciones son vinculantes para las partes y para los miembros de Autocontrol -lo que está previsto en los Estatutos de la Asociación, sancionado, su no cumplimiento con la expulsión-. Las empresas no asociadas y que no se sometan al procedimiento no quedan vinculadas por las resoluciones del Jurado. Sin embargo, según la información de la propia entidad, es indiscutible la fuerza moral de las resoluciones que siempre son motivadas y se hacen públicas, sus pronunciamientos son acatados, expresa o tácitamente, en un 95% de los casos.

II. RÉGIMEN GENERAL DE LAS PRÁCTICAS COMERCIALES CON LOS CONSUMIDORES

1. *Las prácticas comerciales con los consumidores y usuarios: concepto*

En el ámbito que ahora nos ocupa -las prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios-, la norma de referencia en el nuevo régimen instaurado es el art. 19 LCD, que inaugura el capítulo III dedicado a las prácticas comerciales con los consumidores y usuarios. Esta norma efectúa numerosas remisiones normativas dentro de la propia ley y a otras; todas ellas configuran el régimen de prácticas comerciales con los consumidores. En este sentido, las normas aplicables son: arts. 19 a 31 (Cap. III) LCD: “prácticas comerciales con los consumidores y usuarios”; arts. 4, 5, 7, y 8 LCD; arts. 19-20 TRLGDCU; arts. 32 y ss. (Cap. IV) LCD (acciones frente a competencia desleal); arts. 47.3; 49.1 TRLGDCU: prácticas desleales como infracciones de consumo; arts. LOCM (reformada) para determinadas hipótesis de ventas.

El concepto de práctica comercial se desarrolla en el art. 19.2.II TRLGDCU. Se trata de una noción conscientemente amplia que incorpora cualquier “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 con independencia de que sea realizada antes, durante o después de una operación comercial”.

Al margen han de quedar las relaciones de carácter contractual (las reguladas en los arts. 59 y ss. TRLDGDCU), a las que el art. 19 TRLGDCU les niega su naturaleza de prácticas comerciales. Por lo demás, no es baladí incidir en que, dada la dicotomía que se establece en la LCD -también en la regulación-, habrá que cerciorarse de cuándo una práctica comercial se realiza frente a los consumidores y usuarios, lo que a veces puede plantear algún problema. Como se ha señalado, habrá de atenderse a todas las circunstancias que rodeen el caso concreto: tipo de producto promocionado -de consumo- y medio de difusión general destinado a los consumidores -y no un medio especializado-.

El art. 19 TRLGDCU entiende que tales prácticas comerciales estarán sujetas al régimen general señalado (TRLGDCU, LCD, LOCM), que analizaremos después y que tanto la Directiva como la Ley consideran de máximos. Eso sí, la propia norma establece ciertas particularidades a este régimen general, en tanto que su aplicación no obsta para que se apliquen con carácter preferente:

- Las normas que regulen las prácticas comerciales que puedan afectar a la salud y seguridad de los consumidores y usuarios, incluidas las relativas a la seguridad de bienes y servicios.
- Las normas sobre certificación y grado de pureza de los objetos fabricados con metales preciosos.

- Las normas previstas en el TRLGDCU en materia de prácticas comerciales y las que regulan las prácticas comerciales en materia de medicamentos, etiquetado, presentación y publicidad de los productos, indicación de precios, aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, crédito al consumo, comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y usuarios, comercio electrónico, inversión colectiva en valores mobiliarios, normas de conducta en materia de servicios de inversión, oferta pública o admisión de cotización de valores y seguros, incluida la mediación.
- Cualesquiera otras normas que regulen aspectos concretos de las prácticas comerciales desleales previstos en normas comunitarias prevalecerán en caso de conflicto sobre la legislación de carácter general aplicable a las prácticas comerciales desleales.
- En relación con las prácticas comerciales relativas a servicios financieros y bienes inmuebles, podrán establecerse normas legales o reglamentarias que ofrezcan una mayor protección al consumidor o usuario.

Ello determina que, en estos ámbitos señalados, sigan operativos los sistemas de control de las prácticas comerciales específicos y vigentes a la entrada en vigor de la Ley 29/2009, incluso los que se puedan promulgar en el futuro. No así en los demás sectores, en los que las normas que determinan la licitud de las conductas (acciones u omisiones) de los empresarios referidas a la 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 con independencia de que sea realizada antes, durante o después de una operación comercial, no están sino sometidas al límite general de su no inclusión en modalidad de prácticas comerciales desleales, que únicamente lo son las de los arts. 19 y ss. LCD y las de los arts. 4, 5, 7 y 8 LCD. La práctica comercial concreta se enfrenta a tres controles distintos, como veremos: la lista negra de prácticas que ya se consideran ilícitas en todo caso (arts. 21 a 31 LCD); la definición concreta de lo que se considera práctica engañosa o agresiva; y finalmente, el traspaso de los filtros que se despliegan en cláusula general de prohibición de la competencia desleal del art. 4 LCD.

2. *Prácticas comerciales desleales: la cláusula general de deslealtad*

Según el art. 4 LCD, “se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”, siendo que en las relaciones con consumidores y usuarios “se reputa contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una

práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores”. La cláusula general funciona, como se aprecia, como una norma de aplicación directa, de cierre del sistema, que determinará la ilicitud de las prácticas que no puedan ser encuadrables en los tipos concretos que la Ley establece, y también, tal y como se ha señalado, actúa como una norma interpretativa del resto de la Ley⁴.

En realidad, el art. 4 LCD, que transcribimos *supra*, recoge dos versiones de la cláusula general de deslealtad. Una de mayor ámbito (la del primer inciso: que reputa desleal todo comportamiento contrario a la buena fe objetiva); la otra, de ámbito restringido a los consumidores y usuarios, que se contiene en el segundo inciso. La especialidad de esta segunda viene dada por la necesaria concurrencia de un requisito adicional: la existencia de un comportamiento del empresario o profesional que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento del consumidor. Para la determinación de esta especialidad, el legislador nos ilustra con definiciones de algunos de sus términos clave, que resultan literalmente de la Directiva.

Así, el comportamiento económico del consumidor o usuario, se define como toda decisión por la que éste opta por actuar o por abstenerse de hacerlo en relación con: la selección de una oferta u oferente; la contratación de un bien o servicio, así como, en su caso, de qué manera y en qué condiciones contratarlo; el pago del precio, total o parcial, o cualquier otra forma de pago; la conservación del bien o servicio; el ejercicio de los derechos contractuales en relación con los bienes y servicios”. Se trata, por tanto, de incluir cualquier toma de decisión en el ámbito de lo que pueda ser desviado o distorsionado por la actitud del empresario o profesional.

La distorsión significativa a la que alude la cláusula general también se precisa por el nuevo art. 4 LCD: “A los efectos de la Ley, se entiende por distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio, utilizar una práctica comercial para mermar de manera apreciable su capacidad de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, haciendo así que tome una decisión sobre su comportamiento económico que de otro modo no hubiera tomado”. En la tutela de la toma de decisión del consumidor se establece, por tanto, un límite de relevancia que ha de traspasarse. Para determinar dónde se sitúa efectivamente, puede ser ilustrativo la contemplación del elenco de prácticas desleales *per se* con los consumidores y la jurisprudencia acerca del derogado art. 4 LGP sobre la distinción entre publicidad engañosa y exageración publicitaria, que precisamente por su “exageración evidente” no es apto para influir en el comportamiento del consumidor: cfr. por todas, STS 24 febrero 1997 (RJ 1997, 1195).

⁴ Sobre la cláusula general, pueden verse los siguientes trabajos: CARRASCO PERERA, Ángel. “Modificación del régimen de competencia desleal y protección de consumidores en lo relativo a las prácticas comerciales desleales (Ley 29/2009)”, www.uclm.es/centro/cesco, 2010; GARCÍA PÉREZ, R. “Consideraciones preliminares sobre la incidencia en la LCD del Anteproyecto de Ley que incorpora la Directiva sobre prácticas comerciales desleales”, *La Ley*, 7 noviembre 2008; GÓMEZ SEGADÉ, José Antonio. “La nueva cláusula general en la LCD” en: AA.VV. *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández Novoa*, Marcial Pons, Madrid, 2010; TATO PLAZA, Anxo y otros. *La reforma de la Ley de competencia desleal*, La Ley, Madrid, 2010.

