

CONSECUENCIAS NEGOCIALES DE LAS PRÁCTICAS DESLEALES CON CONSUMIDORES: SOLUCIONES DE DERECHO COMPARADO Y RECIENTES DESARROLLOS NORMATIVOS EN LA UNIÓN EUROPEA

CONTRACTUAL CONSEQUENCES OF UNFAIR COMMERCIAL PRACTICES WITH CONSUMERS: COMPARATIVE LAW SOLUTIONS AND RECENT REGULATORY DEVELOPMENTS IN THE EUROPEAN UNION

ANTONIO CASADO NAVARRO

*Profesor Ayudante Doctor (acreditado a Contratado Doctor) de Derecho Mercantil
Universidad de Córdoba*

Recibido: 07.12.2021 / Aceptado: 28.12.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6680>

Resumen: Este trabajo aborda el complejo asunto de las consecuencias negociales de las prácticas comerciales desleales con consumidores. El estudio parte del análisis de su contexto normativo y del tratamiento que esta materia ha recibido en el Derecho español. A continuación, se exponen las propuestas de *lege ferenda* formuladas por la doctrina al objeto de mejorar la protección contractual de los consumidores afectados por prácticas desleales, así como los distintos remedios negociales arbitrados en otros Estados de la UE. Seguidamente, se examinan los nuevos desarrollos normativos emanados de Bruselas, para posteriormente analizar las iniciativas legislativas nacionales encaminadas a su incorporación. Por último, tratan de aportarse algunas directrices para lo que, a nuestro juicio, sería una correcta incorporación de la normativa comunitaria.

Palabras clave: contrato, práctica comercial desleal, consumidor.

Abstract: This work deals with the complex issue of the contractual consequences of unfair commercial practices with consumers. The study starts from the analysis of its normative context and the treatment that this matter has received in Spanish law. Next, the *lege ferenda* proposals formulated by the doctrine in order to improve the contractual protection of consumers affected by unfair practices are exposed, as well as the different contractual remedies arbitrated in other EU States. Subsequently, the new regulatory developments emanating from Brussels are examined, to later analyze the national legislative initiatives aimed at their incorporation. Finally, the study tries to provide some guidelines for what, in our opinion, would be a correct incorporation of Community regulations.

Keywords: contract, unfair commercial practice, consumer.

* Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto (Ref. PID2020-117872RB-I00) financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (IPs: Luis María MIRANDA SERRANO y Javier PAGADOR LÓPEZ) y del Proyecto (Ref. P20_00002) financiado por la Junta de Andalucía (IP: Luis María MIRANDA SERRANO).

Sumario: I. Planteamiento. II. La protección del consumidor frente a las prácticas comerciales desleales en el Derecho vigente. III. Propuestas de lege ferenda: la modulación del régimen de los vicios del consentimiento. IV. Las distintas soluciones adoptadas en el Derecho comparado. 1. El reconocimiento de un derecho de desistimiento. 2. La anulabilidad del contrato. A). Polonia. B). Luxemburgo. C). Países Bajos. D). Portugal. 3. La nulidad del contrato: la solución francesa. 4. El reembolso del precio sin devolución del bien: la solución belga. 5. La rescisión del contrato o la rebaja del precio: la solución inglesa. V. La incorporación de medidas correctoras individuales frente a las prácticas comerciales desleales en la Directiva (UE) 2019/2161. 1. Los antecedentes legislativos de la Directiva (UE) 2019/2161. 2. La Directiva (UE) 2019/2161 relativa a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión. A). Cuestiones generales. B). El art. 11 bis DPCD: el reconocimiento de medidas correctoras individuales a favor de los consumidores víctimas de prácticas comerciales desleales. VI. La incorporación de medidas correctoras individuales frente a las prácticas comerciales desleales en el ordenamiento español. VII. Conclusiones.

I. Planteamiento

1. Uno de los principales problemas que se suscitan en el moderno tráfico económico viene constituido por la frecuencia con la que la contratación de bienes y servicios se ve influenciada por técnicas de comercialización basadas en una información inexacta o insuficiente, o por actuaciones empresariales enderezadas a intimidar o presionar a la clientela para que adopte sus decisiones de mercado. Esta realidad se hace especialmente patente en la contratación de consumo. En efecto, han sido –y son– frecuentes y diversos los supuestos en los que la contratación de bienes o servicios por parte de los consumidores es consecuencia más o menos directa de la influencia que sobre él ejercen diversas conductas empresariales que se manifiestan en la fase precontractual o incluso en el momento de la contratación y que tuercen o deforman su voluntad negocial. Piénsese en lo ocurrido en el sector bancario con la comercialización de distintos productos financieros complejos ofrecidos bajo otro ropaje, o en lo acaecido en el mercado de la telefonía con las propuestas contractuales reiteradas, intempestivas y no solicitadas.

2. Este tipo de prácticas y conductas empresariales pueden encajar, sin duda, en el ámbito de aplicación de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales (en adelante, DPCD)¹. Esta norma, siguiendo el sistema de armonización plena, ha establecido una regulación detallada y analítica en sus aspectos sustantivos. Sin embargo, deja cierta libertad a los Estados miembros en lo que se refiere a los remedios y sanciones aplicables en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales que incorporen sus normas.

En rigor, la DPCD impone a los Estados miembros la obligación de establecer “medios adecuados y eficaces para luchar contra las prácticas comerciales desleales, con miras al cumplimiento de las disposiciones de la presente Directiva en interés de los consumidores” (art. 11.1). Pero no especifica el carácter público o privado de estos medios o procedimientos, ni el régimen de sanciones aplicables. Consecuentemente, los Estados miembros son libres para optar por un sistema judicial o por un sistema administrativo, o incluso combinar ambos, al fin de resolver las disputas que puedan producirse en relación con las prácticas comerciales desleales².

¹ Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) no 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, *DOUE* L-149 de 11 de junio de 2005.

² Los sistemas de aplicación de las disposiciones de la DPCD varían de un Estado a otro. En algunos países, la aplicación corresponde principalmente a autoridades públicas como el Defensor del consumidor (por ejemplo, Dinamarca, Suecia y Finlandia), a las autoridades de consumo o competencia (entre otros, Italia, Irlanda, Países Bajos, Rumanía y Reino Unido) o a departamentos específicos de los ministerios (tales como Portugal y Bélgica). Otros, en cambio, cuentan con un régimen de aplicación privado (como es el caso de Austria, Alemania y España). Ahora bien, la mayoría de los sistemas combinan elementos de aplicación pública y privada [Primer informe sobre la aplicación de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, COM(2013) 139 final].

3. Este mandato genérico de velar por que los distintos ordenamientos nacionales establezcan medios adecuados y eficaces para combatir las prácticas comerciales desleales se completa con la indicación de algunos remedios que se deben reconocer en todo caso (cesación/prohibición de la práctica comercial desleal) y otros que pueden adoptarse opcionalmente (publicación de la resolución de cesación y de comunicados rectificativos). Estos remedios, empero, no se configuran como un catálogo cerrado de los medios de defensa que los Estados miembros pueden establecer para combatir las prácticas comerciales desleales. A ellos pueden sumarse otros como la remoción de los efectos producidos por la práctica desleal o la indemnización de daños y perjuicios³.

4. En el marco de estos otros remedios pueden incardinarse las acciones individuales encaminadas a proporcionar remedios negociales a los consumidores que hayan contratado influenciados por prácticas comerciales desleales. A tal efecto, tanto el Considerando 9 como el art. 3.2 DPCD señalan que esta normativa se entiende sin perjuicio de las acciones individuales ejercidas por quienes hayan resultado perjudicados por una práctica comercial desleal y que no afecta al Derecho contractual y, en particular, a las normas relativas a la validez, la formación o el efecto de los contratos. De ello puede inferirse que los Estados miembros no tienen la obligación de proporcionar a los consumidores que contraten afectados por prácticas comerciales desleales acciones privadas orientadas a la invalidación del contrato resultante. Pero ello no significa que tengan prohibida su adopción. Antes bien, los Estados miembros gozan de libertad para determinar la incidencia de las prácticas comerciales desleales en la validez, formación o efectos de los contratos, toda vez que la Directiva no armoniza el Derecho nacional⁴.

Estas disposiciones ponen de manifiesto la opción de política legislativa seguida por el legislador comunitario consistente en que el régimen de las prácticas comerciales desleales no repercute de forma directa sobre el Derecho privado de los distintos Estados de la UE. De ahí su propósito de deslindar el régimen de las prácticas comerciales desleales y el Derecho privado de los Estados miembros, en coherencia con la finalidad de respetar las distintas tradiciones nacionales en materia contractual⁵. De esta forma, además, se evitaría que las legislaciones nacionales sobre contratos se vieran afectadas por la técnica legislativa de la armonización plena⁶.

5. En todos los Estados miembros, en principio, parece posible basarse en las disposiciones generales del Derecho de contratos para atribuir consecuencias negociales a las prácticas comerciales desleales. Cualquier consumidor podría alegar que una práctica comercial engañosa constituye un supuesto de error o de dolo que vicia su consentimiento. Y del mismo modo, podría argüir que una práctica comercial agresiva genera un vicio en su consentimiento por violencia o intimidación. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que no existe un principio general conforme al cual una práctica comercial desleal desencadena de forma automática la invalidez, la resolución o rescisión del contrato, o la reclamación de daños y perjuicios. Y el recurso a las doctrinas generales mencionadas está sujeto al cumplimiento de ciertos presupuestos y condiciones que pueden funcionar como una barrera para los consumidores que quieran desvincularse de los contratos suscritos como consecuencia de prácticas comerciales desleales o, en su caso, exigir una reparación por los daños y perjuicios sufridos.

6. En ausencia de remedios individuales comunes en el marco de la UE aplicables a los casos de infracción de las disposiciones de la DPCD, dependerá de cada Estado miembro el establecimiento de

³ J. MASSAGUER, *El nuevo Derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, Madrid, Thomson Civitas, 2006, p. 144.

⁴ En este sentido se pronuncia la Comisión Europea en el Primer informe sobre la aplicación de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, COM(2013) 139 final, p. 10.

⁵ M. DUROVIC, "The Subtle Europeanization of Contract Law: The Case of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices", *European Review of Private Law*, núm. 5, 2015, p. 716.

⁶ S. WHITTAKER, "The Relationship of the Unfair Commercial Practices Directive to European and National Contract Laws", en S. WEATHERILL, y U. BERNITZ (Eds.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques*, Oxford, Hart Publishing, 2007, pp. 140 y 141.

las distintas consecuencias negociales que se anudan a la realización de prácticas comerciales desleales, así como la determinación de sus requisitos y alcance.

Haciendo uso de esta libertad, algunos Estados miembros han optado por la atribución de acciones individuales a los consumidores que contraten afectados por prácticas comerciales desleales, estableciendo consecuencias negociales específicas para dichas prácticas ilícitas. Otros Estados miembros, sin embargo, no han previsto acciones individuales, lo que obliga a los consumidores a acudir a los remedios fijados por el Derecho general de contratos o por la normativa específica de consumo.

II. La protección del consumidor frente a las prácticas comerciales desleales en el Derecho vigente

7. De entre los distintos sistemas de represión de las prácticas comerciales desleales propuestos por el legislador comunitario, el legislador español se ha decantado por la combinación de un sistema judicial y administrativo.

8. El sistema de represión jurídico público se inicia de oficio o a instancia de parte y se sustancia en un procedimiento administrativo sancionador ante las autoridades competentes en materia de consumo (art. 46 TRLGDCU) que puede conducir a la imposición de sanciones administrativas consistentes en multas, cierre temporal de establecimientos o publicación de las sanciones (arts. 49 y 50 arts. TRLGDCU). En esta dirección, el art. 47 TRLGDCU dispone que “(s)on infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios: ... m) El uso de prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios”. Sin embargo, no ha pasado desapercibido el hecho de que la tipificación de la conducta se lleve a cabo mediante la remisión a la LCD, lo que choca con el principio de tipicidad del art. 25 CE, toda vez que las autoridades administrativas no cuentan con la misma competencia que los órganos jurisdiccionales para concretar y aplicar cláusulas generales⁷.

9. El sistema de represión jurídico privado se articula judicialmente a través del ejercicio de las acciones de competencia desleal y se sustancia en el marco del proceso ordinario ante los Juzgados de lo Mercantil. Este proceso se resuelve, en su caso, mediante el establecimiento de remedios civiles contemplados en el art. 32 LCD. Este precepto dispone que “(c)ontra los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita, podrán ejercitarse las siguientes acciones”: declarativa de la deslealtad; de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura; de remoción de los efectos producidos por dicha conducta; de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas; de resarcimiento de daños y perjuicios; y, por último, de enriquecimiento injusto.

Del art. 32 LCD y, en particular, del empleo de la expresión potestativa “podrán ejercitarse” puede inferirse su carácter ejemplificativo⁸. Consecuentemente, el perjudicado por una práctica comercial desleal puede obtener protección a través de cualquier otra acción que, siendo apropiada a la naturaleza de los intereses lesionados, esté reconocida en nuestro ordenamiento. Tal sería el caso de la acción declarativa general, con la consiguiente posibilidad de ejercitar pretensiones de carácter negativo; la acción reivindicatoria sobre bienes inmateriales; o las derivadas de contratos⁹.

⁷ A. CARRASCO PERERA, “Modificación del régimen de competencia desleal y protección de consumidores en lo relativo a las prácticas comerciales desleales (Ley 29/2009)”, *CESCO*, enero de 2010, pp. 4 y 5. (disponible en <http://centrodeestudios-deconsumo.com>, consultado el 03/06/2021).

⁸ P. GUALDE CAPÓ y P. BORRÁS CEBRIÁN, “Artículo 18. Acciones”, en F. MARTÍNEZ SANZ (Dir.), *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid, Tecnos, 2009, p. 305; J. A. VEGA VEGA, “Artículo 32. Acciones”, en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 851; y E. GONZÁLEZ PONS, *Prácticas agresivas y tutela del consumidor*, Madrid, AEBOE, p. 137. En contra, C. HERRERA PETRUS, “Acciones frente a la competencia desleal”, en A. TATO PLAZA, P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO y C. HERRERA PETRUS, *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, 1ª ed., Madrid, La Ley, 2010, p. 348; y M. CERVERA MARTÍNEZ, “Acciones y legitimación ante un acto de competencia desleal”, en J. A. GARCÍA-CRUCES (Dir.), *Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 3/61 (hemos consultado la versión en línea disponible en la biblioteca virtual Tirant online).

⁹ J. A. VEGA VEGA, “Artículo 32...”, cit., p. 851.

10. En lo que atañe a las acciones contractuales (entre otras: las de cumplimiento contractual, nulidad, resolución del contrato o resarcimiento de daños por incumplimiento contractual), éstas siguen el procedimiento común y se sujetan a la jurisdicción ordinaria. Así parece desprenderse del segundo inciso del art. 19.2 TRLGDCU, cuando dispone que “(n)o tienen la consideración de prácticas comerciales las relaciones de naturaleza contractual, que se regirán conforme a lo previsto en el artículo 59”¹⁰. De esta forma, la disciplina de la competencia desleal no prevé acciones individuales específicas encaminadas a remover los efectos contractuales que sean consecuencia de una contratación influenciada por prácticas comerciales desleales. Tan solo se limita a proporcionar a los consumidores el catálogo de acciones previsto en el art. 32 LCD, a través de una regulación que parece pensar más en la tutela de los empresarios afectados por actos desleales que en la protección de los consumidores y usuarios.

11. No obstante, un importante sector de la doctrina mantiene que al amparo de la acción de remoción puede solicitarse la anulación o ineficacia de los contratos celebrados como consecuencia de una práctica comercial desleal, con la única cautela de que se salvaguarden los derechos de terceros de buena fe¹¹.

La acción de remoción es una acción de condena que opera no sobre el acto o práctica, sino sobre sus efectos¹². Su finalidad estriba en que el juez ordene las medidas necesarias para que se eliminen los efectos producidos por el acto de competencia desleal y se restablezca, en la medida de lo posible, la situación anterior¹³. Por consiguiente, sólo podrá ejercitarse si la práctica desleal se ha consumado, toda vez que la remoción presupone la realidad de un impacto efectivo que sea consecuencia de una actuación ilícita consumada, sin que sea suficiente con la mera amenaza de ese resultado material¹⁴. El éxito de una acción de este tipo exige no sólo que el actor acredite la existencia de efectos ocasionados por un acto desleal y su vigencia en el momento de presentarse la demanda, sino también que su eliminación requiere, bajo criterios de necesidad y de proporcionalidad, la intervención del Juzgado¹⁵.

¹⁰ A. CARRASCO PERERA, “Modificación del...”, cit., p. 6; J. M. BUSTO LAGO, “Artículo 19. Principio general y prácticas comerciales”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, 2ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2015, p. 245; M. A. EGUSQUIZA, “Prácticas comerciales desleales e incidencia en la contratación de consumo: algunas cuestiones desde la perspectiva española”, en A. PINTO MONTEIRO (Dir.), *Actas del Colóquio prácticas comerciais desleais*, Coimbra, Centro de Direito do Consumo, 2017, p. 29; y Z. BEDNARZ, “Acciones individuales a disposición de los consumidores perjudicados por prácticas comerciales desleales: perspectiva del derecho europeo comparado”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 23, 2018, p. 8/24 (hemos consultado la versión en línea disponible en el portal de revistas Wolters Kluwer).