La LCD utiliza la acepción de consumidor medio como módulo para medir la distorsión en el comportamiento económico de los consumidores o usuarios. El concepto se relaciona con la noción que ha acuñado la jurisprudencia del TJCE en algunas sentencias, en las que se considera que es aquél normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz” (SSTJCE 10 septiembre 2009 [TJCE 2009, 270]; 27 noviembre 2008 [TJCE 2008, 279]; 12 febrero 2004 [TJCE 2004, 41]; 13 enero 2000 [TJCE 2000, 4]) y que también ha incorporado la jurisprudencia española en los mismos términos (SSTS 30 mayo 2009 [RJ 2009, 3372]; 30 mayo [RJ 2007, 3607]; STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 27 mayo 2009 [RJ 2009, 4405]).

No obstante, la noción expuesta se relativiza cuando la distorsión que de forma “previsible” realice el empresario se dirija a colectivos de consumidores sensibles (personas con discapacidad, menores, ancianos); en estos casos, el concepto de consumidor medio “se evaluará desde la perspectiva del miembro medio del grupo”, y ello “sin perjuicios de la práctica habitual y legítima de efectuar afirmaciones exageradas o respecto de las que no se pretenda una interpretación literal”.

Claro que lo más complejo de la cláusula general será determinar cuándo el comportamiento del empresario o profesional es contrario a la diligencia profesional -el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado-; y ello, entre otras razones, debido a la deficiente transposición de este precepto -si se compara con el art. 5 de la Directiva- lo que ha determinado que la doctrina dude, incluso, de si la definición de diligencia profesional es conforme a la Directiva.

3. *Tipos de prácticas comerciales desleales: las prácticas comerciales engañosas y las prácticas comerciales agresivas*

Como se expuso anteriormente, el legislador, además del concepto de cierre de la cláusula general de deslealtad, configura dos grandes tipos de prácticas desleales con los consumidores⁵: las prácticas engañosas, que engloban los actos de engaño y las omisiones engañosas -en especial, para los consumidores, las prácticas engañosas por confusión- y las prácticas agresivas. En su determinación, se emplea un doble método: se definen a través de ciertos parámetros generales que se manifiestan en las definiciones legales (arts. 5, 7 y 8 y 20 LCD y 20 TRLGDCU) y se establece una lista negra de prácticas comerciales desleales con los consumidores, que determinará su consideración automática de ilicitud (arts. 21 a 31 LCD).

A. Prácticas engañosas (actos de engaño y omisiones engañosas; en especial: las prácticas engañosas por confusión)

Los denominados actos de engaño⁶ son aquellas conductas que contienen información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación

⁵ Un análisis de estos tipos en TATO PLAZA, Anxo, y otros. 2010.

⁶ Especialmente, véase LEMA DEVESA, Carlos. “Los actos de engaño en la LCD” en: AA.VV. *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández Novoa*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico (art. 5 LCD)⁷. Ello significa que no tanto la veracidad del mensaje cuanto la interpretación o impresión que cause en el consumidor medio es lo decisivo para considerar ilícita la conducta. En todo caso, nótese que las alegaciones que son falsas o inexactas acerca de los extremos a los que luego se aludirán ya son actos de engaño, sin necesidad de otras valoraciones, que sí han de tenerse en cuenta en las alegaciones veraces, que serán actos de engaño si, debido a las circunstancias concretas de la norma, es apta para llevar al error al consumidor (véase, sobre la legislación derogada, en el punto a la influencia de las circunstancias en la valoración del engaño: STS 13 octubre 2009 [RJ 2009, 5567]). No se olvide tampoco que el art. 217.4 LEC contiene una regla de inversión de la carga de la prueba en beneficio del consumidor, ya que le corresponde, en todo caso, al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las manifestaciones e indicaciones realizadas -lo cual quizás vaya más allá que lo consignado en el art. 12 de la Directiva 2005/29/CE-.

Tal conducta ha de incidir en determinados aspectos fundamentales del bien o servicio que se señalan en el art. 5 LCD, relativos a la existencia, características, precio, garantías, derechos legales del consumidor, en el entendimiento de que la relación que a continuación se expone tiene carácter exhaustivo, a los efectos de la consideración de una conducta como acto de engaño:

⁷ En el sistema derogado, tanto la definición en la LCD de actos de engaño como la de publicidad engañosa de la LGP, acogían asimismo la “potencialidad” del engaño como eje de los conceptos aludidos. No es necesario que la información proporcionada sea falsa ni tampoco que se produzca efectivamente el engaño (SAP Madrid 14 mayo 2009 (AC 2009, 1905). Que se acoja la potencialidad del error o engaño o del perjuicio en el competidor significa que puede hablarse de publicidad engañosa cuando existe la posibilidad de que el mensaje publicitario induzca a error o produzca un perjuicio, por lo que es innecesaria la prueba del engaño efectivo (SAP Valencia 13 octubre 1997 [AC 1997, 2034]). En este sentido, véase la SAP Barcelona 2 julio 2009 (JUR 2009, 464831), que señala: “La publicidad merece el reproche de engañosa, tanto con arreglo al art. 4 LGP como del art. 7 LCD, si las afirmaciones, objetivamente falsas o no, son aptas para inducir a error a sus destinatarios. El engaño no debe medirse o enjuiciarse con el significado objetivo de las expresiones empleadas en las manifestaciones o afirmaciones esenciales de la publicidad, sino en el alcance o impresión que las mismas provocan (o son aptas para provocar) en los destinatarios. Dicha interpretación del engaño desleal o ilícito como expresión de la veracidad subjetiva y no de la exactitud objetiva, viene también impuesta por la Directiva 2005/29 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005 , relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (“Directiva sobre las prácticas comerciales”), cuyo plazo límite de transposición venció el 12 de junio de 2007 y sin que España la haya incorporado a nuestra legislación nacional, que de forma explícita establece en su art. 6.1 que “Se considerará engañosa toda práctica comercial que contenga información falsa y por tal motivo carezca de veracidad o información que, en la forma que sea, incluida su presentación general, induzca o pueda inducir a error en el consumidor medio, aun cuando la información sea correcta en cuanto a los hechos, sobre uno o más de los siguientes elementos, y que en cualquiera de estos dos casos le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado: a) (...); b) las características principales del producto, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, sus accesorios, la asistencia posventa al cliente y el tratamiento de las reclamaciones, el procedimiento y la fecha de su fabricación o suministro, su entrega, su carácter apropiado, su utilización, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que puedan esperarse de su utilización, o los resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados al producto; (...)”.

- a) “La existencia o la naturaleza del bien o servicio”.
- b) “Las características principales del bien o servicio, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, sus accesorios, el procedimiento y la fecha de su fabricación o suministro, su entrega, su carácter apropiado, su utilización, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados al bien o servicio”.
- c) “La asistencia posventa al cliente y el tratamiento de las reclamaciones”.
- d) “El alcance de los compromisos del empresario o profesional, los motivos de la conducta comercial y la naturaleza de la operación comercial o el contrato, así como cualquier afirmación o símbolo que indique que el empresario o profesional o el bien o servicio son objeto de un patrocinio o una aprobación directa o indirecta”.
- e) “El precio o su modo de fijación, o la existencia de una ventaja específica con respecto al precio”.
- f) “La necesidad de un servicio o de una pieza, sustitución o reparación, y la modificación del precio inicialmente informado, salvo que exista un pacto posterior entre las partes aceptando tal modificación”.
- g) “La naturaleza, las características y los derechos del empresario o profesional o su agente, tales como su identidad y su solvencia, sus cualificaciones, su situación, su aprobación, su afiliación o sus conexiones y sus derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual, o los premios y distinciones que haya recibido”.
- h) “Los derechos legales o convencionales del consumidor o los riesgos que éste pueda correr”.

Constituyen omisiones engañosas (art. 7 LCD) tanto la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa como la transmisión de la información poco clara, ininteligible, ambigua, o no se ofrezca en el momento adecuado, o no se de a conocer el propósito comercial de esa práctica, cuando no resulte evidente por el contexto. Sobre la valoración de estas omisiones que determinan engaño en el destinatario, antes de la reforma pueden verse: SSAP Madrid 14 mayo 2009 (AC 2009, 1905); Sevilla 21 abril 2008 (AC 2008, 1765); Córdoba 20 noviembre 2007 (AC 2007, 1027); Barcelona 7 mayo 2001 (AC 2001, 1040).

En la valoración de estas conductas omisivas se atenderá al contexto fáctico en que se producen, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación utilizado. En este sentido, es básica la remi-

sión al art. 20 TRLGDCU que, como se vio, despliega la información cuya omisión es susceptible de ser valorada en este contexto. Dicho precepto señala que “las prácticas comerciales que, de un modo adecuado al medio de comunicación utilizado, incluyan información sobre las características del bien o servicio y su precio, posibilitando que el consumidor o usuario tome una decisión sobre la contratación, deberán contener, si no se desprende ya claramente del contexto, al menos la siguiente información:

- a) “Nombre, razón social y domicilio completo del empresario responsable de la oferta comercial y, en su caso, nombre, razón social y dirección completa del empresario por cuya cuenta actúa”.
- b) “Las características esenciales del bien o servicio de una forma adecuada a su naturaleza y al medio de comunicación utilizado”.
- c) “El precio final completo, incluidos los impuestos, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación a la oferta y los gastos adicionales que se repercutan al consumidor o usuario. En el resto de los casos en que, debido a la naturaleza del bien o servicio, no pueda fijarse con exactitud el precio en la oferta comercial, deberá informarse sobre la base de cálculo que permita al consumidor o usuario comprobar el precio. Igualmente, cuando los gastos adicionales que se repercutan al consumidor o usuario no puedan ser calculados de antemano por razones objetivas, debe informarse del hecho de que existen dichos gastos adicionales y, si se conoce, su importe estimado”.
- d) “Los procedimientos de pago, plazos de entrega y ejecución del contrato y el sistema de tratamiento de las reclamaciones, cuando se aparten de las exigencias de la diligencia profesional, entendiéndose por tal la definida en el artículo 4.1 de la Ley de Competencia Desleal”.
- e) “En su caso, existencia del derecho de desistimiento”.

Es así que la omisión de esta información -de acuerdo con los parámetros de la norma: “de un modo adecuado al medio de comunicación utilizado”⁸- determina au-

⁸ Sobre el medio de comunicación utilizado, es preciso traer a colación la doctrina que se aplicaba con respecto a la publicidad engañosa, antes de la reforma, que señalaba que su verificación debía realizarse desde la contemplación del anuncio en su integridad, sin que quepa descomponerlo en sus diversas partes integrantes con el fin de analizarlas separadamente. Dice la SAP Baleares 31 mayo 2003 [AC 2003/1804], a propósito de un anuncio de una compañía aérea en la que se rebajaban los precios de los billetes con remisión a asteriscos, que “El anunciante no está obligado a sujetarse en los mensajes publicitarios a esquemas predeterminados, siendo relativamente frecuente que en letra pequeña se quiera hacer ver al consumidor las condiciones detalladas en las que la operación anunciada se va a producir, sin que baste la diferencia de letra entre el mensaje principal que, como es lógico en publicidad, es el más sugestivo, y el mensaje complementario más reducido, para entender que el anuncio encierra un engaño. En el caso de autos la lectura del anuncio revelaba que la oferta expresada en el mensaje principal estaba sometida a condiciones, y esto es lo principal, sin que pueda confundirse un anuncio con un contrato y sin que sean susceptibles de ser transpuestos al ámbito de la publicidad la prohibición de remitir a otro documento distinto del contrato que

tomáticamente -lo cual parece que ha superado los límites del art. 7 de la Directiva- la consideración de la práctica como engañosa, en tanto que ya constituye una oferta, una “invitación a comprar” a un consumidor -para el caso de que trascendamos de este terreno, cfr. art. 5 LCD-; lo mismo acontecerá en relación con aquellas prácticas que omitan información que se considere preceptiva en los ámbitos “especiales” que establece el art. 19 TRLGDCU en los que el legislador ha permitido que las normas especiales establezcan un plus de garantía (especialmente el del 19.4 TRLGDCU). Ahora bien, que no omita aspectos y menciones preceptivas, no significa que no pueda destacar el aspecto más relevante y atractivo del producto, frente a otros, que lo son menos (como en el caso de la SAP Orense 26 mayo 2009 [AC 2009, 1570]).

Las prácticas engañosas por confusión se determinan como tipo especial en el art. 20 LCD. En las relaciones con consumidores y usuarios, se reputan desleales aquellas prácticas comerciales, incluida la publicidad comparativa, que, en su contexto fáctico y teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, creen confusión, incluido el riesgo de asociación, con cualesquiera bienes o servicios, marcas registradas, nombres comerciales u otras marcas distintivas de un competidor, siempre que sean susceptibles de afectar al comportamiento económico de los consumidores y usuarios (art. 20 LCD). Según la jurisprudencia del TJCE constituye riesgo de confusión el riesgo de que el público pueda creer que los productos o servicios de que se trata proceden de la misma empresa o, en su caso, -en este caso se habla de riesgo de asociación- de empresas vinculadas económicamente (SSTJCE 22 junio 1999 [TJCE 1999, 138]; 6 octubre 2005 [TJCE 2005, 291]; 10 abril 2008 [TJCE 2008, 74]; 25 marzo 2010 [JUR 2010, 89357]; también STS 17 julio 2007 [RJ 2007, 5140], sobre riesgo de confusión).

Por lo que respecta a la alusión a la publicidad comparativa, la referencia normativa ha de ser el nuevo art. 10 LCD (en lugar del derogado 6 bis LGP, redactado por la Ley 39/2002, de 28 de octubre), que incorpora lo preceptuado en la Directiva 2006/114/CE, de 12 de diciembre, relativa a publicidad engañosa y publicidad comparativa. El citado precepto establece que son actos de comparación: “La comparación pública, incluida la publicidad comparativa, mediante una alusión explícita o implícita a un competidor estará permitida si cumple los siguientes requisitos: a) Los bienes o

establece la LGDCU. Exigir que en un anuncio deban figurar ya todas las condiciones en que se va a producir el contrato con el consumidor que, confiado en su contenido, adquiera el producto o el servicio sería condenar a la publicidad a obviar toda capacidad de hacer atractiva una oferta, lo que es consustancial a este tipo de actividad”. En la misma línea, cfr. SAP Madrid 14 mayo 2009 (AC 2009, 1905), con alusión al enfoque del “consumidor medio”: “Este último juicio no lo realiza, sin embargo, con el debido rigor la asociación apelante, como tendremos ocasión de comprobar a continuación, pues se empeña en segregar las diferentes menciones del anuncio, como si fuesen compartimentos estancos, cuando ello no es así, pues están interrelacionadas las unas con las otras, y sitúa además el grado de percepción y de comprensión del consumidor en un umbral muy por debajo de aquél que puede ser considerado normalmente informado en relación con los productos financieros que ofrece el mercado y razonablemente atento y perspicaz ante la pluralidad de ofertas que llueven de las entidades bancarias. Remarcamos, además, que estamos ante un producto de la denominada banca por Internet, que se contrata “on line”, lo que denota un contexto de promoción publicitaria en el que el perfil del cliente destinatario lo es, porque exige una postura activa de éste aunque lo sea desde su domicilio o despacho, del especialmente conocedor e interesado en este tipo de productos financieros” (También, véase: SSAP Zaragoza 7 noviembre 2007 [AC 2008, 446]; Málaga 16 noviembre 2006 [AC 2007, 977]).

servicios comparados habrán de tener la misma finalidad o satisfacer las mismas necesidades. b) La comparación se realizará de modo objetivo entre una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes o servicios, entre las cuales podrá incluirse el precio. c) En el supuesto de productos amparados por una denominación de origen o indicación geográfica, denominación específica o especialidad tradicional garantizada, la comparación sólo podrá efectuarse con otros productos de la misma denominación. d) No podrán presentarse bienes o servicios como imitaciones o réplicas de otros a los que se aplique una marca o nombre comercial protegido. e) La comparación no podrá contravenir lo establecido por los artículos 5, 7, 9, 12 y 20 en materia de actos de engaño, denigración y explotación de la reputación ajena”.

B. Prácticas agresivas

Las prácticas agresivas están conformadas por aquéllas que desplieguen un comportamiento que sea susceptible de mermar de manera significativa, mediante acoso, coacción, incluido el uso de la fuerza, o influencia indebida, la libertad de elección o conducta del destinatario en relación al bien o servicio y, por consiguiente, afecte o pueda afectar a su comportamiento económico. Es así el acoso, la coacción y la influencia indebida, son los tres prototipos de práctica agresiva. Respecto del *acoso*, al requerir cierto contacto con el consumidor, de manera más o menos directa, su claro ejemplo son las técnicas agresivas de *marketing* directo (visitas al consumidor o realizar comunicaciones o propuestas por teléfono, fax...) si el consumidor se ve importunado, molestado o apremiado⁹. Para que haya coacción, la doctrina entiende que mediante ella, ya sea de forma explícita (insultos o fuerza física) o implícita, el consumidor ha de pensar que si no acepta la oferta del empresario ello generará un perjuicio en su esfera jurídica o personal -o bien dejará de percibir una ventaja, siempre que esta falsa-. Lógicamente, tal práctica conllevaría, en muchas ocasiones, una hipótesis de consentimiento dado con violencia o intimidación del art. 1267 CC, en el caso de que finalmente el consumidor y el empresario se vincularan contractualmente. La influencia indebida se define, a diferencia de los otros conceptos, en la propia Ley como “la utilización de una posición de poder en relación con el destinatario de la práctica para ejercer presión, incluso sin usar fuerza física ni amenazar con su uso”; concepto que exige la debida concurrencia de una relación de subordinación jerárquica o social entre empresario y consumidor.