¹¹ En este sentido, entre otros, J. MASSAGUER, *Comentario a la ley de competencia desleal*, Madrid, Civitas, 1999, p. 536; C. HERRERA PETRUS, “Acciones frente...”, cit., p. 371; M. CERVERA MARTÍNEZ, “Acciones y...”, cit., p. 7/61; R. MARIMÓN DURÁ, “La OPS como acto de competencia desleal. Fundamentación de una acción colectiva”, en R. MARIMÓN DURÁ (Dir.), *La oferta pública de suscripción de acciones desde la perspectiva judicial: análisis de la OPS de Bankia de 2011*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, p. 90; y J. VEGAS TORRES, “Objeto del proceso y congruencia de la sentencia en los procesos civiles sobre competencia desleal”, *La Ley Mercantil*, núm. 40, 2017, p. 9/19 (hemos consultado la versión en línea disponible en el portal de revistas Wolters Kluwer). En contra, M. RUIZ MUÑOZ, “Facultad revocatoria del consumidor y competencia desleal (algunos presupuestos metodológicos)”, *Estudios sobre consumo*, núm. 39, 1996, p. 31; F. PERTÍÑEZ VILCHEZ, “Información precontractual obligatoria, error, prácticas comerciales desleales”, en A. CARRASCO PERERA (Dir.), *Tratado de la compraventa. Homenaje a Rodrigo Bercovit*, t. I, Cizur Menor, Aranzadi, 2013, p. 386; M. J. MARÍN LÓPEZ, “La formación del contrato con consumidores”, en M. A. PARRA LUCÁN (Dir.), *Negociación y perfección de los contratos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, p. 806; y Z. BEDNARZ, “Acciones individuales frente a la publicidad engañosa: ¿Necesidad de una solución europea?”, en A. TATO PLAZA, J. COSTAS COMESAÑA, P. I. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO y F. J. TORRES PÉREZ (Dir.), *Nuevas tendencias en el Derecho de la competencia y de la propiedad industrial II*, Granada, Comares, 2019, p. 14.

¹² M. CERVERA MARTÍNEZ, “Acciones y...”, cit., p. 6/61.

¹³ P. GUALDE CAPÓ y P. BORRÁS CEBRIÁN, “Artículo 18...”, cit., p. 311; S. BARONA VILAR, *Competencia desleal: tutela jurisdiccional-especialmente proceso civil- y extrajurisdiccional*, t. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 777 y 778; y E. LEIÑENA MENDIZÁBAL, “El avance en la protección de la persona consumidora y usuaria ante las nuevas prácticas comerciales desleales”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 59, 2013, p. 97.

¹⁴ C. HERRERA PETRUS, “Acciones frente...”, cit., p. 369. En contra, A. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, “Artículo 32 LCD. Acciones”, en C. LEMA DEVESA (Dir.), *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores: régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29-2009*, L’Hospitalet de Llobregat, Bosch, 2012, p. 498.

¹⁵ C. HERRERA PETRUS, “Acciones frente...”, cit., pp. 367 y ss.

Siendo la finalidad de la acción de remoción disipar, minimizar o suprimir los efectos que una práctica desleal consumada hubiera producido, las medidas que el órgano jurisdiccional puede adoptar para obtener el *status quo* previo pueden ser muy diversas¹⁶. La tipología de medidas que pueden ser adoptadas en el marco de la acción de remoción es tan amplia como distintos los supuestos de hecho que dan lugar a ella¹⁷. Estas pretensiones, que han de concretarse en el suplico de la demanda, tienen que ser objetivamente adecuadas para lograr la eliminación de los efectos producidos y sujetarse a un criterio de proporcionalidad que evite una gravosidad innecesaria¹⁸.

La medida de remoción consistente en la ineficacia del contrato concluido como consecuencia de una práctica comercial desleal rara vez ha sido planteada ante nuestros Tribunales. Tan sólo tenemos noticia de su adopción en un litigio relativo a un supuesto de competencia desleal por violación de normas. Se trata de la SAP de Palma de Mallorca 342/2005, de 28 de julio (AC 2005\2387) que se pronuncia en el sentido de modificar el fallo de la sentencia de instancia que declara nulos y sin efecto una serie de contratos. En su lugar, declara que “(1)a remoción de los efectos producidos por el acto desleal consistirá en dejar sin efecto, tanto los contratos de prestación de servicios con los facultativos como las altas de los asegurados en lo referente al Suplemento Odontológico referido, debiendo dejar de operar el referido Suplemento Odontológico, y de devengar primas, comisiones o franquicias, y ello a contar desde la fecha de la presente resolución judicial”¹⁹.

12. A nuestro juicio, empero, bajo las actuales coordenadas del régimen represor de la competencia desleal, la admisión de la posibilidad de solicitar la anulabilidad o la ineficacia del contrato al amparo de la acción de remoción no está exenta de problemas. De un lado, porque la anulabilidad o ineficacia del contrato no es un remedio que, con carácter general, satisfaga los intereses del consumidor. Y, de otro, por cuanto que el consumidor interesado en solicitar por esta vía la anulación o ineficacia del contrato habrá de acreditar que la eliminación de los efectos de la práctica desleal requiere, bajo criterios de necesidad y de proporcionalidad, de esta medida, lo que no siempre estará justificado a la vista de la distinta gravedad que presentan las prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios. Además, esta posibilidad parece desvanecerse en el texto de la LGP, cuando afirma en el párrafo segundo de su art. 6.1 que “(s)i el contenido de la publicidad incumple los requisitos legalmente exigidos en esta o cualquier otra norma específica o sectorial, a la acción de cesación prevista en esta Ley podrá

¹⁶ S. BARONA VILAR, *Competencia desleal...*, cit., pp. 773 y ss.

¹⁷ Estas pueden consistir en la retirada del mercado, modificación o destrucción de los elementos materiales a través de los cuales se ha llevado a cabo la práctica desleal (folletos, catálogos, cartelería, mobiliario, indumentaria, etc.), de los propios productos o de los materiales necesarios para crear los elementos en los que se concreta la práctica (moldes, programas informáticos, etc.); la cancelación o modificación de asientos registrales; o la retirada de publicidad o la realización de actuaciones de contrapublicidad (J. MASSAGUER, *Comentario...*, cit., p. 536; C. HERRERA PETRUS, “Acciones frente...”, cit., pp. 370 y 371; y J. A. VEGA VEGA, “Artículo 32...”, cit., pp. 860 y 861).

¹⁸ J. MASSAGUER, *Comentario...*, cit., pp. 535 y 536; P. GUALDE CAPÓ y P. BORRÁS CEBRIÁN, “Artículo 18...”, cit., p. 313; C. HERRERA PETRUS, “Acciones frente...”, cit., p. 370; y J. VEGAS TORRES, “Objeto del...”, cit., p. 9/19.

¹⁹ En este caso, se dirime la cuestión relativa a la colocación por parte de una entidad aseguradora de un nuevo producto entre sus clientes sin recabar su consentimiento. Se trataba de un producto comercializado como una modalidad de seguro de asistencia sanitaria de carácter complementario (suplemento odontológico), pero que no se correspondía con un seguro. Y ello por cuanto que el cliente debía pagar, por adelantado, todo el importe de las prestaciones dentales que recibe, con la también errónea denominación de franquicias, según una tabla de precios que resultan ser el coste íntegro de cada una de las intervenciones odontológicas incrementado en un 5% de comisión para la compañía. En esta sentencia, el Tribunal entiende que “existe en este caso infracción de las normas reguladoras de la actividad concurrencial –artículo 15.2 de la LCD–, y ello es así en la medida en que la demandada, pese a su condición de aseguradora y amparándose en dicha condición, ha configurado un producto de apariencia formal y terminológica de contrato de seguro sin serlo, configurándose, de hecho, como una mera intermediaria a comisión en la prestación de la asistencia buco dental de sus asegurados, quienes sufragan íntegramente los siniestros de sus bolsillos en forma de falsas franquicias y pagando unas primas y comisiones que van directamente a la columna de beneficios de la compañía, los cuales, irónicamente, serán tanto más altos cuantos más siniestros odontológicos se declaren. Ello supone una infracción del referido artículo, consistente en la canalización masiva de clientes hacia las clínicas dentales concertadas, en detrimento de las no concertadas, mediante el alta unilateral de 53.000 personas. De hecho, la infracción de las normas que regulan la actividad concurrencial, ex artículo 15.2 de la LCD, no se contrae solamente en la infracción de preceptos de la Ley de Contrato de Seguro, sino también de la Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados, artículos 3 y 5, a la sazón vigentes, de los que resultaba la prohibición de las compañías aseguradoras de realizar operaciones que no sean de seguro y carezcan de base técnica actuarial; normas todas ellas que presentan en última instancia una finalidad reguladora de la actividad concurrencial”.

acumularse siempre que se solicite la de nulidad y anulabilidad, la de incumplimiento de obligaciones, la de resolución o rescisión contractual y la de restitución de cantidades que correspondiera”. De lo que parece deducirse que el contrato no puede ser atacado por el cauce de las acciones de la LCD, sino por la vía de las acciones contractuales previstas en el Derecho general de contratos.

13. Ahora bien, el consumidor que contrate afectado por una práctica comercial desleal no queda completamente desamparado. La LCD le proporciona algunos remedios individuales para hacer frente a los efectos perjudiciales de este tipo de prácticas. En efecto, el art. 33 LCD atribuye legitimación activa al consumidor cuyos intereses económicos se hayan visto perjudicados por una práctica comercial desleal para ejercer las acciones legales previstas en el art. 32 LCD y, en particular, para reclamar los daños y perjuicios que le haya irrogado (art. 32.5 LCD).

La acción de resarcimiento de daños y perjuicios es una acción de condena que tiende a la reparación de los daños y perjuicios imputables al demandado que sean consecuencia de una práctica desleal, siempre que haya mediado dolo o culpa. Se trata, por tanto, de una acción dotada de una finalidad exclusivamente reparadora²⁰. Nos encontramos así ante una tutela concedida en relación con un patrimonio privado dañado y cuyo alcance viene delimitado por la magnitud de la lesión real y concreta padecida en éste, que ha de ser calculada con exactitud y a título individual²¹. Esta acción goza de la naturaleza jurídica de la acción indemnizatoria derivada de la responsabilidad civil por culpa *ex arts.* 1101 y 1902 CC. Razón por la cual los requisitos para el éxito de esta acción coinciden con los sostenidos por la doctrina jurisprudencial como soporte de la responsabilidad civil aquiliana (art. 1902 CC)²².

En primer lugar, se exige la acreditación de la deslealtad de la conducta, lo que habrá de analizarse con carácter previo, bien en el mismo procedimiento o bien en un procedimiento anterior. En segundo lugar, la conducta debe haber producido un daño y/o perjuicio, que además ha de ser real, efectivo, actual y evaluable económicamente²³. Cuestiones todas ellas cuya acreditación corresponde al demandante. Bien es cierto que en el ámbito de la competencia desleal se viene recurriendo, aunque de forma vacilante, a la llamada doctrina *in re ipsa loquitur*, que atempera esa carga probatoria cuando las circunstancias del caso permitan concluir de forma lógica y razonable que la conducta enjuiciada ha generado una lesión resarcible²⁴. En tercer lugar, es necesario acreditar la relación de causalidad entre los daños y perjuicios reclamados y la deslealtad de la conducta. Así, el actor debe demostrar no sólo que el sujeto agente ha realizado la conducta, sino también que ésta ha sido trascendente y ha producido el daño. Finalmente, se exige la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto agente.

En sede de competencia desleal y, concretamente, de las prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios, el sujeto agente es un sujeto que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional al que se exige un nivel de diligencia más intenso. De ahí que se estreche el espacio que media entre la responsabilidad por culpa y la objetiva, lo que conduce a una inversión de la carga de la prueba sobre la inexistencia de dolo o culpa en aquellos supuestos en que la deslealtad es manifiesta y el actor ha probado los daños y la relación de causalidad²⁵. Ahora bien, a pesar de ello, la acción de re-

²⁰ S. BARONA VILAR, *Competencia desleal...*, cit., p. 804; y M. A. ZURILLA CARIÑANA, “Acciones civiles en materia de competencia desleal”, *Documentos de Trabajo. Seminario Permanente de Ciencias Sociales*, núm. 4, 2009, p. 10. No obstante, algunos autores también le atribuyen una finalidad disuasoria o preventiva indirecta (Cfr. J. MASSAGUER, *Comentario...*, cit., p. 540).

²¹ C. HERRERA PETRUS, “Acciones frente...”, cit., p. 381.

²² S. BARONA VILAR, *Competencia desleal...*, cit., p. 804; y P. GUALDE CAPÓ y P. BORRÁS CEBRIÁN, “Artículo 18...”, cit., pp. 316 y 317.

²³ S. BARONA VILAR, *Competencia desleal...*, cit., pp. 822 y ss.

²⁴ Sobre esta cuestión, C. HERRERA PETRUS, “Acciones frente...”, cit., pp. 384 y ss.; J. A. VEGA VEGA, “Artículo 32...”, cit., p. 869; A. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, “Artículo 32...”, cit., p. 503; y M. CERVERA MARTÍNEZ, “Acciones y...”, cit., p. 12/61.

²⁵ C. HERRERA PETRUS, “Acciones frente...”, cit., pp. 386 y 387; y J. A. VEGA VEGA, “Artículo 32...”, cit., p. 875. Esta solución también se admite en el ordenamiento italiano. *Vid.*, entre otros, T. RAVÀ, *Diritto Industriale*, 2ª ed., vol. I, Torino, UTET, 1981, pp. 188 y 189; G. GHIDINI, “Competencia desleal: Desde la matriz corporativa a los intereses del mercado”, en G. GHIDINI, *Aspectos actuales del Derecho Industrial, Propiedad Intelectual y competencia*, traducción a cargo de V. MARTÍ MOYA, Granada, Comares, 2002, p. 144; A. VANZETTI y V. DI CATALDO, *Manuale di Diritto Industriale*, 7ª ed., Milano, Giuffrè, 2012, pp. 133 y 134; y C. SIGNORINI, “Concorrenza sleale e pratiche commerciali scorrette”, en G. GHIDINI y G. CAVANI (Dir.), *Lezioni di Diritto Industriale*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 136.

sarcimiento de daños y perjuicios es una acción compleja que exige al demandante una carga probatoria especialmente intensa, lo que dificulta su éxito cuando el demandante es un consumidor.

III. Propuestas de lege ferenda: la modulación del régimen de los vicios del consentimiento

14. Como ha podido comprobarse, nuestro Derecho represor de la competencia desleal no reconoce remedios negociales directamente vinculados a la realización de prácticas comerciales desleales con los consumidores. Bajo estas coordinadas regulatorias, el consumidor que haya contratado influenciado por una práctica comercial desleal por engañosa o agresiva sólo puede pretender la anulación del contrato con fundamento en la disciplina de los vicios del consentimiento, con la consiguiente acreditación de sus presupuestos aplicativos, más exigentes que los derivados del régimen de la competencia desleal. Esta situación conduce a la posibilidad de que lo declarado ilícito por desleal, sin embargo, sea considerado lícito (o al menos no invalidante) por el Derecho de contratos. De ahí que algunos autores vengam reclamando una mayor coordinación entre el Derecho de contratos y el Derecho represor de la competencia desleal²⁶.

15. Son varios los argumentos sobre los que apoyan esta reclamación. En primer lugar, la superación de la clásica concepción del Derecho represor de la competencia desleal conforme a la cual la celebración del contrato implicaba su retirada o inaplicabilidad. Con la entrada en vigor de las disposiciones derivadas de la DPCD, la protección contenida en la disciplina de la competencia desleal se aleja de su tradicional carácter preventivo y, por tanto, de su aplicación sólo en las fases precontractual y paracontractual, para dar respuesta a los distintos problemas que rodean todo el proceso de contratación, tanto previos, como coetáneo y posteriores a la celebración del contrato. Así se infiere de su art. 3.1 (art. 2.3 LCD), donde se establece que esta regulación se aplica a los actos de competencia desleal “realizados antes, durante o después de una operación comercial o contrato”. Pero, es más, estos autores parten de este precepto para señalar que el concepto de *práctica comercial* a través del cual el legislador comunitario delimita el ámbito de aplicación de la DPCD comprende también el contrato.

En segundo lugar, la coincidencia del bien jurídico protegido por el Derecho de contratos y el Derecho represor de la competencia desleal. Afirman así que el bien jurídico protegido es el mismo, esto es, la libre decisión negocial del consumidor, su libertad de saber y de querer. La cláusula general prohibitiva de la deslealtad en las relaciones entre empresarios y consumidores anuda la calificación de desleal a aquellos comportamientos empresariales contrarios a la diligencia profesional que distorsionen o puedan distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de los consumidores (art. 5 DPCD y párrafo 2º del art. 4.1 LCD). Además, la Ley aclara que la distorsión significativa del comportamiento del consumidor consiste en “mermar de manera apreciable su capacidad de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, haciendo así que tome una decisión sobre su comportamiento económico que de otro modo no hubiera tomado” [art. 2.e) DPCD y párrafo 3º del art. 4.1 LCD]. En consecuencia, se cuestionan estos autores sobre la incoherencia de que ciertos comportamientos que se reputan desleales por su idoneidad efectiva o potencial (pero indudable) para perturbar la formación del consentimiento negocial del consumidor carezcan de toda relevancia en el plano del Derecho de contratos. Sobre todo, a la hora de determinar si concurren o no vicios del consentimiento de una entidad suficiente para anular el contrato²⁷.

En tercer lugar, la idea de unidad del ordenamiento jurídico. Y es que el carácter unitario del ordenamiento exige no considerar lícito por el Derecho de contratos lo que es declarado ilícito por la disciplina de la competencia desleal y a la inversa. De acuerdo con estos autores, esta idea de unidad

²⁶ L. M. MIRANDA SERRANO y J. PAGADOR LÓPEZ, “La necesidad de establecer conexiones normativas entre el Derecho de la competencia desleal y el Derecho de contratos”, *Diario La Ley*, núm. 8464, 2015., *passim*; L. M. MIRANDA SERRANO, “La protección del consumidor como ariete de la reforma del viejo Derecho privado; en especial, en la fase previa a la contratación de bienes y servicios”, en L. M. MIRANDA SERRANO (Dir.), *La protección de los consumidores en tiempos de cambio*, Madrid, Iustel, 2015, pp. 56 y 57.

²⁷ J. PAGADOR LÓPEZ., “Hacia un nuevo paradigma en cuanto a la celebración del contrato: el impacto del Derecho de los consumidores sobre las reglas aplicables al perfeccionamiento del contrato”, en L. M. MIRANDA SERRANO (Dir.), *La protección de los consumidores en tiempos de cambio*, Madrid, Iustel, 2015, p. 74.

del ordenamiento jurídico requiere armonía entre las decisiones y valoraciones jurídicas pertenecientes a estos sectores normativos²⁸.