En todo caso, para la interpretación de los conceptos anteriores, el art. 8.2 LCD establece los criterios que hay que tener en cuenta para determinar si una conducta hace uso del acoso, la coacción o la influencia indebida:

- a) El momento y el lugar en que se produce, su naturaleza o su persistencia.
- b) El empleo de un lenguaje o un comportamiento amenazador o insultante.

⁹ MASSAGUER FUENTES, José. *El nuevo Derecho contra la competencia desleal*, Civitas, Madrid, 2006, p. 210.

- c) La explotación por parte del empresario o profesional de cualquier infortunio o circunstancia específicos lo suficientemente graves como para mermar la capacidad de discernimiento del destinatario, de los que aquél tenga conocimiento, para influir en su decisión con respecto al bien o servicio.
- d) Cualesquiera obstáculos no contractuales onerosos o desproporcionados impuestos por el empresario o profesional cuando la otra parte desee ejercitar derechos legales o contractuales, incluida cualquier forma de poner fin al contrato o de cambiar de bien o servicio o de suministrador.
- e) La comunicación de que se va a realizar cualquier acción que, legalmente, no pueda ejercerse.

Ello determina que, en tales circunstancias, la práctica comercial se reputa agresiva. En algunas de ellas caben ciertos aspectos que se han señalado como especialmente significativos en la valoración del acoso, coacción o influencia indebida, como la situación de vulnerabilidad o debilidad del consumidor, a la que también se hace alusión en el art. 4 LCD.

C. La lista negra de prácticas desleales con los consumidores

A continuación se expone la relación de prácticas comerciales -tomada literalmente de los arts. 21 y ss. de la Ley 29/2009- que han sido calificadas por el legislador como desleales “en cualquier circunstancia”¹⁰. Respecto de las mismas se hace innecesario, en general, la verificación de que en ellas concurren los requisitos que se enuncian para definir las distintas modalidades de prácticas desleales: en el caso en que se produzca la subsunción del supuesto de hecho en el tipo concreto, el juicio de deslealtad es automático. Pero, como en el caso de la lista negra de las cláusulas abusivas, en ocasiones esta operación de subsunción no es tan sencilla, debido a que, como se verá, la descripción de los tipos concretos de prácticas “negras” incorpora expresiones que lo impiden y que determinan el necesario juicio de “deslealtad” a través de la utilización de los conceptos señalados tanto en la cláusula general como en las definiciones de los conceptos de prácticas comerciales desleales ya analizados.

Son prácticas engañosas:

1º Las prácticas comerciales que afirmen sin ser cierto:

- a) Que el empresario o profesional está adherido a un código de conducta.

¹⁰ Este elenco tiene su fuente en el Anexo I de la Directiva 2005/29/CE, calificado de lista exhaustiva por la propia Directiva. Según se dice en sus considerandos “se trata exclusivamente de las prácticas comerciales que pueden considerarse desleales sin necesidad de un examen pormenorizado de que se dan en cada caso concreto los supuestos contemplados en los artículos 5 a 9. La lista sólo puede modificarse mediante una revisión de la presente Directiva”. Sobre este elenco, puede verse: MARÍN LÓPEZ, Juan José. “La lista negra de prácticas comerciales engañosas con los consumidores”, www.uclm.es/centro/cesco, 2010.

b) Que un código de conducta ha recibido el refrendo de un organismo público o cualquier otro tipo de acreditación.

c) Que un empresario o profesional, sus prácticas comerciales, o un bien o servicio ha sido aprobado, aceptado o autorizado por un organismo público o privado, o hacer esa afirmación sin cumplir las condiciones de la aprobación, aceptación o autorización.

2º La exhibición de un sello de confianza o de calidad o de un distintivo equivalente, sin haber obtenido la necesaria autorización,

3º Realizar una oferta comercial de bienes o servicios a un precio determinado sin revelar la existencia de motivos razonables que hagan pensar al empresario o profesional que dichos bienes o servicios u otros equivalentes no estarán disponibles al precio ofertado durante un período suficiente y en cantidades razonables, teniendo en cuenta el tipo de bien o servicio, el alcance de la publicidad que se le haya dado y el precio de que se trate.

4º Realizar una oferta comercial de bienes o servicios a un precio determinado para luego, con la intención de promocionar un bien o servicio diferente, negarse a mostrar el bien o servicio ofertado, no aceptar pedidos o solicitudes de suministro, negarse a suministrarlo en un período de tiempo razonable, enseñar una muestra defectuosa del bien o servicio promocionado o desprestigiarlo.

5º Las prácticas comerciales relativas a las ventas en liquidación cuando sea incierto que el empresario o profesional se encuentre en alguno de los supuestos previstos en el artículo 30.1 de la LOCM

6º Las prácticas comerciales que ofrezcan un premio, de forma automática, o en un concurso o sorteo, sin conceder los premios descritos u otros de calidad y valor equivalente.

7º Describir un bien o servicio como “gratuito”, “regalo”, “sin gastos” o cualquier fórmula equivalente, si el consumidor o usuario tiene que abonar dinero por cualquier concepto distinto del coste inevitable de la respuesta a la práctica comercial y la recogida del producto o del pago por la entrega de éste.

8º Crear la impresión falsa, incluso mediante el uso de prácticas agresivas, de que el consumidor o usuario ya ha ganado, ganará o conseguirá un premio o cualquier otra ventaja equivalente si realiza un acto determinado, cuando en realidad:

a) No existe tal premio o ventaja equivalente.

b) O la realización del acto relacionado con la obtención del premio o ventaja equivalente está sujeto a la obligación, por parte del consumidor o usuario, de efectuar un pago o incurrir en un gasto.

9º Afirmar o crear por otro medio la impresión de que un bien o servicio puede ser comercializado legalmente no siendo cierto.

10º Alegar que los bienes o servicios pueden facilitar la obtención de premios en juegos de azar.

11º Proclamar, falsamente, que un bien o servicio puede curar enfermedades, disfunciones o malformaciones.

12º Afirmar, no siendo cierto, que el bien o servicio sólo estará disponible durante un período de tiempo muy limitado o que sólo estará disponible en determinadas condiciones durante un período de tiempo muy limitado 5. Comprometerse a proporcionar un servicio posventa a los consumidores o usuarios sin advertirles claramente antes de contratar que el idioma en el que este servicio estará disponible no es el utilizado en la operación comercial.

13º Crear la impresión falsa de que el servicio posventa del bien o servicio promocionado está disponible en un Estado miembro distinto de aquel en el que se ha contratado su suministro.

14º Crear, dirigir o promocionar un plan de venta piramidal en el que el consumidor o usuario realice una contraprestación a cambio de la oportunidad de recibir una compensación derivada fundamentalmente de la entrada de otros consumidores o usuarios en el plan, y no de la venta o suministro de bienes o servicios.

15º Promocionar un bien o servicio similar al comercializado por un determinado empresario o profesional para inducir de manera deliberada al consumidor o usuario a creer que el bien o servicio procede de este empresario o profesional, no siendo cierto.

16º Incluir como información en los medios de comunicación, comunicaciones para promocionar un bien o servicio, pagando el empresario o profesional por dicha promoción, sin que quede claramente especificado en el contenido o mediante imágenes y sonidos claramente identificables para el consumidor o usuario que se trata de un contenido publicitario.

17º Presentar derechos como si fueran una característica distintiva de la oferta del empresario o profesional.

18º Realizar afirmaciones inexactas o falsas en cuanto a la naturaleza y la extensión del peligro que supondría para la seguridad personal del consumidor y usuario o de su familia, el hecho de que el consumidor o usuario no contrate el bien o servicio.

19º Transmitir información inexacta o falsa sobre las condiciones de mercado o sobre la posibilidad de encontrar el bien o servicio, con la intención de inducir al consumidor o usuario a contratarlo en condiciones menos favorables que las condiciones normales de mercado.

20º Incluir en la documentación de comercialización una factura o un documento similar de pago que dé al consumidor o usuario la impresión de que ya ha contratado el bien o servicio comercializado, sin que éste lo haya solicitado.

21º Afirmar de forma fraudulenta o crear la impresión falsa de que un empresario o profesional no actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, o presentarse de forma fraudulenta como un consumidor o usuario.

Son prácticas agresivas:

1º Hacer creer al consumidor que no puede abandonar el establecimiento del empresario o profesional o el local en el que se realice la práctica comercial, hasta haber contratado, salvo que dicha conducta sea constitutiva de infracción penal.

2º Realizar visitas en persona al domicilio del consumidor o usuario, ignorando sus peticiones para que el empresario o profesional abandone su casa o no vuelva a personarse en ella.

3º Realizar propuestas no deseadas y reiteradas por teléfono, fax, correo electrónico u otros medios de comunicación a distancia, salvo en las circunstancias y en la medida en que esté justificado legalmente para hacer cumplir una obligación contractual.

4º Incluir en la publicidad una exhortación directa a los niños para que adquieran bienes o usen servicios o convenzan a sus padres u otros adultos de que contraten los bienes o servicios anunciados.

5º Exigir al consumidor que desee reclamar una indemnización al amparo de un contrato de seguro, la presentación de documentos que no sean razonablemente necesarios para determinar la existencia del siniestro y, en su caso, el importe de los daños que resulten del mismo o dejar sistemáticamente sin responder la correspondencia al respecto, con el fin de disuadirlo de ejercer sus derechos.

6º Exigir el pago inmediato o aplazado, la devolución o la custodia de bienes o servicios suministrados por el comerciante, que no hayan sido solicitados por el consumidor o usuario, salvo cuando el bien o servicio en cuestión sea un bien o servicio de sustitución suministrado de conformidad con lo establecido en la legislación vigente sobre contratación a distancia con los consumidores y usuarios.

7º Informar expresamente al consumidor o usuario de que el trabajo o el sustento del empresario o profesional corren peligro si el consumidor o usuario no contrata el bien o servicio.

4. Prácticas comerciales en sectores especiales (productos y servicios financieros y financiación al consumo). El nuevo perfil de las obligaciones de información en la Ley de economía sostenible y en el Proyecto de ley de crédito al consumo

Como es sabido, la Ley 29/2009 aborda la regulación de las prácticas comerciales que influyen directamente en las decisiones de los consumidores sobre transacciones

relacionadas con productos, sometiéndola a determinadas reglas que conforman un ámbito de máximos. Por diferentes motivos, tal y como se expuso, quedan al margen de la uniformización en materia de prácticas comerciales algunos sectores; entre ellos, y porque no le afecta la regulación de máximos de la Directiva, el sector de los servicios financieros y bienes inmuebles (art. 3.9 Directiva y 19.5 TRLGDCU).

Ello determina que, en estos ámbitos señalados, sigan operativos los sistemas de control de las prácticas comerciales específicos y vigentes a la entrada en vigor de la Ley 29/2009, incluso los que se puedan promulgar en el futuro. No así en los demás sectores, en los que las normas que determinan la licitud de las conductas (acciones u omisiones) de los empresarios referidas a la 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 con independencia de que sea realizada antes, durante o después de una operación comercial, no están sino sometidas al límite general de su no inclusión en modalidad de prácticas comerciales desleales, que únicamente lo son las de los arts. 19 y ss. LCD y las de los arts. 4, 5, 7 y 8 LCD.

En el sector de los productos y servicios financieros y de la financiación al consumo, en el que la complejidad para el consumidor medio de ciertos datos pre-contractuales o contractuales es palmaria (TAE, tipos de interés, etc.), lo cual influye notablemente en la exigencia de publicidad y de información, hay que hacer referencia a diversas normas, de ámbito material diferente. Destacan las siguientes: para el ámbito del crédito al consumo, los arts. 6, 7, 16 y 17 de la LCC; en la contratación bancaria, art. 48.2 de la Ley 26/1988, Orden EHA/ 1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, que regula la actividad publicitaria realizada por las entidades de crédito que se refiera a productos y servicios bancarios, incluidos los servicios de pago, distintos de los instrumentos financieros y servicios de inversión, que son contemplados en cuanto a su actividad publicitaria en la Orden EHA/1717/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de servicios y productos de inversión; en los préstamos hipotecarios, arts. 5.1; 6; y Anexo II de la Orden 5 de mayo de 1994 de transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios; en el ámbito de la compraventa a plazos de bienes muebles, el art. 13 de la LVPBM; para la contratación de servicios financieros a distancia, los arts. 7 y 8 de la Ley 22/2007, de 11 de julio; y respecto a los préstamos o créditos hipotecarios con empresas que no sean entidades de crédito, las referencias han de ser los arts. 12 y ss. de la Ley 2/2009, de 31 de marzo.

Dos textos normativos merecen especial mención, en tanto que inciden notoriamente en las prácticas comerciales con los consumidores de servicios y productos financieros y de crédito al consumo, y que confirmarían la incorporación a nuestro sistema del principio de concesión del crédito responsable, que tiene como finalidad última la de evitar el sobreendeudamiento del consumidor.

a) Uno de ellos es la Directiva 2008/48/CE, de crédito al consumo, en donde se potencia de manera exponencial la obligación de información al consumidor en todas

las fases contractuales (publicidad; fase precontractual y propiamente contractual: menciones obligatorias en el contrato) y más si cabe cuando se trata de modalidades especialmente sensibles (respecto a los tipos (art. 11) y en los contratos de crédito con posibilidad de descubierto). Todo ello a fin de que el consumidor pueda tomar una decisión con pleno conocimiento de causa, y con independencia de que haya participado o no un intermediario de crédito. Sin embargo, lo que más resalta del tratamiento de la información en la Directiva es su dimensión individual o concreta: se exige respecto del consumidor determinado, por lo que existe verdaderamente un deber de asesoramiento financiero (art. 5).

En realidad, la información personalizada al prestatario no es nueva en nuestro sistema, ya que la Ley 41/2007, de reforma del Mercado Hipotecario, relativa a la transparencia en la contratación de créditos y préstamos hipotecarios, impulsó esta línea de actuación al establecer una referencia explícita a la información precontractual que las entidades de crédito deban poner a disposición de sus clientes a fin de asegurar que estos, a la hora de contratar los diferentes productos bancarios, dispondrán de los datos más relevantes sobre sus características para así estar en disposición de formarse una opinión fundada sobre ellos. La idea de la norma mencionada es que los potenciales tomadores de un crédito con garantía hipotecaria adopten sus decisiones en función de los riesgos reales y con más información, sin coste añadido, pudiendo comparar entre los distintos productos que ofrecen las distintas entidades financieras. En cualquier caso, el deber de información que se diseña en la Directiva 2008/48/CE promociona, frente al concepto tradicional de información que se pergeña en el TRLGDCU (art. 60 y 17) y en la LCC, el carácter personalizado de dicha información para el consumidor concreto. Y también el carácter activo por el empresario que no sólo ha de dar información sino ha de asegurarse de que esa información es comprendida por el consumidor, al que no se le presumen conocimientos en este sector.

En esta línea el Proyecto de Crédito al consumo español¹¹ contiene normas que refuerzan el papel de la información desde diversas perspectivas. En primer lugar, antes de la celebración del contrato, a través de la regulación de la oferta vinculante (art. 8) y de la información básica que deberá figurar en la publicidad (art. 9) y de la información previa al contrato (art. 10). En esta fase destaca especialmente la denominada “asistencia al consumidor previa al contrato” (art. 11), en la que se obliga a los prestamistas y, en su caso, los intermediarios de crédito a que faciliten al consumidor “explicaciones adecuadas de forma individualizada para que éste pueda evaluar si el contrato de crédito propuesto se ajusta a sus intereses, necesidades y a su situación financiera, si fuera preciso explicando la información precontractual, las características esenciales de los productos propuestos y los efectos específicos que pueden tener sobre el consumidor, incluidas las consecuencias en caso de impago por parte del consumidor”. Y, por supuesto, es preciso resaltar la “obligación de evaluar la solvencia del consumidor”, regulada en el art. 14 del Proyecto 2011, que determina que “el prestamista, antes de que se celebre

¹¹ Sobre esta cuestión, cfr. MARÍN LÓPEZ, Juan José. “Obligación de asesoramiento, obligación de evaluar la solvencia del consumidor y otras obligaciones precontractuales del prestamista. Su regulación en el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo”, en www.uclm.es/cesco, marzo 2011.

el contrato de crédito, deberá evaluar la solvencia del consumidor, sobre la base de una información suficiente, obtenida por los medios adecuados a tal fin, entre ellos, la información facilitada por el consumidor, a solicitud del prestamista o intermediario en la concesión de crédito. Con igual finalidad, podrá consultar los ficheros de solvencia patrimonial y crédito, a los que se refiere el artículo 29 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, en los términos y con los requisitos y garantías previstos en dicha Ley Orgánica y su normativa de desarrollo [...]”.

b) Asimismo, la reciente Ley 2/2011 de Economía Sostenible incorpora medidas (que habrán de desarrollarse y concretarse) para las entidades de crédito que insisten en la misma idea: comportamiento responsable de las entidades de crédito en la concesión de los créditos¹². Son los primeros pasos de la implantación del principio del crédito responsable en nuestro ordenamiento jurídico.