Finalmente, la norma prevista en el párrafo segundo del art. 6.1 LGP. Esta disposición se pronuncia en el sentido de admitir la posibilidad de acumular las acciones de nulidad y anulabilidad, la de incumplimiento de obligaciones, la de resolución o rescisión contractual y la de restitución de cantidades a la acción de cesación interpuesta para hacer frente a los supuestos de publicidad ilícita. Para estos autores, la norma referida pone de manifiesto que algunas infracciones de la LGP tienen consecuencias en el terreno negocial que no pueden ser desatendidas en su tratamiento judicial.

16. A estos autores, empero, no pasa desapercibida la distinta configuración que tienen en nuestro Derecho el ilícito de deslealtad y el régimen de los vicios del consentimiento, así como sus diferentes presupuestos aplicativos. Razón por la cual mantienen que la calificación de un determinado comportamiento como desleal no debe acarrear de modo automático y sin excepción la nulidad o anulabilidad de todos los contratos que traigan causa de él.

Sin embargo, ello no puede implicar una total desconexión entre el Derecho de contratos y la disciplina de la competencia desleal, toda vez que la realización de prácticas engañosas o agresivas y, por tanto, susceptibles de distorsionar la decisión negocial del consumidor, que conduzcan a la celebración de un contrato no querido por éste, no pueden quedar desprovistas de consecuencias negociales. Por ello, terminan proponiendo que, en estos casos, se establezca una presunción, desvirtuable por la otra parte, de que el contrato ha nacido viciado; o pueda considerarse acreditada la concurrencia de un vicio del consentimiento, quedando a cargo del interesado la prueba de sus requisitos aplicativos²⁹.

17. En el ordenamiento jurídico italiano, la falta de reconocimiento de remedios contractuales a disposición de los consumidores que contraten afectados por prácticas comerciales desleales y las similitudes existentes entre la disciplina de las prácticas comerciales desleales con consumidores y el régimen de los vicios del consentimiento han llevado a un sector de la doctrina a reclamar soluciones análogas. Por un lado, algunos autores sostienen que la existencia de una práctica comercial desleal puede servir para establecer la presunción de la concurrencia de algunos requisitos del régimen de los vicios del consentimiento³⁰, como la intención de engañar en el dolo³¹, o la esencialidad o la excusabilidad en el engaño³². Por otro lado, no falta quien sostiene que la apreciación de una práctica comercial desleal con los consumidores integra por sí sola la concurrencia de un vicio del consentimiento. De modo que, una vez que el consumidor haya demostrado la existencia de una práctica comercial desleal, será el empresario quien haya de demostrar que, en el caso en cuestión, no concurren los requisitos que el Derecho común exige para la anulación del contrato por vicios del consentimiento³³.

18. Esta ausencia de remedios negociales específicos anudados a la realización de prácticas comerciales desleales no es exclusiva de los ordenamientos español e italiano, sino que se extiende a gran

²⁸ Como lo corrobora de forma muy clara (añaden estos autores) la doctrina de las restricciones accesorias: L. M. MIRANDA SERRANO, “La protección ...”, cit., p. 57; sobre esta doctrina de origen americano y la conexión que a través de ella se realiza entre el Derecho de contratos y el Derecho de la competencia: L.M. MIRANDA SERRANO, “Restricciones accesorias y Prácticas colusorias”, *Derecho de los Negocios*, núm. 122, 2000, pp. 1 y ss.; L.M. MIRANDA SERRANO, “En el Derecho antitrust también lo accesorio sigue la suerte de lo principal: a propósito de la recepción por el Tribunal Supremo de la doctrina de las restricciones accesorias”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 13, 2013, pp. 15 y ss.

²⁹ L. M. MIRANDA SERRANO y J. PAGADOR LÓPEZ, “La necesidad...”, cit., p. 10. En un sentido similar se pronuncia E. GONZÁLEZ PONS, *Prácticas agresivas...*, cit., pp. 172 y 173.

³⁰ L. GILIBERTI, “Il danno da pratica commerciale scorretta”, en P. CENDON y C. PONCIBÒ (Dir.), *Il risarcimento del danno al consumatore*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 390; y L. LA ROCCA, “Articolo 24. Pratiche commerciali aggressive”, en V. CUFFARO (Ed.), *Codice del consumo*, 5ªed., Milano, Giuffrè, 2019, p. 231.

³¹ A. P. SEMINARA, “La tutela civilistica del consumatore di fronte alle pratiche commerciali scorrette”, *I Contratti*, núm. 6, 2018, p. 700.

³² M. R. MAUGERI, “Violazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali”, en *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2009, p. 6/9 (hemos consultado la versión en línea disponible en la base de datos Leggi d'Italia Legale).

³³ N. ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, Padova, CEDAM, 2012, pp. 196 y ss.

parte de los Estados miembros de la UE. De ahí que la doctrina comparada haya tratado de superar la insuficiencia del régimen de los vicios del consentimiento para hacer frente a esta problemática proponiendo soluciones similares, aunque algo más laxas. En este sentido, se ha planteado la posibilidad de ampliar la interpretación de los presupuestos de los vicios del consentimiento, extendiendo este régimen más allá de sus parámetros clásicos³⁴.

19. Ahora bien, este tipo de soluciones basadas en la presunción de la existencia de un vicio del consentimiento en aquellos contratos celebrados con consumidores, a nuestro juicio, no resulta satisfactoria. Si bien es cierto que la concurrencia de una práctica comercial desleal y los elementos del tipo de los distintos ilícitos de deslealtad con los consumidores pueden servir para integrar e interpretar algunos de los presupuestos necesarios para determinar la concurrencia de un vicio del consentimiento, la mera existencia de una práctica comercial desleal con los consumidores no puede suponer una presunción de consentimiento viciado. Así lo entendemos por cuanto que no todas las prácticas comerciales desleales con los consumidores responden al supuesto de hecho propio de los vicios del consentimiento. Piénsese, por ejemplo, en el incumplimiento de los compromisos asumidos en un código de conducta (art. 5.2 LCD); en la realización de una oferta comercial de bienes a un precio determinado sin revelar la existencia de motivos razonables que hagan pensar al empresario que dichos bienes o servicios u otros equivalentes no estarán disponibles al precio ofertado durante un período suficiente y en cantidades razonables (art. 22.1 LCD); en el envío de una factura o un documento similar de pago que dé al consumidor o usuario la impresión de que ya ha contratado el bien o servicio comercializado, sin que éste lo haya solicitado (art. 27.4 LCD); o en 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 resultantes o dejar sistemáticamente sin responder la correspondencia al respecto, con el fin de disuadirlo de ejercer sus derechos (art. 31.1 LCD). Desde nuestro punto de vista, establecer una presunción de que el contrato ha nacido viciado cuando derive de una práctica comercial desleal conduciría a una inadmisibles extensión del concepto y significado de los vicios del consentimiento.

Además, esta solución, al igual que la derivada de la interpretación e integración de los presupuestos del régimen de los vicios del consentimiento con auxilio en la normativa represora de la deslealtad, sólo permite dar respuesta a los intereses de los consumidores que se hayan visto afectados por prácticas comerciales desleales especialmente lesivas. Lo que dejaría huérfanos de tutela a los consumidores afectados por el grueso de las prácticas comerciales desleales que, difícilmente, serán lo suficientemente graves para dar lugar a un consentimiento viciado.

IV. Las distintas soluciones adoptadas en el Derecho comparado

20. Ciertamente, las distintas prácticas comerciales y comportamientos concurrenciales puestos en práctica en el mercado pueden tener una marcada influencia sobre la conformación de la voluntad negocial y, por tanto, sobre la contratación. Esta realidad no ha pasado desapercibida para los legisladores de algunos Estados miembros, que han arbitrado acciones individuales encaminadas a proporcionar remedios negociales a los contratantes que hayan concluido una operación comercial como consecuencia de prácticas comerciales desleales. Sin embargo, las diferentes soluciones adoptadas han sido dispares, no sólo en cuanto al remedio negocial arbitrado, sino también en lo que se refiere al tipo de práctica comercial desleal que permite su aplicación. En las siguientes líneas abordaremos el estudio de las diversas medidas adoptadas en los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros que han optado por estas soluciones, clasificándolas en función del tipo de remedio negocial adoptado.

³⁴ H. COLLINS, “The Unfair Commercial Practices Directive”, *European Review of Contract Law*, vol. 1, Iss. 4, 2005, p. 425; y M. KOUTSIS y C. WILLET, “UK Implementation of the Unfair Commercial Practices Directive”, en W. VAN BOOM, A. GARDE y O. AKSELI (Eds.), *The European Unfair Commercial Practices Directive. Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems*, London-New York, Routledge, 2016, p. 31.

1. El reconocimiento de un derecho de desistimiento

21. El primer ordenamiento jurídico en arbitrar remedios negociales específicos destinados a la protección de la clientela que contratara afectada por una práctica desleal fue el alemán. En esta dirección, la modificación llevada a cabo en 1986 en la UWG de 1909³⁵ reconocía un derecho de desistimiento a quienes celebraran un contrato como consecuencia de una publicidad engañosa (§ 13a)³⁶.

En concreto, el apartado primero del § 13a señalaba que si el cliente resultaba inducido a contratar como consecuencia de una publicidad falsa y engañosa en el sentido del § 4 y que respecto del círculo de personas al que se dirigía podía considerarse esencial para la celebración del contrato, podría desistir de éste. Si la publicidad provenía de un tercero, el cliente solo tenía derecho a desistir del contrato si la otra parte conocía o debía conocer la falsedad de la información y su idoneidad para inducir a error, o si asumió la publicidad con esa información mediante actos propios. De esta forma, el legislador alemán dotaba a las prácticas desleales de consecuencias negociales, reconociendo un derecho de desistimiento a quien contratara afectado por este tipo de prácticas. Se trataba de una medida que no hacía distinciones en función del tipo de contratante afectado, resultando de aplicación tanto en las relaciones entre empresarios como entre éstos y los consumidores. Sin embargo, este remedio negocial no se reconocía con carácter general frente a cualquier tipo de práctica desleal, sino que quedaba restringido a los supuestos de publicidad engañosa con dolo sancionadas como un ilícito penal (§ 4 UWG)³⁷.

El propio § 13a UWG, en su apartado segundo, se refería a la forma y momento en que había de ejercitarse este derecho de desistimiento. Y, a este respecto, señalaba que el desistimiento debía ser comunicado a la otra parte del contrato inmediatamente después de que el cliente hubiera tenido conocimiento de las circunstancias que justificaban su derecho de desistimiento, decayendo si no se comunicaba dentro de los seis meses posteriores a la celebración del contrato.

Junto a ello, el precepto bajo consideración establecía que, en caso de que la publicidad proviniera de un tercero, éste habría de resarcir al otro contratante tan solo los daños y perjuicios derivados del desistimiento del cliente, a menos que dicho contratante conociera de la infracción.

22. Este precepto, empero, fue suprimido con la promulgación de la UWG de 2004³⁸. Entre los motivos que determinaron su derogación, el correspondiente Proyecto de Ley señalaba su escasa incidencia práctica, lo que era consecuencia de las múltiples lagunas e imperfecciones técnicas que fueron puestas de relieve por la doctrina³⁹.

23. Ahora bien, no puede negarse que la adopción de un remedio negocial de este tipo supuso un importante hito en el Derecho represor de la competencia desleal, pues vino a poner el foco sobre uno de los problemas más acuciantes de este sector del ordenamiento jurídico: su relación con el Derecho de obligaciones y contratos. Y, en particular, en la influencia que las prácticas desleales tienen en la formación de la voluntad negocial de los sujetos afectados. Además, es de destacar que el remedio negocial utilizado fuera el instrumento jurídico que, posteriormente, ha sido acogido sectorialmente por la normativa comunitaria en aquellos ámbitos donde con mayor frecuencia afloran este tipo de prácticas⁴⁰.

24. A pesar de ello, no puede dejar de señalarse que la articulación de una medida negocial de este tipo como mecanismo de protección del contratante afectado por una práctica desleal puede

³⁵ Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, *Reichsgesetzblatt*, de 7 de junio de 1909, pp. 499 y ss.

³⁶ Como se sabe, el derecho de desistimiento es un remedio utilizado por el legislador en el ámbito de la contratación de consumo (contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, a distancia, etc.); sobre él, recientemente, en el terreno de la contratación de contenidos digitales: L.M. MIRANDA SERRANO, “El derecho de desistimiento en los contratos de consumo sobre contenidos digitales”, *La Ley Mercantil*, núm. 76 2021, pp. 1 y ss.

³⁷ J. W. GERLACH, “La protección de los consumidores en el Derecho alemán”, en J. I. FONT GALÁN y F. LÓPEZ MENUÑO (Coords.), *Curso sobre el Nuevo Derecho del Consumidor*, Madrid, Instituto Nacional de Consumo, 1990, p. 247.

³⁸ Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, *Bundesgesetzblatt*, de 3 de julio de 2004, pp. 1414 y ss.

³⁹ L. M. MIRANDA SERRANO y J. PAGADOR LÓPEZ, “La necesidad...”, cit., p. 10.

⁴⁰ *V.* al respecto las consideraciones que recientemente realiza L.M. MIRANDA SERRANO, “El derecho...”, cit., pp. 1 y ss.

generar algunos problemas que entorpecen su efectividad. Esencialmente, el derivado del hecho de que la regulación de este derecho de desistimiento se aleja de la configuración típica que ha adquirido el derecho de desistimiento en la normativa de consumo. Y es que en estos casos no puede hablarse de un derecho de desistimiento *ad nutum*, sino de un derecho de desistimiento condicionado a la constatación de una práctica comercial desleal. Cuestión que, en nuestro ordenamiento, debe ser declarada por un órgano jurisdiccional tras el ejercicio de las acciones correspondientes. De modo que un derecho de desistimiento así articulado quedaría condicionado a una previa resolución judicial que declarara la deslealtad de la práctica, lo que supondría postergar su ejercicio hasta el momento en que dicha resolución adquiriese firmeza.

Además, una solución como la que aquí se expone podría suscitar diversos problemas de índole práctica. De un lado, el derivado de la temporalidad del derecho de desistimiento. Y es que este derecho siempre ha estado caracterizado como un derecho temporal. Pero su condicionamiento a una previa resolución judicial supone ampliar en exceso ese plazo de ejercicio que habría de contar desde la firmeza de la resolución, lo que implicaría añadir un elemento de inseguridad a las transacciones económicas⁴¹. Y, de otro lado, y como consecuencia de lo anterior, la problemática que se generaría una vez ejercitado el derecho de desistimiento tras ese plazo tan amplio cuando las partes hubieran de restituirse recíprocamente lo que hubiesen percibido en virtud de un contrato celebrado con tanta antelación. A ello debemos sumar el dato de que la nota de la gratuidad, que es consustancial al derecho de desistimiento, quedaría fuertemente diluida como consecuencia de la necesidad de interponer la demanda en la que se ejerciten las acciones por competencia desleal.

2. La anulabilidad del contrato

25. En un momento temporal más cercano, algunos Estados miembros, haciendo uso de la libertad que les confiere el art. 3.2 DPCD para determinar la incidencia de las prácticas comerciales desleales en la validez, formación o efectos del contrato, han optado por disponer la anulabilidad del contrato que traiga causa de una práctica comercial desleal con los consumidores. Tal es el caso de los ordenamientos de Polonia, Luxemburgo, Países Bajos y Portugal.

A) Polonia

26. Pese a las numerosas dudas que inicialmente se plantearon en relación con el reconocimiento de remedios negociales individuales a favor de los consumidores afectados por prácticas desleales, finalmente, la Ley de prácticas comerciales desleales polaca⁴² se decantó por anular consecuencias negociales a dichas prácticas. En este sentido, su art. 12 dispone que el consumidor cuyos intereses hayan sido perjudicados por prácticas comerciales desleales puede exigir la cesación de dichas prácticas, la remoción de sus efectos, la publicación de la sentencia y de declaraciones rectificadoras, el resarcimiento de los daños y perjuicios, así como una declaración de invalidez del contrato. Ahora bien, tanto la acción de resarcimiento de daños y perjuicios como la de declaración de invalidez del contrato precisan

⁴¹ Lo que ha querido evitarse en todo momento por la UE como lo muestra, a las claras, el dato de que cuando el empresario no informa al consumidor del derecho de desistimiento, en lugar de quedar expedita la vía para desistir por parte del consumidor, se ha optado por ampliar el plazo de ejercicio de 14 días naturales a 12 meses. En efecto, esta es la opción seguida por la Directiva 83/2011 sobre los derechos de los consumidores, que ha merecido la crítica de la doctrina: L.M. MIRANDA SERRANO, “La Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores: una nueva regulación para Europa de los contratos celebrados a distancia y extramuros de los establecimientos mercantiles”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 11, 2012, pp. 77 y ss.; ÍDEM, “El interés público del deber de informar al consumidor del desistimiento negocial, en AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor José María Muñoz Planas*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 475 y ss.

⁴² Ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, *Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej*, núm. 171, de 20 de septiembre 2007.

de una prueba más estricta, que exige al consumidor acreditar no sólo la concurrencia de dolo o culpa, sino también la existencia de un daño real y efectivo⁴³.

27. En rigor, el apartado 4 del art. 12.1 de la Ley de prácticas comerciales desleales contempla un supuesto de anulabilidad, toda vez que anuda un efecto jurídico constitutivo a la sentencia del tribunal que se pronuncie sobre el asunto. El legislador especifica en el inciso final del artículo 12.1.4 que la anulación del contrato debe ir acompañada automáticamente de la obligación de devolver las cosas que hubiesen sido objeto del contrato con sus rendimientos y el precio con sus intereses⁴⁴. Asimismo, el ordenamiento jurídico polaco deja abierta la posibilidad de recurrir al resto de remedios disponibles tanto en el Código Civil como en las demás leyes destinadas a la tutela de los consumidores. De modo que no se le puede negar la facultad de instar la anulación del contrato sobre la base del régimen de los vicios del consentimiento⁴⁵.