¹² Artículo 29. Responsabilidad en el crédito y protección de los usuarios de servicios financieros:

1. Las entidades de crédito, antes de que se celebre el contrato de crédito o préstamo, deberán evaluar la solvencia del potencial prestatario, sobre la base de una información suficiente. A tal efecto, dicha información podrá incluir la facilitada por el solicitante, así como la resultante de la consulta de ficheros automatizados de datos, de acuerdo con la legislación vigente, especialmente en materia de protección de datos de carácter personal.
Para la evaluación de la solvencia del potencial prestatario se tendrán en cuenta las normas específicas sobre gestión de riesgos y control interno que les son aplicables a las entidades de crédito según su legislación específica.
Adicionalmente, de acuerdo con las normas dictadas en desarrollo de la letra a) del apartado siguiente, las entidades de crédito llevarán a cabo prácticas para la concesión responsable de préstamos y créditos a los consumidores. Dichas prácticas se recogerán en documento escrito del que se dará cuenta en una nota de la memoria anual de actividades de la entidad.
Las obligaciones establecidas en el párrafo anterior se entienden sin perjuicio de las fijadas en la Ley 2/1981, de Regulación del Mercado Hipotecario y su normativa de desarrollo.
Igualmente, de acuerdo con lo previsto en la legislación vigente, las entidades facilitarán a los consumidores, de manera accesible y, en especial, a través de la oportuna información precontractual, las explicaciones adecuadas para que puedan evaluar si todos los productos bancarios que les ofrecen, en particular los depósitos a plazo y los créditos o préstamos hipotecarios o personales, se ajustan a sus intereses, necesidades y a su situación financiera, haciendo especial referencia a las características esenciales de dichos productos y los efectos específicos que puedan tener sobre el consumidor, en especial las consecuencias en caso de impago.
2. Se faculta al Ministro de Economía y Hacienda para que, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, apruebe las normas necesarias para garantizar el adecuado nivel de protección de los usuarios de servicios financieros en sus relaciones con las entidades de crédito, incluyéndose, en todo caso, las medidas relacionadas con la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos y créditos hipotecarios y del crédito al consumo. Estas normas tendrán la condición de normas de ordenación y disciplina y, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, podrán tener el contenido siguiente:
 - a) Normas dirigidas a promover las prácticas de concesión responsable de préstamos o créditos, incluyendo prácticas que favorezcan:
 - 1.º Una adecuada atención a los ingresos de los consumidores en relación con los compromisos que adquieran al recibir un préstamo;
 - 2.º La adecuada e independiente valoración de las garantías inmobiliarias que aseguren los préstamos de forma que se contemplen mecanismos que eviten las influencias indebidas de la propia entidad o de sus filiales;

III. ACCIONES Y REMEDIOS FRENTE A LAS PRÁCTICAS DESLEALES Y OTRAS FORMAS DE PUBLICIDAD ILÍCITA

El consumidor, ante la publicidad y las prácticas comerciales analizadas, y dependiendo de cuál sea su posición frente a ellas, cuáles sus pretensiones y, por supuesto, el modo en el que se ha desarrollado el acto de promoción o publicidad del bien o servicio de consumo puede reaccionar de diferentes formas. El ordenamiento jurídico pone a su disposición varios remedios jurídicos, que no se han de entender como excluyentes, sino que pueden darse cumulativamente ante una misma práctica comercial desleal o acto publicitario que se considere ilícito. Aquí vamos a detenernos solo en dos de esos remedios: las acciones propias que la Ley 29/2009 ha establecido (reformando la LCD) y la integración del contrato afectado por una de las prácticas comerciales analizadas. Al margen de ellos están otras posibilidades: sanciones administrativas; acciones contractuales de invalidez o ineficacia, e, incluso, acciones penales¹³.

1. Las acciones de la LCD: la reformulación y uniformización de las acciones por la Ley 29/2009 (arts. 32 y ss. LCD)

Si el sistema anterior a la Ley 29/2009 se caracterizaba, en este punto, por la duplicidad de regímenes jurídicos de las acciones frente a la publicidad ilícita y al acto de competencia desleal -cfr. antiguos arts. 25 y ss. LGP y 18 y ss. LCD-, la Ley 29/2009 evita afortunadamente estas consideraciones. Y es que una de las ventajas de la norma analizada es la unificación de remedios legales que se aplicarán a los actos de competencia desleal, a las prácticas comerciales con los consumidores y a la publicidad ilícita. Ello simplifica notablemente la cuestión y evita los problemas de concurso de acciones -ni la LGP ni la LCD se desplazaban o eran especiales respecto de la materia- que se solventaba con la posibilidad de que el demandante interpusiera la acción por publicidad ilícita o por competencia desleal, o de que acumulase pretensiones distintas derivadas

3.º La consideración de diferentes escenarios de evolución de los tipos en los préstamos a interés variable, las posibilidades de cobertura frente a tales variaciones y todo ello teniendo además en cuenta el uso o no de índices oficiales de referencia;

4.º La obtención y documentación apropiada de datos relevantes del solicitante;

5.º La información precontractual y asistencia apropiadas para el consumidor;

6.º El respeto de las normas de protección de datos.

b) Normas sobre la prestación a los consumidores de los restantes servicios bancarios distintos de los de inversión, en especial respecto a la contratación de depósitos y a las comunicaciones que permitan el seguimiento de las operaciones realizadas por dichos clientes.

c) La información precontractual que debe facilitarse a los consumidores antes de que formalicen sus relaciones contractuales con las entidades, incluyendo las que deben figurar en las páginas electrónicas de la entidad cuando se ofrezcan servicios por esa vía o por otras de comercialización a distancia, todo ello para asegurar que aquélla refleje de forma explícita y con la necesaria claridad los elementos más relevantes de los productos contratados.

Lo previsto en este artículo se entenderá sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela.

¹³ Un análisis sistemático de todos los remedios en BUSTO LAGO, José Manuel y otros. *Reclamaciones de consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, 3era edición, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, pp. 143 y ss.

de ambas leyes cuando al amparo de una de ellas no encontraban cabida (cfr. por todas, STS 4 julio 2005 [RJ 2005, 5093]).

La unificación a la que hacemos referencia se ha conseguido con la derogación en la LGP de las normas reguladoras de las acciones en materia de publicidad ilícita y la remisión en ese punto a los arts. 32 a 36 LCD, que se configuran como el régimen de acciones frente a la competencia desleal, y por lo que aquí nos importa, frente a las prácticas comerciales con los consumidores y la publicidad ilícita.

No obstante, la regulación no es nueva, ya que básicamente recoge lo establecido, con ciertas modificaciones, en los arts. 18 y ss. LCD. En efecto, los remedios que se establecen son prácticamente los de la legislación anterior. Según el art. 32 LCD, “contra los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita, podrán ejercitarse las siguientes acciones: 1ª Acción declarativa de deslealtad.; 2ª Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura; 3ª Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal; 4ª Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas; 5ª Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente; 6ª Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico”.

Con especial incidencia en lo que atañe a la defensa de los consumidores y usuarios, de manera muy sintética apuntamos algunas cuestiones sobre este régimen legal¹⁴:

a) La acción declarativa, como cualquier acción de esta clase, pretende la declaración de que una conducta determinada como ilícita (como acto desleal o práctica desleal o publicidad ilícita), siendo que puede ejercitarse de forma autónoma o acumulada a otras acciones de las enumeradas en el art. 32 LCD, lo cual será lo normal, o, incluso, a otras acciones civiles (de cumplimiento, v. gr.) o de otro orden (administrativo, penal...) -si son compatibles-, acumulación expresamente reconocida en el derogado art. 33 LGP, que ahora habrá de regularse por los arts. 71 y ss. LEC.

b) La acción de cesación de la conducta desleal y de la prohibición de la reiteración futura, a modo de tutela inhibitoria o preventiva, consagra la posibilidad de que el actor solicite del demandado la paralización o cesación del acto o práctica comercial desleal y, en su caso, la prohibición de que dicha conducta o práctica se realice en el futuro. Como ha señalado la jurisprudencia, ha de determinarse concretamente el acto desleal frente al que se pretenden los efectos de esta acción (STS 21 junio 2006 [RJ 2006, 6081]). En materia de prueba, no obstante, debe tenerse en cuenta lo citado en el art. 217.4 LEC. Por otra parte, para el éxito de esta acción no es necesaria la concurrencia de daños o perjuicios en el demandante, ni tampoco su prueba.

c) En cambio, sí habrá que acreditar el daño (en su más amplio sentido) en el caso de la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta

¹⁴ Más ampliamente, en: TATO PLAZA, Anxo y otros. 2010, pp. 300 y ss.

desleal -véase, la STS 24 julio 2003 (RJ 2003/5826)-, que generalmente se acumulará a las anteriores citadas -referido al sistema anterior, es muy clara al respecto la SAP Murcia 17 marzo 2005 (AC 2005, 1656), respecto a la acción indemnizatoria acumulada a la de ilicitud: “El segundo punto del recurso relativo a que sea indemnizado por daños y perjuicios por haber consumido, debido a la publicidad engañosa del producto, carne de cerdo prohibida por sus convicciones religiosas, ha de ser desestimada, pues no se acredita que sufriera daños o perjuicios físicos y en cuanto a los daños morales o espirituales alegados, la propia vaguedad de que gozan esos conceptos exige una prueba cabal de los mismos, la cual no se considera producida en las actuaciones, sin que baste al efecto la manifestación de la parte que radica las mismas en la inconsciente vulneración de la prohibición establecida por la religión que profesa” (tampoco concede los daños morales, por falta de acreditación la SAP Vizcaya 24 noviembre 2010 (AC 2010, 788)-. Como se aprecia en la norma, se consagra un sistema de responsabilidad subjetiva, en tanto que se requiere como presupuesto de la resarcibilidad del daño la concurrencia de dolo o culpa en el actor, en la línea de lo que se establecía en el derogado art. 18.5 LCD.

d) Se prevé expresamente que en las sentencias estimatorias de las acciones previstas en los núms. 1º a 4º del art. 32.1 LCD, “el tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora”. Este efecto era posible, en el régimen precedente, de acuerdo con el art. 18.5 LCD, que exigía, sin embargo, declaración de dolo o culpa por parte del autor del acto para que pudiera condenársele a la publicación de la sentencia (cfr. STS 4 julio 2005 [RJ 2005, 5093]).

e) Aunque la LCD no mencione *stricto sensu* en este precepto al consumidor entre los legitimados individuales, desde el momento en que la legitimación activa corresponde, en general, a “cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por la conducta desleal”, es obvio que los consumidores están legitimados para interponer estas acciones -salvo la de enriquecimiento injusto - frente a la práctica comercial desleal que se despliegue por el empresario. Algunos autores entienden que no cabe, sin embargo, la legitimación del consumidor persona jurídica, a pesar de que la norma incluye a las personas jurídicas y de que éstas pueden ser consumidores, ex art. 3 TRLGDCU. Expresamente, la Ley específica que “frente a la publicidad ilícita está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32.1, 1ª a 5ª, cualquier persona física o jurídica que resulte afectada y, en general, quienes tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo”.

f) Al margen de otros supuestos de legitimación activa colectiva, nos interesa destacar la que ostentan, en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios, los organismos y entidades del art. 33.3 LCD, que reproduce el régimen general ya existente en nuestro ordenamiento jurídico para esta modalidad de acciones, que se ha generalizado por la Ley 39/2002, actualmente regulados en los arts. 53-56 TRLGDCU.

g) La legitimación pasiva se reconoce, en general, “contra cualquier persona que haya realizado u ordenado la conducta desleal o haya cooperado a su realización” (art. 34.1 LCD). Acerca de algunos problemas que plantea la legitimación pasiva en el sistema anterior, véanse las SSTS 26 julio 1997 (RJ 1997, 6306); 4 julio 2005 (RJ 2005, 5093); SSAP Vizcaya 2 julio 1993 (AC 1993, 1534); Valencia 14 septiembre 2006 (AC 2007, 141); Madrid 30 marzo 2007 (AC 2007, 958); Madrid 23 octubre 2009 (AC 2010, 130).

h) Con respecto a la prescripción de las acciones, la ley establece un plazo general de un año desde el momento en que pudieron ejercitarse y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal; y, en cualquier caso, por el transcurso de tres años desde el momento de la finalización de la conducta”. De este plazo, se apartan las acciones en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios, que se rige por lo dispuesto en el art. 56 TRLGD-CU que consagra la imprescriptibilidad de las acciones de cesación -con la precisión del art.19.2 LCGC-. Plantea dudas a qué acciones en defensa de los consumidores y usuarios se aplica el carácter imprescriptible del art. 56 TRLGD-CU, que en puridad se refiere a la acción de cesación.

i) Según el art. 36 LCD, “quien pretenda ejercitar una acción de competencia desleal podrá solicitar del juez la práctica de diligencias para la comprobación de aquellos hechos cuyo conocimiento resulte objetivamente indispensable para preparar el juicio”, que se sustanciarán de acuerdo con los arts. 129 a 132 de la Ley 11/1986, de Patentes.

2. *Remedios contractuales: la integración del contrato con la publicidad*

Como quiera que la relación entre consumidor y empresario podrá desembarcar en la ejecución del contrato, uno de los mecanismos más eficientes frente al acto publicitario y las prácticas comerciales desleales es la integración contractual, no solo porque protege al consumidor directamente afectado, sino porque repercute en la lucha contra las prácticas comerciales desleales, en general. Se trata de una técnica privada de protección del consumidor, de un expediente que, al tiempo de tutelar individualmente al sujeto perjudicado, incide en el sistema general de mercado, al actuar como técnica de prevención de prácticas abusivas del empresario. Es de pura lógica pensar que el empresario que conoce lo que previene el art. 61 TRLGD-CU -esto es, el efecto negocial de la publicidad-, tratará de, aunque sea en su interés, intentar no exagerar o engañar al consumidor, so pena de la posibilidad de que éste le exija los servicios inventados.

Como en general (cfr. art. 1258 CC), la integración contractual de lo publicitado significa que lo contenido en la publicidad de los productos o servicios pasa a formar parte del contenido contractual, por tanto exigible por el consumidor, pese a que nada se diga en el contrato, o, incluso, al margen de que el contrato contenga la cláusula por la que se excluyen esos servicios ofertados. La publicidad se constituye, por lo tanto, en contenido contractual, como así lo confirma el citado art. 61 TRLGD-CU y otras normas sectoriales en la materia.

La norma de referencia en la materia es el art. 61 TRLGDCU: “1. La oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación. 2. El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato. 3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, éstas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad”.

Siendo clara e imperativa, a tenor de lo previsto en el art. 61 TRLGDCU, la integración de la publicidad en el contrato, las dudas se proyectan en torno a los requisitos que se han de cumplir para dicha integración:

1º Acerca de qué es lo verdaderamente exigible, el art. 61 TRLGDCU habla de las prestaciones propias y las condiciones y garantías ofrecidas. Tal oferta publicitaria es la que realmente pasa a formar parte del contenido del contrato y puede exigirse aunque no figure expresamente en el mismo (cfr. STS 18 marzo 2002 [RJ 2002, 2848]). Es, por tanto, la publicidad informativa -y no la exagerada- la que se integra, atendiendo, como siempre, a un criterio razonable para realizar la delimitación entre una y otra, que no es otro que el del consumidor medio y sus legítimas expectativas frente a lo publicitado. Es informativa y no exagerada la de la SAP Sevilla 24 julio 2003 (JUR 2003, 220935): “Como se aprecia de su lectura, ofrece un “puesto de trabajo garantizado” como azafata de relaciones públicas, “no eventual”, sino “indefinido, por servicios”, un “acceso directo al trabajo”, de modo que la actora no tendría que preocuparse de buscarlo, le vendría dado y saldrían a su encuentro, haciendo hincapié el folleto en cuestión, por lo tanto, en algo que se ha acreditado como inexistente, pues no existía, en absoluto, un trabajo garantizado, como reconoció el propio representante legal de la entidad demandada, al ser interrogado en el acto del juicio, y que, incluso, contradice la letra pequeña del contrato suscrito, el apartado 11 de los derechos y deberes del alumno que se recogen en el reverso del documento, mientras que, al curso de enseñanza, que era, en realidad, de lo que se trataba, apenas se hace referencia en el folleto publicitario y, únicamente cuando se habla de “formación y puesto de trabajo a la vez (garantizado)”. Pues bien, dado que la publicidad hay que entenderla como parte integrante del contenido del contrato, obligando al oferente como una cláusula más de las contenidas en éste, y así lo tiene reconocido el [T]ribunal Supremo [...], y resulta que la sociedad demandada no está en condiciones, en absoluto, de prestar aquello a lo que la publicidad le comprometía, el ofrecimiento a la actora de un puesto de trabajo, ello constituye motivo suficiente para justificar y dar lugar, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1124 CC, a la resolución contractual interesada en la demanda y que la sentencia de instancia, acertadamente, acogió”. En similares términos, la SAP Zamora 8 septiembre 2006 (JUR 2006, 252126).