28. Ciertamente, la solución adoptada por el ordenamiento polaco supone una mejora del régimen de protección de los consumidores respecto del previsto en la DPCD, toda vez que atribuye a los consumidores remedios negociales específicos encaminados a eliminar los efectos contractuales derivados de prácticas comerciales desleales. Sin embargo, la doctrina polaca ha puesto de manifiesto que la indefinición de los contornos de la Ley de prácticas comerciales desleales y del Derecho de contratos, unida a las dificultades sustantivas y adjetivas que plantea el ejercicio de estas acciones, han conducido a una escasa aplicación práctica de este remedio⁴⁶.

B) Luxemburgo

29. El legislador luxemburgués también ha anudado consecuencias negociales específicas a las prácticas comerciales desleales con los consumidores. En este sentido, el art. 122-8 del Código de Consumo⁴⁷ dispone en su apartado segundo que “(c)ualquier cláusula o combinación de cláusulas de un contrato, concluido en violación de este título, se considera nula y no escrita. Sin embargo, esta nulidad solo puede ser invocada por el consumidor”⁴⁸. Este último inciso ha llevado a un sector de la doctrina a calificar la nulidad postulada por este precepto como nulidad relativa, toda vez que sólo puede ser instada por el consumidor afectado por la práctica comercial desleal⁴⁹.

30. Asimismo, el art. 122-8 del *Code de la consommation* anuda en su apartado tercero otro remedio comercial específico a ciertas prácticas comerciales desleales con los consumidores. En concreto, establece que “(e)l comerciante que cree, mediante el contenido o la presentación de sus comunicaciones comerciales, la impresión de que el consumidor ha ganado un premio, debe entregar este premio al consumidor”⁵⁰. De esta forma, trata de ponerse coto a aquellas prácticas encaminadas a atraer a la

⁴³ R. SIKORSKI, “Implementation of the Unfair Commercial Practices Directive in Polish Law”, *Medien und Recht-International Edition*, núm. 2, 2009, pp. 54 y 55.

⁴⁴ I. B. NESTORUK, “Poland: The Impact of the UCP Directive on National Contract and Tort Law”, *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 5, 2015, p. 201.

⁴⁵ R. SIKORSKI, “Implementation of...”, cit., p. 55.

⁴⁶ M. NAMYSLOWSKA, “To B2C or Not to B2C. Some reflections on the Regulation of Unfair Commercial Practices from a Polish Perspective”, *Journal of Consumer Policy*, núm. 36, 2013, p. 337.

⁴⁷ Loi du 8 avril 2011 portant introduction d’un Code de la consommation, *Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg*, núm. 69, de 12 de abril de 2011.

⁴⁸ La traducción es nuestra.

⁴⁹ P. ANCEL y E. POILLOT, “La vulnérabilité économique”, *Annales du droit luxembourgeois*, vol. 27-28, 2017-2018, p. 280. Otros autores, en cambio, entienden que se trata de una nulidad de pleno derecho (Cfr. M. DUROVIC, “The Subtle...”, cit., p. 744; y D. M. MATERA, “Prácticas comerciales desleales, acciones individuales y armonización plena”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 61, 2019, p. 110).

⁵⁰ La traducción es nuestra. Este apartado fue introducido por la Loi du 25 avril 2018 portant modification du Code de la consommation en ce qui concerne les voyages à forfait et les prestations de voyages liées, et modifiant la loi modifiée du 2 septembre 2011 réglementant l’accès aux professions d’artisan, de commerçant, d’industriel ainsi qu’à certaines professions libérales, *Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg*, núm. 308, de 25 de abril de 2018.

clientela mediante promesas falsas sobre la obtención de premios. Se arbitra así una solución cercana al principio de la integración publicitaria del contrato que trata de responder a las expectativas legítimas generadas en el consumidor por las declaraciones públicas propaladas por los empresarios.

31. Ahora bien, pese a los esfuerzos del legislador, la inseguridad generada por la evaluación detallada que exige el enjuiciamiento de este tipo de prácticas, así como el escaso número de litigios planteados, han llevado a la doctrina luxemburguesa a poner en entredicho la efectividad de este régimen de remedios negociales⁵¹.

C) Países Bajos

32. Igualmente, el ordenamiento jurídico de Países Bajos opta por el régimen de la anulabilidad del contrato cuando éste trae causa de una práctica comercial desleal con los consumidores. A tal efecto, el art. 6:193.j del Código civil⁵² establece en su apartado 3 que el contrato celebrado como resultado de una práctica comercial desleal es anulable.

La instauración de este remedio contractual se justificó, de un lado, en el incremento del nivel de protección que supone para los consumidores frente a la normativa precedente. En particular, como medio para garantizar el cumplimiento de los deberes de información a cargo de los empresarios. Y, de otro, en el entendimiento de que se trata de un remedio más apropiado para tutelar los intereses de los consumidores, puesto que les permite volver a la situación en la que se encontraban antes de la realización de la práctica comercial desleal.

33. Aunque este precepto se introdujo hace relativamente poco tiempo, hay indicios de que el remedio ha sido bien recibido en la práctica. La jurisprudencia es escasa, como suele ser habitual en sede de competencia desleal, pero ya existen varios casos en los que ha sido aplicado⁵³.

D) Portugal

34. Otro de los Estados miembros que ha previsto remedios negociales encaminados a tutelar los intereses económicos de los consumidores que contraten afectados por prácticas comerciales desleales ha sido Portugal. En el ordenamiento jurídico portugués, la realización de prácticas comerciales desleales con los consumidores desencadena la aplicación de sanciones jurídico-públicas y jurídico-privadas. En el plano jurídico privado, que es el que aquí interesa, la Ley portuguesa de prácticas comerciales desleales establece distintos remedios civiles⁵⁴. En particular, el consumidor puede reclamar la cesación y/o la prohibición de la práctica (art. 16), la anulación del contrato celebrado bajo la influencia de dicha práctica (art. 14.1), la modificación del contrato “según juicios de equidad” (art. 14.2) y, en caso de que la invalidez afecte únicamente a una o más cláusulas del contrato, el consumidor puede optar por mantener el contrato reducido a su contenido válido (art. 14.3). Además, el consumidor tiene la posibilidad de instar la acción de resarcimiento de daños y perjuicios (art. 15)⁵⁵.

⁵¹ P. ANCEL y E. POILLON, “La vulnérabilité...”, cit., p. 281.

⁵² Burgerlijk Wetboek Boek 6, Verbintenissenrecht, *Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden*, núm. 600, de 18 de diciembre de 1991. El precepto en cuestión fue introducido por la Implementatiewet richtlijn consumentenrechten van 12 maart 2014, *Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden*, núm. 140, de 12 de marzo de 2014.

⁵³ Más ampliamente, V. MAK, “Unfair Commercial Practices and Dutch Private Law”, *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 6, 2015, p. 249.

⁵⁴ Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de marzo, *Diário da República*, núm. 60/2008, de 26 de marzo de 2008. El régimen actual de sanciones civiles frente a las prácticas comerciales desleales es fruto de la modificación llevada a cabo por el Decreto-Lei n.º 205/2015, de 23 de setiembre, *Diário da República*, núm. 186/2015, de 23 de setiembre de 2015.

⁵⁵ A. DE SOVERAL MARTINS, “La transposición de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales (Directiva 2005/29/CE) en Portugal por el Decreto-Ley núm. 57/2008, de 26 de marzo”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 6, 2010, p. 168 y ss.

35. El art. 14.1 de la Ley portuguesa de prácticas comerciales desleales establece que el contrato celebrado bajo la influencia de cualquier práctica comercial desleal es anulable a instancia del consumidor, de conformidad con el art. 287 del Código civil portugués. El precepto bajo consideración no especifica los plazos para el ejercicio de la acción ni sus efectos. De modo que resulta de aplicación el régimen legal común establecido en los arts. 287 y ss. del Código civil, que establece el plazo de un año desde el cese de la práctica (art. 287.1). Ahora bien, si el contrato aún no se ha ejecutado, la anulabilidad puede ser invocada sin sujetarse a ningún plazo, tanto por vía de acción como de excepción (art. 287.2)⁵⁶. Consecuentemente, los consumidores pueden decidir libremente si mantener el contrato (y la posterior producción de sus efectos legales) o instar su anulación.

36. El apartado 2 del artículo 14 otorga al consumidor el derecho a solicitar una modificación del contrato en función de consideraciones de equidad como solución alternativa a la anulación. Esta solución brinda al consumidor una amplia protección, toda vez que no se ve en la tesitura de elegir entre, por un lado, la vigencia de un contrato cuyo contenido fue determinado como consecuencia de prácticas comerciales desleales y, por otro, la ineficacia del contrato (si se produce su anulación). Resulta, por tanto, que el consumidor puede exigir la reconstrucción del contrato, dotándolo de contenidos diferentes a los efectivamente pactados a la luz de un juicio de equidad⁵⁷.

Esta solución no está incluida en la DPCD y no se corresponde bien con la naturaleza de las prácticas comerciales desleales, ya que estas prácticas no se caracterizan precisamente por generar un desequilibrio contractual que deba corregirse de manera equitativa. Se trata, en cambio, de prácticas que conducen a la conclusión de contratos basados en acciones u omisiones engañosas o prácticas agresivas. De ahí que la modificación del contrato difícilmente sea un remedio adecuado en caso de vulneración de los derechos del consumidor⁵⁸.

37. Por último, el art. 14.3 de la Ley portuguesa de prácticas comerciales desleales establece que, cuando la nulidad afecta sólo a una o más cláusulas del contrato, el consumidor puede optar por mantener dicho contrato, aunque reducido a su contenido válido.

Este enfoque, empero, es diferente al recogido en el Código civil portugués, donde la reducción del contrato en caso de nulidad parcial no se produce en los casos en que se demuestre que dicho negocio jurídico no se habría concluido sin la parte nula. En consecuencia, si el contrato ha sido celebrado a raíz de una práctica comercial desleal, el consumidor puede decidir mantener el contrato en forma reducida, incluso si la empresa puede demostrar que, sin la parte nula, el contrato no se habría celebrado. Esto crea una injerencia en el principio de autonomía de las partes (ya que se mantendrá un contrato cuyo contenido está integrado por cláusulas efectivamente no deseadas por una de las partes y a las que el consumidor no hubiera prestado su consentimiento), que se justifica en la necesidad de proteger al consumidor y sancionar el negocio fundado en una violación de la prohibición de realización de prácticas comerciales desleales⁵⁹.

3. La nulidad del contrato: la solución francesa

38. El legislador francés ha optado, en cambio, por establecer la nulidad de los contratos celebrados a raíz de prácticas comerciales desleales como remedio negocial específico para combatir los efectos producidos por dichas prácticas. Así, el art. L132-10 del Código de consumo francés establece que el contrato concluido a raíz de una práctica comercial agresiva de las recogidas en los artículos L.

⁵⁶ S. PASSINHAS, “Práticas comerciais desleais no sector das telecomunicações”, en A. PINTO MONTEIRO (Dir.), *Actas del Colóquio práticas comerciais desleais*, Coimbra, Centro de Direito do Consumo, 2017, p. 182.

⁵⁷ P. MAIA, “Portugal: The Implementation of Directive 2005/29/EU from the Perspective of Portuguese Private Law”, *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 5, 2015, pp. 206 y 207.

⁵⁸ L. M. MENEZES LEITÃO, “As práticas comerciais desleais nas relações de consumo”, *Revista da Ordem dos Advogados*, núm. 2, 2011, p. 444.

⁵⁹ P. MAIA, “Portugal: The...”, cit., p. 207.

121-6 y L. 121-7 es nulo y no produce efectos⁶⁰. Se trata, por tanto, de una nulidad de pleno derecho, que será declarada tras el reconocimiento, por parte del tribunal penal, de la existencia de la infracción (independientemente de la cuantía de la pena)⁶¹. De esta forma, el consumidor afectado por la práctica agresiva no tendrá que acudir a la jurisdicción civil para solicitar la nulidad del contrato que hubiera podido celebrarse como consecuencia de ella. No obstante, si el empresario actúa de mala fe, el juzgado civil podría pronunciarse sobre la nulidad del contrato⁶².

39. Ahora bien, si el artículo L. 132-10 del Código de consumo establece claramente la nulidad del contrato celebrado como consecuencia de una práctica agresiva, los artículos L. 132-1 y siguientes no se pronuncian sobre el destino del contrato celebrado como resultado de una práctica comercial engañosa. Es por ello que el consumidor que contrate influenciado por una práctica comercial engañosa sólo puede instar la anulabilidad del contrato con apoyo en el régimen de los vicios del consentimiento. Y, en este sentido, se ha sostenido que, pese a que es tentador establecer el principio según el cual la mera declaración de deslealtad de una práctica comercial engañosa sería suficiente para afirmar la concurrencia de un vicio del consentimiento, el consumidor debe acreditar de manera independiente la existencia de dicho vicio, no bastando, por tanto, con la mera declaración de la deslealtad por parte del tribunal⁶³.

40. A nuestro juicio, empero, no existe una razón lógica que obligue a discriminar entre prácticas engañosas y agresivas a los efectos de anularles unas consecuencias negociales específicas. Pero, es más, somos de la opinión de que la nulidad de pleno derecho del contrato que traiga causa de una práctica comercial desleal no es un remedio adecuado dadas sus particulares características estructurales y procesales. De un lado, porque la nulidad del contrato no satisface, con carácter general, los intereses del consumidor afectado por dichas prácticas. Y, de otro, porque el régimen de la nulidad de pleno derecho puede conducir a situaciones problemáticas. En primer lugar, el hecho de que la nulidad de pleno derecho pueda ser aplicada de oficio por los tribunales puede dar lugar a conflictos innecesarios. En segundo lugar, la amplia legitimación activa para el ejercicio de la acción de nulidad puede acarrear que sea el propio empresario quien solicite la nulidad del contrato en contra de los intereses del consumidor, que no podría aprovechar los beneficios del negocio que le resultara favorable. Y, en tercer lugar, la imprescriptibilidad de la acción genera una palpable situación de inseguridad jurídica.

4. El reembolso del preciso sin devolución del bien: la solución belga

41. En el ordenamiento jurídico belga también se atribuyen consecuencias contractuales a las prácticas comerciales desleales con consumidores. Sin embargo, se aparta de los remedios negociales adoptados en otros Estados miembros y, en su lugar, arbitra una acción *sui generis* que se encuentra recogida en el art. VI.38 del *Code de droit économique*⁶⁴. Esta solución consiste en facultar al consumidor

⁶⁰ LOI no 93-949 du 26 juillet 1993 relative au code de la consommation (partie Législative), *Journal Officiel de la République française*, núm. 171, de 27 de julio de 1993. El precepto en cuestión fue introducido por la Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation, *Journal Officiel de la République française*, núm. 64, de 27 de julio de 1993.

⁶¹ En esta dirección, la Sentencia de la *Cour d'appel* de Douai 13/02453, de 3 de julio de 2014 (JurisData núm. 2014-017675) declara nulo el contrato de crédito al consumo que es suscrito como consecuencia de una práctica comercial agresiva consistente en el hecho de acudir catorce veces, en menos de dos meses, al domicilio de un enfermo para que firme contratos de cualquier tipo.

⁶² G. RAYMOND, "Pratiques commerciales déloyales et agressives", *JurisClasseur Commercial*, Fasc. 919, 2018. En este sentido, la Sentencia de la *Cour d'appel* de Riom 14/02767, de 15 de febrero de 2016 (JurisData núm. 2016-003148) declara que el contrato suscrito con una empresa para la instalación de una cocina con muebles y electrodomésticos debe ser declarado nulo desde que se comprueban maniobras fraudulentas en el ejercicio de una práctica comercial deshonesto y engañosa, que van mucho más allá de las simples prácticas comerciales agresivas.

⁶³ N. ERÉSÉO, "Pratiques commerciales trompeuses", *JurisClasseur Communication*, Fasc. 3480, 2019.

⁶⁴ Loi portant insertion du titre VI «Pratiques du marché et protection du consommateur» dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre VI, et des dispositions d'application de la loi propres au livre VI, dans les

para reclamar el reembolso del precio pagado o rechazar el pago del precio sin obligación de devolver los bienes adquiridos o compensar los servicios prestados cuando el contrato en cuestión haya sido concluido como consecuencia de una práctica engañosa o agresiva.

42. Ahora bien, el precepto bajo consideración se refiere a siete prácticas desleales específicas cuya realización desencadena la aplicación automática del remedio⁶⁵. No está claro por qué el legislador belga ha limitado la aplicación automática de este remedio a estas siete prohibiciones específicas. Los trabajos preparatorios señalaban que este remedio quedaba limitado a las prácticas comerciales más perjudiciales para los consumidores. Pero no se explica por qué estas siete prácticas comerciales se consideran las más engañosas o agresivas⁶⁶.

Cuando el empresario lleve a cabo alguna de estas prácticas, el consumidor no tiene que acudir a los tribunales, bastando con reclamar el precio al empresario sin necesidad de proceder a la devolución de los bienes. Y, si el empresario se niega a la devolución del precio, el consumidor cuenta con la facultad de acudir a los tribunales para reclamar sus derechos. El problema surge a la hora de demostrar que el empresario ha llevado a cabo alguna de estas prácticas, ya que su prueba corresponde al consumidor.

De acuerdo con el precepto bajo consideración, el consumidor debe solicitar el reembolso a la empresa en un plazo razonable, a partir del momento en que tuviera o debiera tener conocimiento de la práctica comercial desleal. Sin embargo, no está claro cuándo un período de tiempo debe considerarse “razonable” y en qué circunstancias un consumidor debe ser consciente del hecho de que una determinada práctica comercial es desleal.

En caso de que aún no se haya realizado el pago, el consumidor puede simplemente negarse a pagar. Y si, posteriormente, la empresa demanda al consumidor con el fin de obtener el pago, el consumidor podrá invocar como defensa el referido art. VI.38. Pero, si la empresa aún no ha entregado los bienes o ha proporcionado los servicios, parece que el consumidor no podrá reclamar la entrega del bien o la prestación del servicio sin proceder al pago.