2º La integración comprende cualquier tipo de publicidad, directa o indirecta, incluida la publicidad subliminal. “Pero ello no es óbice para la plena vigencia de la LGDCU, en cuanto como garantía de los derechos que recoge la misma, declara la decisiva influencia de la publicidad sobre los compradores a la hora de contratar, por lo que no puede prescindirse de lo ofertado públicamente, y a que la publicidad ha de reputarse integrada en los contratos. Y en el presente caso del *factum* de la sentencia recurrida se desprende como consecuencia de una actuación hermenéutica lógica -y por lo tanto inatacable casacionalmente- que el demandante y ahora recurrido, JPDA fue inducido a error en su compra en un elemento tan importante cual es, dado el clima de Sevilla, la existencia de una piscina en la segunda fase de la urbanización. Por ello, se vuelve a repetir, la parte recurrente al publicitar aunque sea indirectamente o por lo menos subliminalmente, la construcción como elemento común, de una piscina en la urbanización, y no llevar a cabo la misma causó un perjuicio a la parte compradora, susceptible de ser indemnizado, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 13 a 17 de dicha Ley de 19 de julio de 1984, debiéndose, a su vez, aceptarse el parámetro indemnizatorio explicitado en la sentencia recurrida” (STS 15 junio 2000 [RJ 2000, 4418]).

3º No es necesario apreciar en ningún tipo de engaño o fraude para que se aplique el art. 61 TRLGDCU. Expresamente la STS 8 noviembre 1996 (RJ 1996, 8260), lo confirma: “[...] debiendo tal publicidad integrar los contratos, pues para que no fuese así tenía que excluirse expresamente de los mismos el contenido de los folletos, sin que para tal consideración fuere necesario apreciar engaño o fraude, extremos que no requiere el art. 8 de la Ley de Consumidores [...], máxime si la interpretación se relaciona con el RD 515/1989, de 21 abril”.

4º ¿Cabe la exclusión de dicha integración? ¿Serían válidas las cláusulas que expresamente contradicen y declaran ineficaz lo contenido en el mensaje publicitario? El art. 61 TRLGDCU señala claramente que la oferta publicitaria en cuanto a las prestaciones propias y las condiciones o garantías ofrecidas, se integra en el contrato y pueden exigirse aunque no figuren expresamente incorporadas al mismo (véase la STS 18 marzo 2002 [RJ 2002, 2848]). Evidentemente, la omisión contractual a los servicios y productos ofertados en la publicidad no es óbice para su integración. Acerca de las cláusulas por las que unilateralmente el empresario confiere prevalencia a lo establecido en el contrato frente a lo publicitado, en claro perjuicio del consumidor, no parece haber duda de su ineficacia. Téngase en cuenta que la exigibilidad de la oferta publicitaria se ha de considerar un verdadero derecho del consumidor, por lo que dichas cláusulas configurarían una exclusión anticipada de sus derechos y nula ex art. 10 TRLGDCU (irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al consumidor y usuario).

Y, ¿en qué casos podrá no entenderse integrada la publicidad en el contrato?:

a) En el caso del art. 61.3 TRLGDCU: “No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, éstas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad”. El principio de protección -en este caso, claramente de beneficio- del consumidor determina que la

mejora en las condiciones del bien o servicio publicitado se imponga sobre la propia exigibilidad de esas condiciones; mejora que, como siempre, habrá que calibrar desde una comparación integral de las cláusulas del contrato y de la oferta o publicidad, sin permitir *v. gr.* que rebajas insignificantes en el precio del producto, que es quizás la condición que más valore el consumidor medio, encubran el quebrantamiento de lo realmente ofertado.

b) En el caso de que el consumidor acepte expresamente la alteración de las condiciones, sabiendo *ex ante* que tiene derecho a exigir las, y produciendo una novación en las condiciones contractuales -esto es lo que ocurre en el art. 153 TRLGDCU, al excluir del efecto de vinculación de la publicidad el caso de que las partes lo hayan establecido expresamente-. Así, p. ej. en el caso de la SAP Asturias 17 junio 2002 (JUR 2002, 202372), después de señalar que el art. 8 LGDCU (hoy art. 61 TRLGDCU) “reconoce a los citados acción directa para exigir el contenido de la oferta, promoción y publicidad de los productos y servicios ofrecidos aun cuando no figure expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido, consagrando así de forma expresa en nuestro derecho el efecto negocial de la publicidad o si se quiere la eficacia contractual de la misma que ya la propia jurisprudencia del TS venía reconociendo con anterioridad a su vigencia”, apunta claramente que, por lo tanto, “la anulación de una de las prestaciones lleva aparejada la necesidad de una comunicación previa a los clientes del banco beneficiarios de la misma a efectos de que, a su vista, éstos decidan mantener o no la suya de domiciliación en la entidad de sus haberes”; lo cual aconteció en el caso de autos, ya que “al no demostrarse haber comunicado tal sustitución, no pudo existir consentimiento alguno del citado para la novación propugnada que, como es sabido, nunca se presume sino que exige su cumplida acreditación por quien la invoca, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles, como así lo establece el art. 1204 del CC y la consolidada jurisprudencia que lo interpreta”.

Ahora bien, lógicamente el contrato -las propias condiciones del mismo- primará sobre las condiciones de la oferta publicitaria siempre que los cambios introducidos sean consentidos por el consumidor. En torno a esta cuestión, hay que destacar la reciente STS 15 marzo 2010 (RJ 2010, 2347), que supone en cierta manera un paso atrás en la interpretación del TS en la materia, y plantea dudas importantes acerca de la exigibilidad de la publicidad, en tanto que entiende cumplimentado este requisito cuando a la elevación a escritura pública del contrato se le incorpora una memoria de calidades distinta de la que fue inicialmente ofertada.

IV. CONCLUSIONES

La promulgación de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, que transpone la Directiva 2005/29/CE, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, ha supuesto un cambio importante en la perspectiva y

regulación de la tutela de la formación de la voluntad y de la toma de las decisiones de los consumidores en el Derecho español.

El concepto clave de la Ley y de la Directiva es el de práctica comercial, noción amplia que incorpora cualquier 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 con independencia de que sea realizada antes, durante o después de una operación comercial”.

La práctica comercial con los consumidores se enfrenta a tres controles distintos para evaluar su no deslealtad y, por ende, su licitud: la lista negra de prácticas que ya se consideran ilícitas en todo caso; la definición concreta de lo que se considera práctica engañosa o agresiva; y finalmente, el traspaso de los filtros que se despliegan en cláusula general de prohibición de la competencia desleal.

En general, y en las relaciones con consumidores y usuarios se reputa contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores. Esta cláusula general funciona como una norma de aplicación directa, de cierre del sistema.

Se configuran dos grandes tipos de prácticas desleales con los consumidores: las prácticas engañosas, que engloban los actos de engaño y las omisiones engañosas -en especial, para los consumidores, las prácticas engañosas por confusión- y las prácticas agresivas. La ley, para determinarlas, las define a través de ciertos parámetros generales y establece una lista negra de prácticas comerciales desleales con los consumidores, que determinará su consideración automática de ilicitud.

Tanto en la Directiva 2005/29/CE como en la Ley 29/2009, y por diferentes motivos, quedan al margen de la uniformización en materia de prácticas comerciales algunos sectores; entre ellos, el sector de los servicios financieros y bienes inmuebles, acerca del que se han promulgado recientemente interesantes normas comunitarias y españolas que refuerzan las obligaciones de las entidades financieras y de crédito (también de los intermediarios) en la formación de la voluntad del consumidor.

Ante la vulneración de las normas relativas a las prácticas comerciales desleales, el ordenamiento jurídico pone a disposición del consumidor ciertos remedios jurídicos. Se han analizado específicamente, dos de ellos: las acciones propias frente a las prácticas comerciales, como acto de competencia desleal, que la Ley 29/2009 ha establecido (reformando el sistema ya vigente) y la integración del contrato afectado por alguna de las prácticas comerciales ilícitas.