43. En los supuestos de prácticas comerciales desleales no mencionadas en el precepto, el tribunal puede aplicar este remedio, pero no está obligado a hacerlo. Además, el tribunal tiene la posibilidad de estimar sólo su aplicación parcial, por ejemplo, permitiendo que el consumidor se quede con el bien adquirido o el servicio prestado si este paga la mitad del precio, o decidiendo que el consumidor no abone el precio, pero devuelva el bien.

Un importante problema aplicativo viene dado por el hecho de que la referida norma no contiene una lista de criterios o circunstancias que el tribunal pueda tener en cuenta a la hora de decidir si aplica o no este remedio. Podría suponerse que el tribunal tomará en consideración la gravedad de la infracción,

Livres Ier et XV du Code de droit économique, *Moniteur Belge*, núm. 397, de 30 de diciembre de 2013, p. 103505 y ss. Esta norma fue introducida en el ordenamiento belga por el art. 41 de la Loi 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur (*Moniteur Belge*, núm. 108, de 12 de abril de 2010, p. 20799 y ss.) y pasa sin ningún cambio a conformar el art. VI.38 del *Code de droit économique*. Un análisis del art. 41 de la Loi 6 avril 2010 y de su eficacia puede encontrarse en R. STEENNOT, “The Belgian civil remedy in case of an unfair commercial practice towards a consumer: an effective, proportionate and dissuasive sanction?”, *Business and Economics Series*, núm. 2, 2012, pp. 17 y ss.

⁶⁵ Estas son: 1ª) 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; 2ª) alegar que los bienes o servicios pueden facilitar la obtención de premios en juegos de azar; 3ª) proclamar, falsamente, que un bien o servicio puede curar enfermedades, disfunciones o malformaciones; 4ª) hacer creer al consumidor o usuario que no puede abandonar el establecimiento del empresario o profesional o el local en el que se realice la práctica comercial, hasta haber contratado; 5ª) 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; 6ª) crear la impresión falsa de que el consumidor o usuario ya ha ganado, ganará o conseguirá un premio o cualquier otra ventaja equivalente si realiza un acto determinado, cuando en realidad no existe tal premio o ventaja equivalente, o la realización del acto relacionado con la obtención del premio o ventaja equivalente está sujeto a la obligación, por parte del consumidor o usuario, de efectuar un pago o incurrir en un gasto; y 7ª) exigir el pago inmediato o diferido, o la devolución o custodia de los productos suministrados por la empresa, pero no solicitados por el consumidor.

⁶⁶ R. STEENNOT, “Belgium: Private Law Remedies for Breach of the Prohibition of Unfair Commercial Practices”, *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 5, 2015, p. 189

la medida en que el comportamiento económico del consumidor haya sido influenciado por la práctica comercial desleal, las consecuencias económicas de la infracción para el consumidor y la proporcionalidad del remedio en relación con la infracción y los daños sufridos por el consumidor. También cabe esperar que el tribunal sea menos estricto cuando el empresario conculque una de las prohibiciones establecidas en las disposiciones generales reguladoras de las prácticas engañosas o agresivas que cuando infrinja una prohibición incluida en la lista negra⁶⁷.

44. En cuanto a sus presupuestos aplicativos, el art. VI.38 requiere que el consumidor haya celebrado un acuerdo a raíz de una práctica comercial desleal. La única excepción a este respecto sería el supuesto de envíos o suministros no solicitados, ya que, en estos casos, por definición, no existe contrato.

De acuerdo con un sector de la doctrina, sería necesario acreditar que el consumidor no habría celebrado el contrato si no se hubiera producido la práctica comercial desleal, bajo el argumento de que este remedio sólo puede ser invocado si la práctica comercial desleal puede calificarse simultáneamente como un vicio del consentimiento. Sin embargo, la propia operativa del precepto se opone a esta conclusión, toda vez que muchas de las prácticas incluidas en la lista negra no han de conducir *per se* a la existencia de un vicio del consentimiento. Será, por tanto, suficiente con que se acredite que el consumidor no habría celebrado el contrato en los mismos términos si no hubiera existido la práctica desleal⁶⁸.

45. Pese a que este remedio aparece, en principio, como un instrumento ciertamente interesante para los consumidores individuales que celebran contratos influenciados por prácticas comerciales desleales, su efectividad queda en entredicho. Fundamentalmente, porque los criterios de aplicación son poco claros, sobre todo, en lo que atañe a los supuestos no incluidos en la lista negra de prácticas comerciales engañosas y agresivas. En concreto, no queda claro, si los tribunales exigirán que el consumidor demuestre efectivamente que no habría celebrado el contrato sin la práctica comercial desleal y que existe un vínculo de causalidad entre su conclusión y la práctica comercial desleal. La posibilidad de que se requiera dicha prueba podría disuadir a los consumidores de recurrir a este recurso, ya que estos últimos tendrían que asumir los costes del procedimiento y deberían compensar los costes procesales del empresario si no pueden convencer al tribunal de la aplicación del remedio⁶⁹.

5. La rescisión del contrato o la rebaja del precio: la solución inglesa

46. La incorporación de la DPCD no supuso la introducción en el ordenamiento jurídico inglés de remedios negociales específicos a disposición de los consumidores que contrataran afectados por prácticas comerciales desleales⁷⁰. Sin embargo, la inaccesibilidad de las normas aplicables, que revestían una alta complejidad para los consumidores, condujo en 2014 a la modificación de dicho ordenamiento⁷¹. Con carácter previo a dicha reforma legislativa, el consumidor que contrataba afectado por prácticas comerciales desleales únicamente tenía a su disposición las acciones por *misrepresentation*, *duress*, *undue influence* y *harassment*, cuya complejidad técnica las convertía en un remedio poco operativo para los consumidores⁷².

De esta forma, el legislador inglés, haciendo uso de su libertad para determinar la incidencia de las prácticas comerciales desleales en la validez, formación o efectos del contrato (*ex art. 32.2 DPCD*), insertó una nueva parte 4A en la regulación de las prácticas comerciales desleales con los consumidores. Esta nueva regulación establece una serie de remedios negociales para los consumidores que contraten bajo la influencia de una práctica comercial desleal que se traducen en el derecho a rescindir el contrato

⁶⁷ R. STEENNOT, "Belgium: Private...", cit., pp. 189 y 190.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 190.

⁶⁹ R. STEENNOT, "Belgium: Private...", cit., pp. 191 y 192; y M. DUROVIC, "The Subtle...", cit., p. 744.

⁷⁰ The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008, *UK Statutory Instruments*, 2008 No. 1277.

⁷¹ The Consumer Protection (Amendment) Regulations 2014, *UK Statutory Instruments*, 2014 No. 870.

⁷² P. SHEARS, "The Consumer Protection Regulations in the UK: The Story So Far", *European Business Law Review*, núm. 27, 2016, pp. 186 y 187.

(*right to unwind*) o a solicitar una reducción del precio (*right to a discount*) y, en todo caso, a instar la reclamación de los daños y perjuicios ocasionados. Ahora bien, estos remedios negociales sólo están disponibles cuando el consumidor haya contratado afectado por prácticas engañosas o agresivas, pero no en los casos de omisiones engañosas. Este extremo ha sido criticado por la doctrina, que tampoco entiende que estos remedios no resulten de aplicación en los supuestos contemplados en la lista negra de prácticas comerciales desleales *per se*⁷³.

47. El art. 27A recoge los presupuestos necesarios para la activación de los remedios de la Parte 4A. Como primer presupuesto se precisa de la existencia de una transacción particular que involucre a un consumidor. Las transacciones pertinentes se establecen en su apartado segundo que las concreta en las siguientes: que el consumidor celebre un contrato con un comerciante para la venta o suministro de un producto, que el consumidor celebre un contrato para la venta de bienes al comerciante, o que el consumidor realice un pago a un comerciante por el suministro de un producto. En segundo lugar, se exige que el comerciante lleve a cabo una práctica comercial desleal prohibida (es decir, una acción engañosa o una práctica agresiva). Y, en tercer lugar, se requiere la acreditación de que la práctica en cuestión constituye un factor significativo en orden a la celebración del contrato o la realización del pago por parte del consumidor.

48. La regulación de la rescisión del contrato se contiene en los arts. 27E-H. En virtud del apartado 1 del art. 27E, la rescisión procede si el consumidor indica al comerciante que rechaza el producto, y lo hace dentro de un período de 90 días desde la celebración del contrato o la entrega de los bienes y en un momento en que el producto puede ser rechazado. A tal efecto, el apartado 8 del art. 27E establece que un producto puede ser rechazado solo en los siguientes casos: cuando los bienes no se han consumido por completo, el servicio no se ha prestado completamente, el contenido digital no se ha consumido totalmente, el arrendamiento no ha expirado, o el derecho no se ha ejercido plenamente. La rescisión da lugar a la extinción del contrato, con el consiguiente reembolso del precio por parte del comerciante y la devolución de los bienes a cargo del consumidor⁷⁴.

49. La solución de la rebaja del precio está contemplada en el art. 27I. En su apartado 1, se establece que el consumidor tiene derecho a un descuento con independencia de que haya hecho uno o más pagos al comerciante y siempre que no haya ejercido el derecho a rescindir el contrato. Si el consumidor ha pagado todo o parte del precio, tiene derecho a recibir el porcentaje de reducción del precio. En caso contrario, tendrá derecho a la rebaja del precio en la proporción correspondiente.

Con el fin de facilitar la determinación del importe de la rebaja del precio, el art. 27I fija una escala. Conforme a ella, en el caso de productos con un valor máximo de £5.000 el descuento es del 25% cuando se trate de prácticas “menores”, del 50% por prácticas “significativas”, del 75% por las consideradas como “serias”, y del 100% del precio en los supuestos calificados como “muy serios”. De acuerdo con el apartado 5 del art. 27I, la gravedad de la práctica prohibida habrá de evaluarse tomando en consideración el comportamiento del sujeto agente, el impacto de la práctica en el consumidor y el tiempo transcurrido desde la realización de la práctica prohibida. En el caso de que el valor de los productos fuera superior a £5.000, el importe de la rebaja vendrá determinado por la diferencia entre el precio pagado y el valor de mercado.

50. Además, el art. 27J establece que el consumidor tiene derecho a una indemnización cuando haya sufrido un perjuicio económico en el que no habría incurrido de no existir la práctica prohibida o cuando haya sufrido molestias psíquicas o físicas como consecuencia de ella. Ahora bien, el precepto bajo consideración dispone que el consumidor no tiene derecho a la indemnización si el comerciante prueba que la realización de la práctica prohibida se debió a un error, a la confianza en la información

⁷³ *Ibidem*, p. 187.

⁷⁴ J. DEVENNEY, “Private Redress Mechanisms in England and Wales for Unfair Commercial Practices”, *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 2, 2016, pp. 101 y ss.

proporcionada al comerciante por un tercero, al acto o incumplimiento de una persona distinta del comerciante, a un accidente, o a otra causa fuera del control del comerciante; y, además, acredita que tomó todas las precauciones razonables y ejerció toda la diligencia debida para evitar la realización de la práctica prohibida.

51. A pesar de que este régimen se introdujo para facilitar el ejercicio de remedios negociales individuales por parte de los consumidores, son varios los motivos que ponen de manifiesto su limitada eficacia. De un lado, el ejercicio de estos derechos exige al consumidor la prueba de una serie de extremos de difícil acreditación, sobre todo, en lo que se refiere al hecho de que la práctica comercial desleal constituya un factor significativo a la hora de adoptar su decisión sobre la celebración del contrato. De otro lado, la articulación de un plazo relativamente breve para instar la rescisión del contrato —computado desde su celebración—, la vaguedad con la que se define la gravedad de la práctica desleal a los efectos de la solicitud de la rebaja del precio, y, por último, la limitación de los daños resarcibles, son extremos que no favorecen la aplicación de estos remedios negociales a los casos concretos⁷⁵.

V. La incorporación de medidas correctoras individuales frente a las prácticas comerciales desleales en la Directiva (UE) 2019/2161

52. Como acabamos de comprobar, las distintas legislaciones nacionales abordan el problema relativo a las consecuencias negociales de las prácticas comerciales desleales con los consumidores de diferente forma, en consonancia con sus diversas y plurales tradiciones jurídicas. Nos encontramos así ante un sistema altamente fragmentado que corre el riesgo de comprometer la efectividad de la protección de los consumidores y de no promover el desarrollo del mercado único en contra de las finalidades expresamente manifestadas por la DPCD⁷⁶.

Frente a esta situación, no es de extrañar que la doctrina haya venido demandando un mayor grado de armonización de las legislaciones nacionales en materia de remedios privados contra las prácticas desleales con los consumidores⁷⁷. Finalmente, estas demandas han encontrado respuesta a nivel legislativo a través de la Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión. En esta dirección, la Directiva incorpora un nuevo art. 11 bis a la DPCD donde se prevé la necesidad de establecer medidas correctoras individuales a favor de los consumidores que contraten afectados por prácticas comerciales desleales.

1. Los antecedentes legislativos de la Directiva (UE) 2019/2161

53. Durante la primera década de vigencia de la DPCD, las autoridades comunitarias no advirtieron la necesidad de establecer medidas correctoras individuales a favor de los consumidores afectados por prácticas comerciales desleales. En este sentido, la Comunicación de 2013⁷⁸ y el informe adjunto sobre la DPCD⁷⁹ concluyeron que no parecía apropiado modificar la Directiva y que ésta había mejorado

⁷⁵ Z. BEDNARZ, “Acciones individuales frente...”, cit., p. 15.

⁷⁶ D. M. MATERA, “Prácticas comerciales...”, cit., p. 102.

⁷⁷ R. STEENNOT, “Belgium: Private...”, cit., p. 193; V. MAK, “Unfair Commercial...”, cit., p. 250; S. AUGENHOFER, “Unfair Commercial Practices and Austrian Private Law”, *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 2, 2016, p. 99; D. M. MATERA, “Prácticas comerciales ...”, cit., p. 102; y Z. BEDNARZ, “Acciones individuales...”, cit., pp. 3 y ss.

⁷⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva relativa a las prácticas comerciales desleales «*Alcanzar un alto nivel de protección de los consumidores - Generar confianza en el mercado interior*», COM(2013) 0138 final.

⁷⁹ Primer informe sobre la aplicación de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado

considerablemente la protección de los consumidores en los Estados miembros. Se afirmaba así que, al armonizar plenamente las normas nacionales, la Directiva había contribuido a eliminar los obstáculos al comercio transfronterizo y había simplificado el entorno regulador.

El 25 de mayo de 2016, la Comisión publicó un nuevo documento de orientación sobre la aplicación de la DPCD con el fin de mejorar su cumplimiento por parte de las empresas y su aplicación en todos los Estados miembros⁸⁰. En dicho texto no se hacía referencia a las posibilidades de modificación de la DPCD, pero se dejaba constancia de que la infracción de sus disposiciones no generaba consecuencias en el plano negocial⁸¹.

54. Fue poco más tarde cuando las autoridades comunitarias tomaron consciencia de la necesidad de modificar la DPCD con el objetivo de alcanzar un mayor grado de efectividad en la aplicación de sus disposiciones y una consecuente mejora de los derechos de los consumidores. En concreto, en el marco del Programa de Adecuación y Eficacia de la Regulación (REFIT), incardinado en la Política de Mejora Regulatoria (Better Regulation) de la Comisión, se evaluaron seis Directivas horizontales sobre consumo y marketing, entre las que se encontraba la DPCD⁸². El análisis consistió en encuestas a consumidores de toda la UE, entrevistas con organismos nacionales de consumidores (organizaciones, asociaciones empresariales, autoridades, ministerios) y experimentos de comportamiento. Paralelamente, y en relación con esta iniciativa, la Comisión llevó a cabo una evaluación de la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores, conforme a lo exigido en su artículo 30⁸³.

55. La evaluación de estas Directivas dio como resultado la publicación de un informe sobre el control de adecuación de dichas normas comunitarias⁸⁴. En él se analizó su eficacia, eficiencia, coherencia, pertinencia y valor añadido, y se concluyó que las normas sustantivas de la UE en materia de consumo y marketing, con carácter general, son adecuadas para el fin que persiguen. No obstante, los resultados destacaron la importancia de aplicar y hacer cumplir mejor las normas, así como la conveniencia de modernizarlas en consonancia con la evolución del mercado digital.

En lo que atañe a la DPCD, el informe hizo referencia al mosaico de soluciones nacionales relativo a las medidas correctoras individuales destinadas a la protección de los consumidores frente a las prácticas comerciales desleales, destacándose la fragmentación de la regulación y la poca efectividad de algunos de los remedios acogidos en las legislaciones nacionales. En esta dirección, examinó la posibilidad de introducir mecanismos negociales de protección para aquellos consumidores que hubieran sufrido un perjuicio individual como resultado de prácticas desleales.

interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n° 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, COM(2013) 139 final.

⁸⁰ Documento de trabajo de los servicios de la Comisión, *Guía para la implementación/aplicación de la Directiva 2005/2009/CE relativa a las prácticas comerciales desleales*, SWD(2016) 163 final.

⁸¹ P. 22 y 23.

⁸² Junto a ella, se evaluaron la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos, la Directiva 98/6/CE sobre indicación de precios, la Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, la Directiva 2009/22/CE relativa a las acciones de cesación y la Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y comparativa

⁸³ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, COM(2017) 259 final.

⁸⁴ COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, *Report of the Fitness Check on Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council ('Unfair Commercial Practices Directive');* *Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts; Directive 98/6/EC of the European Parliament and of the Council of 16 February 1998 on consumer protection in the indication of the prices of products offered to consumers; Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees; Directive 2009/22/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on injunctions for the protection of consumers' interests; Directive 2006/114/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 concerning misleading and comparative advertising*, SWD(2017) 209 final.

56. Estos informes y evaluaciones sirvieron de base a la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, la Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la UE⁸⁵. Su elaboración responde al debate relativo a si la UE cuenta con mecanismos lo suficientemente sólidos como para abordar las infracciones transfronterizas de su legislación, garantizar el cumplimiento de las normas de protección de los consumidores y ofrecer una adecuada reparación a las víctimas.

57. Centrándonos en lo que aquí interesa, el Considerando 13 de la referida Propuesta destaca que la DPCD se “diseñó fundamentalmente para regular la conducta de los comerciantes en el mercado con arreglo a la ejecución de la legislación pública”, pero “la experiencia de más de diez años de aplicación demuestra las deficiencias derivadas de la falta de un marco inequívoco en el que se establezcan los derechos a medidas correctoras individuales”. De ahí que abogue por potenciar el acceso a este tipo de medidas “al objeto de situar al consumidor en las condiciones en que habría estado si no se hubiera visto afectado por una práctica comercial desleal”.

Para alcanzar este objetivo, el art. 1.4 de la Propuesta introduce en la DPCD un nuevo art. 11 bis, que se pronuncia en los siguientes términos: “1. Además del requisito de garantizar unos medios adecuados y eficaces para procurar el cumplimiento en el artículo 11, los Estados miembros garantizarán que existan, asimismo, medidas correctoras contractuales y no contractuales a disposición de los consumidores perjudicados por prácticas comerciales desleales, con el fin de eliminar todos los efectos de tales prácticas de conformidad con su legislación nacional.- 2. Entre las medidas correctoras contractuales figurará, como mínimo, la posibilidad de que el consumidor rescinda unilateralmente el contrato.- 3. Entre las medidas correctoras no contractuales figurará, como mínimo, la posibilidad de obtener una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por el consumidor”.

Como puede apreciarse, la Propuesta de Directiva otorga a los Estados miembros cierta libertad de maniobra respecto a las medidas correctoras específicas que deben ofrecerse a los consumidores afectados por prácticas comerciales desleales. Así lo corrobora, además, su Considerando 15, donde se señala que “(n)o se impedirá a los Estados miembros que mantengan o introduzcan derechos a otras medidas correctoras adicionales para los consumidores perjudicados por prácticas comerciales desleales, con el fin de garantizar la eliminación plena de los efectos de tales prácticas”.

2. La Directiva (UE) 2019/2161 relativa a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión

A) Cuestiones generales

58. La aprobación de la Directiva (UE) 2019/2161 supone un nuevo paso del legislador comunitario en el fortalecimiento y actualización de las normas comunitarias tutelativas de los intereses de los consumidores. El propio título de la Directiva ya nos pone sobre aviso de los objetivos por ella perseguidos que, como señala su Considerando 60, se concretan en “la mejora de la aplicación y la modernización de la legislación en materia de protección de los consumidores”.

59. Pueden advertirse, por tanto, dos ejes fundamentales en la articulación de la Directiva. El primero de ellos persigue una aplicación más eficaz de las disposiciones comunitarias encaminadas a la protección de los consumidores de la UE. Y ello con el doble fin de colmar las lagunas en el Derecho nacional en lo que atañe a la imposición de sanciones verdaderamente efectivas y proporcionadas para disuadir y castigar las infracciones dentro de la Unión; y de paliar la insuficiencia de medidas correctoras

⁸⁵ COM(2018) 185 final.

ras individuales para los consumidores perjudicados por prácticas comerciales desleales⁸⁶. A tal efecto, la Directiva (UE) 2019/2161, por un lado, introduce distintas modificaciones en las Directivas afectadas al objeto de transformar y armonizar el marco sancionador aplicable a sus infracciones⁸⁷. Y, por otro, introduce en la DPCD un nuevo art. 11 bis intitulado “Reparación” en el que se establecen las medidas correctoras individuales que, con carácter mínimo, deben otorgar los distintos Estados miembros a los consumidores que se vean afectados por prácticas desleales⁸⁸.

El segundo de los ejes centrales de la Directiva (UE) 2019/2161 lo conforman una serie de medidas dirigidas a modernizar las normas de la Unión en materia de protección de los consumidores en vistas del desarrollo del mercado digital y de las distintas herramientas empleadas por los empresarios en este ámbito⁸⁹. Estas medidas se encaminan, en concreto, a actualizar las definiciones contenidas en la DPCD y en la Directiva 2011/83/UE para acomodarlas a las nuevas realidades digitales⁹⁰; a modificar el ámbito de aplicación de la Directiva 2011/83/UE al objeto de asimilar los servicios digitales de pago a aquellos que se prestan a cambio de datos personales⁹¹; a mejorar la transparencia en las operaciones en línea, en particular, en lo relativo al uso de reseñas en internet, de precios personalizados basados en algoritmos o de clasificaciones de productos debidas a “colocaciones retribuidas”⁹²; a suprimir la obligación de utilizar medios de comunicación anticuados exigida por la legislación vigente⁹³; y a regular el derecho de desistimiento del consumidor en el marco de los servicios digitales⁹⁴.

60. No es de extrañar, por tanto, que la Directiva (UE) 2019/2161 sitúe su fundamento jurídico-formal y material en el art. 169 TFUE. Esta Directiva, por tanto, se funda y configura como una medida legislativa orientada a la consecución de un alto nivel de protección de los consumidores. Razón por la cual, ese alto nivel de protección de los consumidores ha de erigirse en guía imprescindible para interpretar y aplicar las distintas medidas impuestas por la Directiva.

Sin embargo, no puede desconocerse la decisiva vinculación de esta Directiva con el correcto funcionamiento del mercado interior. Su Considerando 1 deja traslucir la relevancia que reviste esta orientación político-legislativa en la elaboración de la Directiva, toda vez que comienza declarando la relación que existe entre su contenido y los objetivos del art. 114 TFUE. Esta relevancia no sólo ha sido puesta de manifiesto a lo largo de los distintos trabajos preparatorios de la Directiva, sino que aparece en el espíritu de muchas de las medidas incorporadas, tales como el reconocimiento de medidas correctoras individuales a favor de los consumidores afectados por prácticas comerciales desleales, la tipificación de nuevos supuestos de deslealtad *per se* o la nueva regulación de los deberes precontractuales de información.

B) El art. 11 bis DPCD: el reconocimiento de medidas correctoras individuales a favor de los consumidores víctimas de prácticas comerciales desleales

61. La falta de reconocimiento de remedios individuales a favor de los consumidores afectados por prácticas comerciales desleales se presenta, sin duda, como uno de los principales problemas que se ha suscitado en el marco de la DPCD. Y, de forma especial, en lo que se refiere a las consecuencias negociales derivadas de las infracciones de la DPCD. Ello ha conducido a la actual disparidad de soluciones nacionales, que fluctúan no sólo entre el reconocimiento o no de medidas negociales específicas

⁸⁶ Considerando 3.

⁸⁷ Arts. 1, 2.2, 3.6 y 4.13.

⁸⁸ Art. 3.5.

⁸⁹ Considerando 17.

⁹⁰ Arts. 3.1 y 4.1.

⁹¹ Art. 4.2.

⁹² Arts. 3.4 y 7 y art. 4.3, 4, 5 y 7.a).

⁹³ Art. 4.4.a).

⁹⁴ Art. 4.7, 11 y 12 (acerca de la regulación de este derecho sobre la que incide la reforma de la Directiva UE 2019/2161: L.M. MIRANDA SERRANO, “El derecho...”, cit., pp. 1 y ss.).

anudadas a la realización de prácticas comerciales desleales, sino, además, en función del específico mecanismo contractual articulado para hacer frente a esta problemática.

62. Esta situación trata de paliarse mediante la introducción en la DPCD de un nuevo art. 11 bis intitulado “Reparación”. El referido precepto impone a los Estados miembros la obligación de proporcionar a los consumidores afectados por prácticas comerciales desleales “medidas correctoras proporcionadas y eficaces, incluida una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por los consumidores y, cuando proceda, una reducción del precio o la resolución del contrato”.

Como señalan los Considerandos de la Directiva (UE) 2019/2161, la finalidad de este precepto estriba, por un lado, en mejorar la aplicación de la legislación tuitiva de los consumidores (Considerando 60) y alcanzar un alto nivel en su protección (Considerando 1). Y, por otro, en dotar a la DPCD de una mayor efectividad, toda vez que “un marco inequívoco respecto a las medidas correctoras individuales facilitaría la ejecución privada” (Considerando 16). Con esta medida se trata, por tanto, de poner a disposición de los consumidores una serie de remedios individuales que facilitan la remoción de los efectos negociales derivados de las prácticas comerciales desleales que lesionen sus intereses económicos, así como la reparación de los perjuicios ocasionados.

63. A la hora de establecer estos remedios, el legislador comunitario se encontraba frente a dos opciones: 1) obligar de manera general a los Estados miembros a introducir recursos individuales efectivos para las infracciones de la DPCD, reemplazando la referencia cruzada negativa prevista en el artículo 3.2 y el Considerando 9 DPCD; o 2) proporcionar directamente un conjunto armonizado de soluciones directamente en la DPCD. El legislador comunitario se ha decantado, finalmente, por esta segunda opción, al igual que hizo en la Propuesta de Directiva. Ciertamente es, no obstante, que esta elección se refuerza en el texto final de la Directiva, cuyo Considerando 56 nos recuerda que la DPCD “se entiende sin perjuicio del Derecho contractual nacional, y en particular de las normas relativas a la validez, la formación o el efecto de los contratos”, en coherencia con lo establecido tanto en el Considerando 9 como en el art. 3.2 DPCD.

64. Ahora bien, la adopción del sistema concreto de medidas correctoras individuales no está exenta de dificultades. Y es que, de un lado, nos encontramos frente a una materia perteneciente al ámbito Derecho privado. Ámbito en el que coexisten distintas tradiciones jurídicas y que ha dado lugar al actual mosaico de soluciones específicas arbitradas en los distintos Estados miembros de la UE.

Y, de otro, nos enfrentamos a una materia cuyo objeto de regulación no se presta a soluciones taxativas, lo que deriva de la amplitud de la problemática a la que el establecimiento de estas medidas trata de dar respuesta. En efecto, la DPCD no sólo abarca un amplio espectro de prácticas comerciales desleales que se manifiestan en las distintas fases de la contratación (precontractual, contractual y postcontractual); sino que también regula distintos supuestos de deslealtad que tratan de proteger la autonomía negocial del consumidor, ya sea en su faceta de libertad de querer (prácticas agresivas), ya sea en su dimensión de libertad de saber (actos y omisiones engañosas). Además, establece distintos mecanismos de evaluación de la deslealtad de las prácticas comerciales, mediante una cláusula general, algunas cláusulas intermedias dedicadas a las prácticas engañosas y agresivas, y la tipificación de un catálogo de supuestos concretos que se reputan desleales en cualquier circunstancia. Y, junto a todo ello, comprende una amplia diversidad de prácticas comerciales que manifiestan distintos grados de afectación a la autonomía decisional del consumidor, que van desde conductas especialmente lesivas hasta prácticas cuya afectación a esa libertad decisional y negocial reviste carácter residual.

65. Bajo estas coordenadas, el legislador comunitario se ha decantado por articular un conjunto de remedios individuales incardinados en la línea de la solución adoptada en el ordenamiento inglés, a la que nos referimos anteriormente. En efecto, el nuevo art. 11 bis DPCD reconoce distintas medidas correctoras individuales, entre las que se encuentran la indemnización de daños y perjuicios, la resolución del contrato y la reducción del precio.

66. La finalidad de estas medidas correctoras individuales aparece reflejada en el Considerando 16 de la Directiva (UE) 2019/2161. A tal efecto, se dispone que “(l)os Estados miembros deben velar por que las medidas correctoras se encuentren a disposición de los consumidores perjudicados por prácticas comerciales desleales, *con el fin de eliminar todos los efectos de tales prácticas*”⁹⁵. Todo apunta a que los efectos a los que se refiere la Directiva son los relacionados con los perjuicios individuales sufridos por los consumidores víctimas de prácticas comerciales desleales. En rigor, se trata de medidas correctoras incardinadas en el marco de la DPCD que, como ponen de manifiesto sus Considerandos 6 y 8 y su art. 1, protege a los consumidores frente a las prácticas comerciales desleales que son directamente perjudiciales para sus intereses económicos. En consecuencia, estas medidas deben encaminarse a la eliminación de los efectos negociales no queridos por los consumidores que contratan afectados por prácticas comerciales desleales, así como a la reparación de los perjuicios económicos experimentados como consecuencia de dichas prácticas.

Las medidas correctoras individuales establecidas en el nuevo art. 11 bis DPCD se enmarcan en los “medios adecuados y eficaces para luchar contra las prácticas comerciales desleales, con miras al cumplimiento de las disposiciones de la presente Directiva en interés de los consumidores”. Esta es la conclusión que se desprende tanto del espíritu que inspiró la normativa (Considerando 14 de la Propuesta de Directiva), como de su ubicación dentro de la DPCD. En consecuencia, estos remedios han de concebirse como medidas complementarias a las de cesación y prohibición establecidas en el art. 11 DCPD. De esta forma, el legislador comunitario impone a los Estados miembros la obligación de arbitrar unos remedios específicos orientados a la eliminación de los efectos de las prácticas comerciales desleales y, con ello, restituir a los consumidores a la situación en que se encontrarían de no haber existido tales prácticas. Nos encontramos, por tanto, ante remedios que podrían incardinarse dentro de las medidas de remoción de los efectos producidos por comportamientos desleales.

67. En cuanto a la articulación de las medidas correctoras individuales recogidas en el nuevo art. 11 bis DPCD, cabe destacar que, frente a la indemnización de daños y perjuicios que se prevé en todo caso, la reducción del precio y la resolución del contrato sólo podrán ser solicitadas por el consumidor “cuando proceda”. Esta expresión abre la puerta a una doble interpretación. Por un lado, esta previsión podría responder a la voluntad del legislador de restringir la resolución del contrato y la reducción del precio a los supuestos de prácticas comerciales desleales especialmente lesivas para los intereses económicos de los consumidores, esto es, cuando la celebración del contrato sea consecuencia inequívoca de la práctica comercial desleal. Y, por otro, cabría entender que con su introducción trataría de darse respuesta a aquellos supuestos en los que la práctica comercial desleal se manifiesta en casos en los que el consumidor no llega a celebrar el contrato con el empresario infractor, es decir, cuando no hay consecuencias negociales derivadas de la práctica comercial desleal a las que hacer frente.

A nuestro juicio, la consecución de un alto nivel de protección de los consumidores y la mejora en la aplicación de la DPCD deberían de conducir a la admisión de la segunda opción. De un lado, porque todas las prácticas comerciales desleales en mayor o menor medida son susceptibles de afectar a la autonomía decisional del consumidor. Y, además, la unidad del ordenamiento exige que lo considerado ilícito en el plano concurrencial, no se estime lícito, o al menos, carente de consecuencias en el plano negocial⁹⁶. De otro lado, no podemos obviar que la eficacia en la lucha contra las prácticas comerciales desleales requiere el reconocimiento de remedios negociales, más o menos intensos (resolución del contrato o mayor o menor reducción del precio), en todos los supuestos en que el consumidor pudiera haber contratado afectado por este tipo de prácticas. Pero, es más, la restricción de las consecuencias negociales sólo a los supuestos en que se acredite un nexo causal entre la práctica comercial desleal y la celebración del contrato supondría imponer a los consumidores la carga de probar un extremo cuya acreditación no siempre resulta sencilla, con la consiguiente merma en la eficacia de las medidas.

⁹⁵ La cursiva es nuestra.

⁹⁶ L. M. MIRANDA SERRANO y J. PAGADOR LÓPEZ, “La necesidad...”, cit., *passim*; L. M. MIRANDA SERRANO, “La protección...”, cit., pp. 56 y 57.

En cualquier caso, una vez que el nuevo art. 11 bis DPCD atribuye a los Estados miembros la tarea de definir los presupuestos y el alcance de estos remedios, serán los distintos legisladores nacionales quienes habrán de decidir qué solución adoptar.

68. En lo relativo a las medidas de reducción del precio y resolución contractual, el art. 11 bis DPCD las configura de forma alternativa. Esta es la conclusión que cabe extraer del empleo de la conjunción “o”. En consecuencia, el consumidor que contrate afectado por una práctica comercial desleal sólo puede solicitar una de ellas. Esta opción puede depender de diversos factores, como el interés del consumidor en el mantenimiento del contrato, el perjuicio efectivo que le haya ocasionado la práctica en cuestión o el grado de influencia de dicha práctica en su decisión negocial. Cuestión cuya determinación corresponde a los legisladores nacionales. La opción por un criterio u otros determinará la adopción de un régimen más o menos tuitivo para los consumidores.

69. Respecto de la medida consistente en la resolución del contrato, las distintas versiones de la Directiva se refieren a ella de forma dispar. Como ejemplos, puede destacarse el empleo el término “resolución del contrato” en la versión española, “risoluzione del contratto” en la italiana, “termination of the contract” en la versión inglesa, “Beendigung des Vertrags” en la alemana, “fin du contrat” en la francesa, o “rescisão do contrato” en la portuguesa. En rigor, la Directiva únicamente se ha limitado a individualizar el resultado que los Estados miembros deben garantizar y deja a la elección de éstos la fijación de los mecanismos legales para la obtención de dicho resultado. Con ello, se pone de manifiesto que el legislador comunitario, consciente de las distintas tradiciones jurídicas nacionales, no impone una sanción negocial específica, sino que establece la terminación o extinción del contrato como remedio general no circunscrito a una categoría jurídico-contractual específica. Esta tarea corresponderá a las distintas legislaciones nacionales en función de la sanción negocial que mejor se amolde al supuesto de hecho en el marco de su ordenamiento.

No obstante lo anterior, somos de la opinión de que el art. 11 bis DPCD se decanta por la resolución del contrato por incumplimiento como sanción negocial anudada a la realización de prácticas comerciales desleales. A ello conduce, de un lado, su consagración junto a la reducción del precio y la afirmación contenida en el Considerando 16 de la Directiva (UE) 2019/2161 donde se refiere a la reparación o sustitución como ejemplos de medidas correctoras complementarias a adoptar facultativamente por los distintos Estados miembros. Y es que estos son los remedios que se ponen a disposición del consumidor en los supuestos de falta de conformidad, que no es sino un régimen de responsabilidad del vendedor por incumplimiento de la obligación contractual de entrega de la cosa. De otro lado, nuestra opinión favorable a la resolución del contrato por incumplimiento se deduce también del mantenimiento en la DPCD del art. 3.2 que excluye “las normas relativas a la validez, la formación o el efecto del contrato” del régimen armonizado previsto en la Directiva. Ello implica que estas medidas correctoras deban trasladarse a los ordenamientos de los distintos Estados a través de mecanismos legales que no afecten al régimen de validez y eficacia del contrato.

70. Junto a todo ello, es necesario destacar que esta nueva regulación se introduce en la DPCD con carácter mínimo. En esta dirección, el Considerando 16 de la Directiva (UE) 2019/2161, dispone que “(n)o se debe impedir a los Estados miembros que mantengan o introduzcan derechos a otras medidas correctoras, como la reparación o la sustitución, para los consumidores perjudicados por prácticas comerciales desleales, con el fin de garantizar la eliminación plena de los efectos de tales prácticas. No se debe impedir a los Estados miembros que establezcan las condiciones de aplicación y los efectos de las medidas correctoras para los consumidores”. Son dos las consideraciones que cabe hacer al respecto.

Por un lado, que la Directiva (UE) 2019/2161 permite a los distintos Estados miembros establecer otras medidas correctoras individuales encaminadas a la remoción de los efectos de las prácticas comerciales desleales. Como ejemplo, se alude a la posibilidad de establecer la reparación o la sustitución del producto. Además, el art. 3.2 DPCD sigue concediendo a los Estados miembros libertad para determinar la incidencia de las prácticas comerciales desleales en la validez, formación o los efectos de

los contratos. De ahí que los Estados miembros puedan articular, junto a las medidas previstas en el nuevo art. 11 bis DPCD, otras consecuencias negociales para los contratos celebrados como consecuencia de las prácticas comerciales desleales, como su nulidad o anulabilidad.

Por otro lado, que de acuerdo con el nuevo art. 11 bis DPCD, la fijación de “las condiciones de aplicación y los efectos de dichas medidas correctoras” queda en manos de los distintos legisladores nacionales. A ello hay que añadir que, al aplicar las medidas correctoras, se podrá tener en cuenta, cuando sea oportuno, la gravedad y la naturaleza de la práctica comercial desleal, los daños y perjuicios sufridos por el consumidor y otras circunstancias pertinentes, como la mala praxis del comerciante o el incumplimiento del contrato.

71. En definitiva, el art. 11 bis DPCD se limita únicamente a establecer los remedios mínimos que los legisladores nacionales deben implementar para eliminar los efectos de las prácticas comerciales desleales, pero no concreta su configuración legal. Son los Estados miembros quienes han de completar el régimen mínimo impuesto por la Directiva definiendo tanto los presupuestos de aplicación de las medidas, como su alcance y efectos. En concreto, tendrán que decidir, entre otras cuestiones, si los remedios de reducción del precio y de resolución del contrato se configuran de forma alternativa a elección del consumidor o si son remedios que responden a supuestos distintos de deslealtad; si se establece un sistema más o menos objetivo de graduación de la reducción del precio o si ésta responde al criterio discrecional del órgano competente; frente a quién puede reclamarse la indemnización de daños, la rebaja del precio o la resolución del contrato en el caso en que la práctica comercial desleal proceda un tercero (por ejemplo, el fabricante) ajeno a la relación contractual; los casos en que procede la resolución del contrato; o qué ocurre con las prestaciones recibidas en los casos de resolución contractual.

Con estas previsiones, el legislador comunitario sigue dejando el Derecho privado nacional al margen de la armonización plena que rige los aspectos sustantivos de la DPCD, respetando las distintas tradiciones jurídicas existentes en los distintos Estados miembros que conforman la UE. Sin embargo, no puede dejar de apuntarse que este sistema de armonización mínima va a mantener la fragmentación del régimen de medidas correctoras individuales a nivel nacional, con el consiguiente riesgo de comprometer la efectividad de la protección de los consumidores y de no promover el desarrollo del mercado único en contra de las finalidades expresamente manifestadas por la DPCD.

72. El art. 11 bis DPCD concluye con un apartado 2 donde se señala que estas medidas correctoras “se entenderán sin perjuicio de la aplicación de otras medidas correctoras de que dispongan los consumidores en virtud del Derecho de la Unión o nacional”. Con ello, el legislador comunitario establece la compatibilidad entre estas medidas y el resto de mecanismos jurídicos que sirvan para tutelar los intereses económicos de los consumidores, ya vengan establecidos por la legislación comunitaria (remedios negociales frente a los envíos o suministros no solicitados, falta de conformidad, control de las cláusulas contractuales predispuestas o derecho de desistimiento), ya vengan reconocidos por la legislación nacional (vicios del consentimiento, integración publicitaria del contrato, etc.).

VI. La incorporación de medidas correctoras individuales frente a las prácticas comerciales desleales en el ordenamiento español

73. Los Estados miembros deben adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a las previsiones de la Directiva (UE) 2019/2161 antes del 28 de noviembre de 2021 y “aplicarán dichas disposiciones a partir del 28 de mayo de 2022” (art. 7). Para cumplir con este plazo de incorporación, la Dirección General de Consumo elaboró un Anteproyecto de Ley por el que se modifica el TRLGDCU, para la mejora y modernización de las normas de protección de los consumidores de la UE y del régimen sancionador en materia de consumo.

74. Entre otras medidas, el Anteproyecto propone la introducción de un nuevo art. 20 bis en el TRLGDCU intitulado “Medidas correctoras como consecuencia de las prácticas comerciales desleales a

disposición de los consumidores y usuarios perjudicados”. Este precepto trata de incorporar a nuestro ordenamiento el mandato contenido en el nuevo art. 11 bis DPCD. Sin embargo, de su redacción se desprende que, junto a la concreción del régimen mínimo impuesto por la Directiva (UE) 2019/2161, se introducen otras medidas que se desmarcan de las necesidades de incorporación y que no están exentas de crítica.

La relevancia de este precepto está fuera de toda duda, pues se trata de una materia que afecta a la nervadura de nuestro sistema económico y jurídico por abordar la delicada, compleja y sensible tarea de fijar las conexiones entre el Derecho de contratos y de la competencia desleal⁹⁷. Ello lo hace acreedor de un comentario específico. Sobre todo, en lo que se refiere a la forma en que se ha incorporado la normativa comunitaria, a los presupuestos aplicativos de las medidas, así como a su articulación y contenido. Y es que en la labor de incorporación de los mandatos comunitarios a nuestro ordenamiento se exige la toma de decisiones de carácter técnico y sistemático no exentas de problemas. Máxime, si en esta tarea se asume no sólo el objetivo de incorporar las exigencias impuestas por la armonización comunitaria, sino también evitar la introducción de modificaciones que puedan generar inseguridad y mantener la calidad y homogeneidad del sistema.

75. En lo que se refiere a su ubicación sistemática, el ámbito de aplicación del nuevo art. 11 bis DPCD y la finalidad perseguida por la Directiva (UE) 2019/2161 permiten la incorporación de las medidas correctoras individuales tanto a través de la reforma del Derecho de consumo como mediante una modificación de la legislación sobre competencia desleal. No obstante, destaca la ubicación de este precepto en el seno del TRLGDCU. Parece que en la decisión adoptada por el Anteproyecto han pesado más el fundamento de la armonización –anclado en la garantía de un alto nivel de protección de los consumidores– y el carácter contractual de la acción para hacer valer las medidas correctoras que se ponen a disposición de los consumidores –toda vez que el TRLGDCU regula gran parte del régimen de los contratos de consumo–.

Sin embargo, somos de la opinión de que la opción adoptada en el Anteproyecto debe ser desechada y que el régimen comunitario debe incorporarse mediante una modificación de la normativa represora de la competencia desleal. Así lo entendemos por cuanto que la estrecha vinculación que existe entre estas medidas correctoras y el régimen de la deslealtad concurrencial aconseja su regulación conjunta en la LCD. En primer lugar, porque el art. 11 bis DPCD se ubica en una norma comunitaria plenamente adscrita al Derecho contra la competencia desleal⁹⁸. En segundo lugar, porque las medidas correctoras proyectadas entran en funcionamiento como consecuencia de la realización de prácticas comerciales desleales. En tercer y último lugar, porque el art. 11 bis DPCD se encarga de la regulación de las medidas correctoras que se ponen a disposición de los consumidores con el fin de eliminar todos los efectos de las prácticas comerciales desleales. Se configura así como una medida que se enmarca en los medios adecuados y eficaces para luchar contra este tipo de prácticas. De ahí que su incorporación a nuestro ordenamiento deba llevarse a cabo junto a la regulación que de esos medios se hace en la LCD.

Además, no puede pasarse por alto que la incorporación del nuevo art. 11 bis DPCD a través de la modificación del TRLGDCU puede provocar diversos problemas derivados de la atribución de competencias a las Comunidades Autónomas en materia de consumo, introducir un importante elemento de confusión en la aplicación de la disciplina de deslealtad concurrencial, y profundizar en la fragmentación subjetiva del Derecho de la competencia desleal tan criticada doctrinalmente.

76. En lo que atañe al contenido específico del proyectado art. 20 bis TRLGDCU, su apartado 1 contempla una medida tan deficiente técnicamente como incoherente desde las perspectivas sistemática, funcional y operativa. En concreto, este apartado dispone que “(p)ara el ejercicio de las acciones contempladas en el artículo 32.1, 1ª a 4ª de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, se

⁹⁷ L. M. MIRANDA SERRANO y J. PAGADOR LÓPEZ, “La necesidad...”, cit., p. 10; L. M. MIRANDA SERRANO, “La protección...”, cit., pp. 56 y 57.

⁹⁸ *Vid.*, por todos, J. MASSAGUER, *El nuevo...*, cit., p. 159 y 160; y A. TATO PLAZA, “Introducción”, en A. TATO PLAZA, P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO y C. HERRERA PETRUS, *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, 1ª ed., Madrid, La Ley, 2010, p. 44.

considerará irrefutable la constatación de una infracción por el uso de prácticas comerciales desleales contra los consumidores y usuarios en una resolución firme de una autoridad competente o de un órgano jurisdiccional”. Esta medida carece de lógica y de sentido, por cuanto que, declarada la deslealtad de una práctica por sentencia judicial firme, esta decisión produce efectos de cosa juzgada y vincula al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto.

Más problemático aún resulta el reconocimiento del carácter irrefutable de la constatación de una práctica comercial desleal hecha por decisión firme de la autoridad administrativa competente. Esta medida, de un lado, no tiene de razón de ser, puesto que las autoridades administrativas de consumo ya pueden obligar a la “reposición de la situación alterada a su estado original” (derogado art. 48 y actual art. 51.6 TRLGDCU), con la consiguiente orden de cese de la práctica, e incluso de remoción de sus efectos⁹⁹. Y, de otro lado, merced a esta nueva medida los órganos administrativos de consumo (estatales y autonómicos) quedarían habilitados para interpretar y aplicar legislación puramente mercantil como es la LCD. Pero, es más, nos encontraríamos ante una situación en la que estos órganos evaluarían la deslealtad de la conducta interpretando y aplicando preceptos abiertos en el marco de un proceso sancionador que se rige por principios (como el de tipicidad y culpabilidad) diametralmente opuestos a los que imperan en el proceso civil entablado ante los órganos jurisdiccionales. Asimismo, el reconocimiento del carácter vinculante de las decisiones administrativas frente a los órganos jurisdiccionales rompe con la operativa propia de la disciplina de la competencia desleal. Como se viene aceptando comúnmente, en nuestro ordenamiento, la única instancia competenciada para decretar la lealtad o deslealtad de los comportamientos concurrenciales en aplicación de la LCD es la jurisdicción ordinaria¹⁰⁰. Y sólo tras la declaración judicial de una conducta como desleal es posible aplicarle los correctivos requeridos que pudieran derivarse de una estimación de la pretensión de condena¹⁰¹.

77. El apartado 2 del proyectado art. 20 TRLGDCU establece que “(l)as personas que hubieran realizado de forma conjunta la infracción referida en el apartado anterior serán solidariamente responsables del resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados”. En principio, parece que este precepto resuelve poco desde una óptica jurídico-privada, toda vez que la responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados por el acto de competencia desleal será solidaria cuando en él intervengan varios sujetos y se acrediten los presupuestos de la acción¹⁰².

78. El grueso de las medidas correctoras puestas a disposición de los consumidores afectados por prácticas comerciales desleales se recoge en el apartado 3 del precepto bajo consideración. En él trata de incorporarse y concretarse el régimen mínimo impuesto por el nuevo art. 11 bis DPCD. A este respecto, se establece que “(e)n caso de comisión de infracciones graves o muy graves de la presente ley, constatadas por resolución administrativa o judicial firme, que hayan podido afectar al cumplimiento del contrato, el consumidor y usuario podrá resolver el contrato, además de obtener una indemnización mínima del veinte por ciento del precio del contrato. Para el resto de infracciones, el consumidor y usuario tendrá derecho a una reducción del precio del contrato de un diez por ciento. Todo ello con independencia de la plena aplicación del régimen de responsabilidad previsto en el título IV del libro segundo”.

De la lectura del precepto, llama la atención no sólo sus múltiples carencias, sino también la inconcreción de los presupuestos aplicativos de las medidas correctoras propuestas y la (a nuestro juicio) inadecuada articulación de los específicos remedios proporcionados a los consumidores. Extremos, todos ellos, que ponen en riesgo la seguridad jurídica y generan problemas de eficacia.

⁹⁹ M. REBOLLO PUIG, M. IZQUIERDO CARRASCO y A. BUENO ARMILLO, “Infracciones y sanciones”, en M. REBOLLO PUIG y M. IZQUIERDO CARRASCO (DIRS.), *La defensa de los consumidores y usuarios (Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Madrid, Iustel, 2011, p. 838.

¹⁰⁰ C. LEMA DEVESA, “Posibilidades y remedios para reprimir la competencia desleal”, *Derecho de los Negocios*, núm. 6, 1991, p. 205; y J. I. FONT GALÁN y L. M. MIRANDA SERRANO, *Competencia desleal y antitrust. Sistema de ilícitos*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 77

¹⁰¹ J. MASSAGUER, *Comentario...*, cit., p. 530 y 531; y S. BARONA VILAR, *Competencia desleal...*, cit., p. 739.

¹⁰² J. MASSAGUER, “La acción de competencia desleal en el Derecho español”, *Themis: Revista de Derecho*, núm. 36, 1997, p. 115; C. HERRERA PETRUS, “Acciones frente...”, cit., p. 388; y J. A. VEGA VEGA, “Artículo 32...”, cit., pp. 876 y ss.

79. En lo que atañe a sus presupuestos aplicativos, este apartado tercero establece que la aplicación de las medidas correctoras propuestas requiere 1) la existencia de una infracción (leve, grave o muy grave), 2) que dicha infracción haya sido constatada por una resolución administrativa o judicial firme, 3) y que haya podido afectar al cumplimiento del contrato.

Como puede comprobarse, el primero de los presupuestos (la infracción) se define en términos administrativo-consumeristas. Esto es, como transgresión de las normas de consumo a los efectos del procedimiento administrativo sancionador. Ha de entenderse, por tanto, como “el uso de prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios” [conforme al derogado art. 49.1.1) TRLGDCU y al actual art. 47.m) TRLGDCU]. Esta remisión a una normativa de carácter administrativo-sancionador es a todas luces desacertada, puesto que enturbia la delimitación de los presupuestos de las medidas correctoras y genera problemas aplicativos cuando sea un órgano jurisdiccional el que conozca del asunto. Entendemos así que establecer como presupuesto aplicativo la realización de prácticas comerciales desleales con los consumidores (esto es, la infracción de la LCD y no de la normativa sancionadora de consumo) sería la opción más correcta.

El segundo presupuesto consiste en la constatación de la infracción por resolución administrativa o judicial firme. Esto supone introducir un requisito de procedibilidad no exento de problemas, ya que la exigencia de una resolución firme podría dilatar en exceso los plazos para el ejercicio de las medidas correctoras. Algo que casa mal con el efecto resolutorio del contrato y sus consecuencias. Igualmente, la exigencia de este presupuesto podría generar problemas a la hora de solicitar las medidas correctoras a través de un procedimiento extrajudicial.

El tercero de los presupuestos consiste en que la infracción (*rectius* la deslealtad de la práctica comercial desleal) haya podido afectar al cumplimiento del contrato. Una interpretación literal de este presupuesto conduciría a entender que las medidas correctoras únicamente estarían disponibles cuando la práctica comercial desleal influyera o pudiera influir en la fase de ejecución del contrato, esto es, en el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Ello supondría dejar huérfanos de medidas correctoras a los consumidores afectados por prácticas comerciales desleales que no inciden sobre la ejecución del contrato, sino sobre su propia celebración. De modo que los supuestos más frecuentes en la realidad del tráfico, más lesivos para los intereses de los consumidores y más problemáticos desde un punto de vista práctico quedarían fuera del ámbito de aplicación de estas medidas.

A nuestro juicio, sería más adecuado hablar de prácticas comerciales desleales *que hayan podido influir en la celebración de un contrato o afectar a su cumplimiento*. De esta forma, quedarían cubiertas todas aquellas prácticas desleales que afectaran a la autonomía decisional y negocial del consumidor, independientemente de la fase negocial en la que aparecieran. Además, con esta solución, el consumidor que se hubiera visto afectado por una práctica comercial desleal podría acceder a las medidas correctoras sin necesidad de acreditar un nexo causal entre la práctica comercial desleal y la no querida celebración o el defectuoso cumplimiento del contrato. Sería, en cambio, el empresario quien debería soportar la carga de la prueba de que la práctica comercial desleal en cuestión no es apta en abstracto para afectar a la autonomía decisional y negocial del consumidor.

80. En lo relativo al contenido de las medidas correctoras, entendemos que el Anteproyecto tampoco acierta a concretar las exigencias del nuevo art. 11 bis DPCD, por cuanto que su delimitación se separa del resultado perseguido por el legislador comunitario.

De un lado, estimamos inadecuada la clasificación de infracciones (*rectius*, prácticas comerciales desleales) que lleva a cabo el prelegislador a la hora de anudarle los concretos remedios contractuales. Esta clasificación también se construye sobre parámetros propios del procedimiento administrativo sancionador, lo que demuestra su ajenidad al fenómeno que trata de regularse y a su tratamiento jurídico-normativo en nuestro ordenamiento. Una delimitación en estos términos puede plantear múltiples problemas. Sobre todo, cuando los consumidores acudan a la jurisdicción ordinaria para combatir las prácticas comerciales desleales y exigir los remedios negociales. Y es que los órganos jurisdiccionales van a tener que juzgar empleando criterios administrativos. Además, estos criterios se desentienden de los propuestos por el legislador comunitario a la hora de delimitar las medidas correctoras aplicables a

las distintas prácticas comerciales desleales y que están referidos, con carácter general, a la gravedad de la práctica y a su influencia en la autonomía decisional y negocial del consumidor.

De otro lado, no puede perderse de vista que, conforme al texto del Anteproyecto, las infracciones derivadas del uso de prácticas comerciales desleales van a calificarse en la gran mayoría de los casos como graves o muy graves (proyectado art. 48 TRLGDCU)¹⁰³. Ello conduce a que en la gran mayoría de los supuestos el consumidor sólo puede solicitar la resolución del contrato y una indemnización mínima del veinte por ciento del precio.

Además, debe destacarse que el Anteproyecto no concede al consumidor la facultad de optar entre la resolución del contrato y la reducción del precio. De modo que el consumidor afectado por una práctica comercial desleal calificada como infracción grave o muy grave al que interese el contrato se ve necesariamente abocado a pedir su resolución o pechar con las consecuencias jurídicas y económicas de un contrato celebrado en condiciones no queridas o cumplido en términos defectuosos. Se trata, a nuestro juicio, de una opción que no responde a los caracteres de proporcionalidad y eficacia que el texto comunitario exige a la hora de concretar las medidas correctoras.

Respecto de la reducción del precio, el texto proyectado establece que ésta será siempre del diez por ciento del precio cuando se trate de infracciones leves, sin atender a ulteriores circunstancias como la gravedad real y la naturaleza de la práctica comercial desleal, la intervención de dolo o culpa por parte del infractor u otras circunstancias pertinentes. Estimamos que en esta sede hubiera sido interesante incluir una graduación del importe de la rebaja del precio en función de las distintas circunstancias que rodean la realización de la práctica comercial desleal, en coherencia con la proporcionalidad y eficacia que la Directiva exige a estas medidas.

En cuanto a la indemnización por daños y perjuicios, el Anteproyecto fija una cantidad fija mínima para el caso de prácticas comerciales desleales calificadas como graves o muy graves. Pero esta medida correctora desaparece en los supuestos de prácticas comerciales desleales leves y en aquellos casos en que el consumidor afectado por una práctica comercial desleal no llega a celebrar el contrato. En relación con las infracción graves o muy graves, esta medida puede resultar ventajosa para los consumidores, aunque difícilmente podrá caracterizarse por su proporcionalidad. En los casos de prácticas comerciales desleales que lleven aparejada la rebaja del precio, el consumidor podría acudir a la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios prevista en el art. 32.5 LCD, al igual que ocurriría en los casos de prácticas comerciales desleales que no conduzcan a la celebración del contrato. Sin embargo, los presupuestos de aplicación de esta acción y la carga probatoria que se hace descansar sobre el consumidor restarían eficacia a esta medida.

81. El apartado 3 del proyectado art. 20 TRLGDCU concluye con un inciso final en el que se establece que estas medidas han de entenderse con independencia de la plena aplicación del régimen de conformidad del producto con el contrato. Con esta indicación parece que el Anteproyecto trata de incorporar el apartado 2 del nuevo art. 11 bis DPCD, donde se señala que las medidas correctoras se entenderán sin perjuicio de la aplicación de otras medidas correctoras de que dispongan los consumidores en virtud del Derecho de la Unión o nacional. Pero el prelegislador vuelve a ser impreciso y deja fuera otras medidas como el régimen de las cláusulas contractuales predispuestas, el derecho de desistimiento o la integración publicitaria del contrato, entre otras.

82. Finalmente, el proyectado art. 20 bis TRLGDCU se cierra con un apartado 4 donde se establece que “(e)n ningún caso, la existencia de una práctica comercial desleal puede ser utilizada en contra de los intereses de los consumidores y usuarios”. Nos encontramos ante una declaración programática cuya previsión legal resulta superflua. Y es que la declaración de deslealtad de la práctica comercial siempre va a depender de la afectación de los intereses económicos de los consumidores.

¹⁰³ Conforme al proyectado art. 48.4 TRLGDCU, sólo serán leves aquellas infracciones respecto de las cuales el responsable “corrigiera diligentemente las irregularidades en que consista la infracción siempre que no haya causado perjuicios directos, devolviera voluntariamente las cantidades cobradas, colaborara activamente para evitar o disminuir los efectos de la infracción u observara espontáneamente cualquier otro comportamiento de análogo significado”.

83. El mencionado Anteproyecto se ha materializado legislativamente a través del Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre¹⁰⁴. Mediante este Real Decreto-ley tratan de incorporarse a nuestro ordenamiento siete Directivas comunitarias, entre las que se encuentra la Directiva (UE) 2019/2161. Las normas que persiguen la incorporación de los dictados de esta Directiva se encuentran contenidas en el Libro sexto del Real Decreto-ley.

En lo que aquí interesa, el Real Decreto-ley 24/2021 mantiene el art. 20 bis TRLGDCU con un título idéntico al que tenía en el Anteproyecto, pero con dos modificaciones en lo que se refiere a su contenido. Una de ellas de especial trascendencia.

La primera modificación aparece en el apartado 1 de este art. 20 bis TRLGDCU y consiste en la modulación del valor de las resoluciones firmes (de autoridades administrativas y órganos jurisdiccionales) que constaten el uso de prácticas comerciales desleales a los efectos de ejercitar las acciones previstas en los apartados 1 a 4 del art. 32.1 LCD. Frente al texto del Anteproyecto, que establecía el carácter irrefutable de la constatación de una infracción por el uso de estas prácticas, la versión del art. 20 bis TRLGDCU contenida en el Real Decreto-ley, de un lado, se refiere a la constatación del uso de prácticas comerciales desleales y no de la infracción (lo que estimamos más correcto) y, de otro, introduce una presunción iuris tantum que permite al empresario desvirtuar la constatación del uso de prácticas comerciales desleales. Ciertamente, somos de la opinión de que la regulación contenida en el Real Decreto-ley es más adecuada que la recogida en el Anteproyecto. No obstante, también es cierto que este art. 20 bis.1 TRLGDCU aporta poco. En primer lugar, y como ya destacamos anteriormente, porque si la constatación del uso de prácticas comerciales desleales se lleva a cabo en una sentencia firme, ésta tendrá efecto de cosa juzgada. Y, en segundo lugar, porque los órganos jurisdiccionales que decidan sobre las acciones por competencia desleal tomarán en consideración la decisión firme de una autoridad administrativa donde se resuelva la realización de prácticas comerciales desleales, sin necesidad de que un precepto como éste así lo establezca.

La segunda modificación es la que tiene mayor relevancia. Se trata de que en el texto del art. 20 bis TRLGDCU desaparece el que era su apartado 3 en la versión del Anteproyecto. Esto es, el apartado donde se contenía la regulación de las medidas correctoras individuales puestas a disposición de los consumidores afectados por prácticas comerciales desleales, sin que dicha regulación se incorpore en ninguna otra norma. De modo que el título que encabeza este art. 20 bis TRLGDCU es cuanto menos inadecuado, ya que en él no se recoge ninguna medida correctora a disposición de los consumidores perjudicados por prácticas comerciales desleales. Pero, es más, esta omisión es de especial relevancia si tenemos en cuenta que el legislador deja sin incorporar a nuestro ordenamiento el art. 11 bis DPCD y, sobre todo, deja a los consumidores afectados por prácticas comerciales desleales sin remedios negociales que permitan eliminar los efectos contractuales de este tipo de prácticas, dificultando la ejecución privada de la normativa sobre competencia desleal.

Es verdad que el sistema de remedios negociales articulado en el Anteproyecto para combatir los efectos de las prácticas comerciales desleales con los consumidores adolecía de graves carencias técnicas y no respondía al espíritu y finalidad de los dictados de la Directiva (UE) 2019/2161. Pero no menos cierto es que la solución a estos problemas no puede venir dada por el desentendimiento de la cuestión y la omisión de la regulación, sino por el establecimiento de un régimen jurídico que dé respuesta a las necesidades de los consumidores, cumpla con los mandatos comunitarios y articule un marco de protección sistemáticamente adaptado al entramado normativo que forman la regulación de la competencia desleal y la protección de los consumidores con sus, cada vez más frecuentes, puntos de conexión e interacción¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes, *BOE*, núm. 263, de 3 de noviembre de 2021.

¹⁰⁵ Sobre las conexiones entre el Derecho contractual de consumo y la disciplina de la competencia desleal *vid.* nuestro “Conexiones axiológicas, funcionales y normativas entre el Derecho de contratos y la normativa represora de la competencia desleal en las relaciones de consumo”, en L. M. MIRANDA SERRANO y J. PAGADOR LÓPEZ (Dir.), *Desafíos del regulador mercantil en materia de contratación y competencia empresarial*, Madrid, Marcial Pons, 2021, pp. 427 y ss.

VII. Conclusiones

84. El Derecho de contratos y la disciplina de la deslealtad concurrencial no pueden configurarse como sectores normativos independientes y desconectados. Así lo exige tanto la realidad viva del tráfico como el carácter unitario del ordenamiento jurídico. Es por ello que el establecimiento de las necesarias conexiones entre estos sectores normativos se presenta como uno de los retos más importantes que se plantean al legislador contemporáneo, como se ha subrayado por un sector de la doctrina mercantilista (Profesores MIRANDA y PAGADOR).

85. Haciendo uso de la libertad que el art. 3.2 DPCD brinda a la hora de determinar la incidencia de las prácticas comerciales desleales en la validez, formación o efectos del contrato, algunos ordenamientos jurídicos nacionales (como el español) se han decantado por omitir el reconocimiento de acciones individuales a favor de los consumidores que contraten influenciados por este tipo de prácticas. Ello implica la necesidad de acudir a los remedios previstos en la normativa específica de consumo o en el Derecho general de contratos. Otros, en cambio, han optado por la atribución de estas acciones individuales, arbitrando consecuencias negociales específicas para dichas prácticas concurrencialmente ilícitas. Ahora bien, las soluciones adoptadas por los distintos legisladores nacionales han sido dispares, no sólo en lo que se refiere a los remedios negociales arbitrados, sino también al tipo de prácticas desleales a las que se han vinculado dichos remedios. Ello ha dado lugar a un sistema altamente fragmentado que corre el riesgo de comprometer la efectividad de la protección de los consumidores y de no promover el desarrollo del mercado único en contra de las finalidades perseguidas por la DPCD.

86. La Directiva (UE) 2019/2161 trata de hacer frente a esta situación mediante la introducción en la DPCD de un nuevo art. 11 bis intitulado “Reparación”. Y, en esta dirección, impone a los Estados miembros la obligación de proporcionar a los consumidores afectados por prácticas comerciales desleales “medidas correctoras proporcionadas y eficaces, incluida una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por los consumidores y, cuando proceda, una reducción del precio o la resolución del contrato”. Bajo estas coordenadas, el legislador comunitario regula esta materia mediante la articulación de un conjunto de remedios individuales que se incardinan en la línea de la solución adoptada en el ordenamiento inglés. Ahora bien, de la lectura del nuevo art. 11 bis DPCD debemos destacar dos cuestiones.

Por un lado, el hecho de que el legislador comunitario sólo se limite a individualizar el resultado que los Estados miembros deben garantizar, dejando a éstos la elección de los mecanismos legales específicos a través de los cuales conseguirlo. De modo que serán los distintos legisladores nacionales quienes concreten la sanción negocial que mejor se amolde al supuesto de hecho en el marco de su ordenamiento jurídico-privado. No obstante, somos de la opinión de que los remedios negociales frente al incumplimiento contractual son los que mejor se adecúan a los dictados de la DPCD.

Por otro lado, el carácter mínimo de la armonización introducida por la Directiva (UE) 2019/2161. Ello implica, de una parte, que los distintos Estados miembros son libres para establecer otras medidas correctoras individuales encaminadas a la remoción de los efectos de las prácticas comerciales desleales. Y, de otra parte, deja en manos de los legisladores nacionales la fijación de “las condiciones de aplicación y los efectos” de las medidas correctoras individuales, lo que supone mantener cierto nivel de fragmentación en lo que se refiere a los remedios negociales que se reconocen a los consumidores en el mercado interior.

87. Cumplido el plazo de transposición de la Directiva (UE) 2019/2161, el legislador nacional no ha incorporado los mandatos establecidos en el nuevo art. 11 bis DPCD. Pese a que, inicialmente, el Anteproyecto de Ley de modificación del TRLGDCU para la incorporación de esta Directiva incluyó un precepto que incorporaba (entendemos que de forma deficiente) esta regulación (art. 20 bis. 3 TRLGDCU), el legislador español no incorpora finalmente el art. 11 bis DPCD, toda vez que del texto del Real Decreto-ley 24/2021 desaparece la regulación contenida en el apartado 3 del proyectado art. 20 bis TRLGDCU, sin que dicho régimen se incorpore a ninguna otra norma. No obstante, recientemente se ha aprobado la tramitación de esta regulación como Proyecto de Ley, por lo que habrá que estar atentos a su resultado.

88. A nuestro juicio, la regulación de esta materia es más que necesaria, no sólo a la luz de la ineludible incorporación del art. 11 bis DPCD, sino también al objeto de otorgar a los consumidores instrumentos jurídicos que permitan remover los efectos contractuales derivados de las prácticas comerciales desleales. A la vista de cuanto se ha puesto de manifiesto y, sobre todo, de los antecedentes legislativos y del espíritu de la Directiva (UE) 2019/2161, así como de la finalidad y ubicación sistemática del nuevo art. 11 bis DPCD, estimamos que la incorporación de las medidas correctoras individuales a favor de los consumidores afectados por prácticas comerciales desleales debe incorporarse a nuestro ordenamiento mediante una reforma de la LCD. En particular, a través de la adición de un nuevo inciso en el precepto regulador de la acción de remoción de los efectos perjudiciales de los actos de competencia desleal, que regule los diversos presupuestos aplicativos y el alcance de estas medidas correctoras individuales.

En lo relativo a sus presupuestos de las medidas correctoras de carácter contractual, somos de la opinión de que la aplicación de estas medidas debe quedar condicionada al cumplimiento de un triple requisito: 1) la constatación de la existencia de una práctica comercial desleal; 2) la celebración de un contrato; y 3) que dicha práctica comercial desleal haya podido influir en la celebración del contrato o afectar a su cumplimiento. De esta forma, el consumidor que se haya visto afectado por una práctica comercial desleal podrá acceder a las medidas correctoras sin necesidad de acreditar un nexo causal entre la práctica comercial desleal y la celebración no querida o el cumplimiento defectuoso del contrato. Sería, en cambio, el empresario quien debería soportar la carga de la prueba de que la práctica comercial desleal en cuestión no es apta en abstracto para afectar a la autonomía decisional y negocial del consumidor. Esta solución redundaría en una mayor eficacia de las medidas negociales.

En lo que atañe al contenido de los remedios contractuales, estimamos que la nueva regulación debe permitir al consumidor optar por la medida concreta que mejor satisfaga sus intereses. En consecuencia, el consumidor debe poder solicitar la resolución contractual si se trata de un contrato no deseado o por la rebaja del precio si prefiere mantener sus efectos.

Asimismo, sería conveniente establecer una regulación del alcance de la resolución del contrato y de sus efectos, además de establecer algunas excepciones a su aplicación cuando el objeto del contrato no pueda restituirse al empresario o cuando alguno de los remedios negociales a los que opta el consumidor sea especialmente gravoso para el empresario.

Respecto a la reducción del precio, creemos conveniente que se arbitre un baremo de reducciones en función de la gravedad de la práctica, de sus efectos perjudiciales, del grado de diligencia empleado por el empresario y del resto de circunstancias que rodean el supuesto.

Junto a ello, creemos necesario regular el alcance de la responsabilidad del sujeto agente de la práctica comercial desleal cuando éste sea distinto del empresario que contrata con el consumidor afectado, así como las posibles vías de reclamación por parte del empresario (no infractor) que contrata con el consumidor.

Estas medidas, a nuestro juicio, deberían poder solicitarse directamente por el consumidor al empresario con el que haya celebrado el contrato afectado por la práctica desleal mediante una mera comunicación en la que se detalle la práctica en cuestión y se acredite la contratación. De esta forma los consumidores tendrán una vía más rápida y eficaz de ver eliminados los efectos negociales derivados de prácticas comerciales cuya deslealtad sea declarada judicialmente, ya sea a instancia de los propios consumidores, de asociaciones de defensa de sus intereses o, incluso, de otros competidores. En caso de que el empresario no se avenga a satisfacer el interés del consumidor, éste debe seguir teniendo a su disposición la posibilidad de ejercitar estas acciones en vía judicial.

Finalmente, en lo que respecta a la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, proponemos la delimitación de su carácter contractual o extracontractual, así como su previsión para todos los casos en que el consumidor se haya visto afectado por una práctica comercial desleal y no sólo a aquellos en los que se solicite la resolución del contrato. Además, en los casos en que se concedan medidas negociales creemos útil la estimación de una cifra mínima de indemnización. Si bien, sería conveniente permitir que la cuantía sea mayor o menor (incluso nula) si el consumidor acredita unos daños mayores o si el empresario demuestra que los daños son menores o nulos. De esta forma, el remedio resarcitorio respondería a los caracteres de proporcionalidad y eficacia que exige el texto comunitario.