

ANTONIO CASADO NAVARRO

CONSECUENCIAS NEGOCIALES DE LAS PRÁCTICAS DESLEALES CONTRA LOS CONSUMIDORES

Relaciones entre el Derecho contractual
de consumo y el Derecho de la
competencia desleal

Prólogo de
Prof. Dr. Luis María Miranda Serrano

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2022

ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO	13
ABREVIATURAS.....	21
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN.....	23
1. Propósito de la investigación.....	23
2. Justificación de la investigación	25
CAPÍTULO II. LA TRADICIONAL DESCONEXIÓN ENTRE EL DERECHO DE CONTRATOS Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL.....	29
1. Planteamiento.....	29
2. Desconexión axiológica.....	30
3. Desconexión funcional.....	33
4. Desconexión normativa.....	35
CAPÍTULO III. EL PROCESO DE PERMEABILIZACIÓN ENTRE EL DERECHO DE CONTRATOS Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL: CONE- XIONES AXIOLÓGICAS Y FUNCIONALES EN EL MARCO DEL DERECHO DE CONSUMO	41
1. Planteamiento.....	41
2. Conexiones axiológicas	43
3. Conexiones funcionales.....	49
CAPÍTULO IV. CONEXIONES NORMATIVAS ENTRE EL DERECHO DE CON- TRATOS Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN EL DERE- CHO CONTRACTUAL DE CONSUMO	55
1. Planteamiento.....	55
2. Deberes de información precontractual.....	56
3. El principio de la integración publicitaria del contrato.....	61
4. La integración del contrato en los supuestos de falta de información precon- tractual	66

	Pág.
5. El régimen de las condiciones generales de la contratación y de los clausulas contractuales predispuestos.....	68
5.1. El control de transparencia formal.....	69
5.2. El control de transparencia material.....	71
5.3. El control de contenido o de abusividad	73
6. El régimen de conformidad de los bienes de consumo con el contrato.....	77
7. El derecho de desistimiento en la contratación de consumo	81
8. El régimen contractual de los envíos no solicitados.....	86
 CAPÍTULO V. CONEXIONES NORMATIVAS ENTRE EL DERECHO DE CONTRATOS Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN LA DISCIPLINA DE LA DESLEALTAD CONCURRENCIAL	 89
1. Planteamiento.....	89
2. La cláusula general prohibitiva de la deslealtad.....	92
2.1. Cuestiones generales	92
2.2. La vertiente generalista de la cláusula general	93
2.3. La vertiente consumerista de la cláusula general	95
2.4. Conexiones entre la cláusula general prohibitiva de la deslealtad con los consumidores y el Derecho de contratos	100
3. Actos de engaño y omisiones engañosas	102
3.1. Consideraciones preliminares	102
3.2. Las prácticas engañosas por acción.....	103
3.2.1. Las prácticas engañosas en sentido estricto.....	103
3.2.2. Las prácticas comerciales engañosas por confusión.....	105
3.2.3. La publicidad comparativa	107
3.2.4. El incumplimiento de los compromisos asumidos en códigos de conducta	107
3.3. Las prácticas engañosas por omisión	108
3.4. Las prácticas engañosas desleales <i>per se</i>	112
3.5. Conexiones entre las prácticas engañosas y el Derecho de contratos ...	117
4. Prácticas agresivas.....	122
4.1. Cuestiones preliminares.....	122
4.2. Las prácticas agresivas	124
4.3. Las prácticas agresivas <i>per se</i>	126
4.4. Conexiones entre las prácticas agresivas y el Derecho de contratos	130
 CAPÍTULO VI. EL ESTABLECIMIENTO DE MEDIDAS CORRECTORAS INDIVIDUALES FRENTE A PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES: DERECHO VIGENTE, PROPUESTAS DE <i>LEGE FERENDA</i> Y SOLUCIONES DE DERECHO COMPARADO	 135
1. Planteamiento.....	135
2. Las acciones previstas en la LCD.....	137
3. Propuestas de <i>lege ferenda</i> : La modulación del régimen de los vicios del consentimiento	145
4. El reconocimiento de remedios negociales individuales a favor de los consumidores que contraten afectados por prácticas comerciales desleales en el Derecho comparado.....	150

	Pág.
4.1. El reconocimiento de un derecho de desistimiento al consumidor que contrate afectado por una práctica comercial desleal.....	150
4.2. La anulabilidad del contrato celebrado como consecuencia de una práctica comercial desleal	152
4.2.1. Polonia	152
4.2.2. Portugal	153
4.2.3. Luxemburgo	155
4.2.4. Países Bajos	156
4.3. La nulidad del contrato celebrado como consecuencia de una práctica comercial desleal: la solución francesa	157
4.4. El reembolso del precio sin devolución del bien: la solución belga	158
4.5. La rescisión del contrato o la rebaja del precio en los contratos conclui- dos como consecuencia de prácticas comerciales desleales: la solución inglesa.....	161
 CAPÍTULO VII. LA DIRECTIVA (UE) 2019/2161: MEDIDAS CORRECTORAS IN- DIVIDUALES FRENTE A LAS PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES.....	 165
1. Planteamiento.....	165
2. Los antecedentes de la Directiva (UE) 2019/2161	167
3. La propuesta de Directiva	169
4. La Directiva (UE) 2019/2161	172
4.1. Cuestiones generales.....	172
4.2. El reconocimiento de medidas correctoras individuales a los consu- midores afectados por prácticas comerciales desleales: la inclusión de un nuevo art. 11 <i>bis</i> en la DPCD	174
4.3. Las conexiones entre el Derecho de la competencia desleal y el Dere- cho de contratos en la modificación de la DPCD	181
 CAPÍTULO VIII. SOBRE LA INCORPORACIÓN DEL ART. 11 <i>BIS</i> DPCD AL OR- DENAMIENTO ESPAÑOL	 187
1. El Anteproyecto de Ley por el que se modifica el TRLGDCU, para la mejora y modernización de las normas de protección de los consumidores de la UE y del régimen sancionador en materia de consumo	187
2. El Real Decreto-ley 24/2021: la no incorporación al Derecho español de remedios negociales frente a prácticas comerciales desleales y el recurso (como solución provisional) a la acción de remoción prevista en la LCD	194
3. Exigencias de incorporación del art. 11 <i>bis</i> DPCD al ordenamiento español .	197
 BIBLIOGRAFÍA.....	 199

PRÓLOGO

«[Q]uiero ser un jurista atento a la realidad y a sus cambios, a lo nuevo. Es una actitud científica y metodológica que nos enseñaron a los mercantilistas nuestros maestros [...] en una permanente lección de *aggiornamento*, de constante actualización y de interés y curiosidad por los cambios. Es algo que debe ser inherente al cultivador de la ciencia, porque el conocimiento es avance —no estancamiento—, progreso, marcha hacia adelante sin fronteras ni fin» (Manuel OLIVENCIA RUIZ, «La propiedad industrial y la empresa en el moderno Derecho mercantil», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, monográfico de 1994 dedicado al *Derecho de la Propiedad Industrial*, p. 13).

I

«La calidad nunca es un accidente. Siempre es resultado de un esfuerzo inteligente». Esta afirmación del gran escritor y artista británico John Ruskin me parece oportunísima para abrir el prólogo de esta nueva monografía que nos ofrece el doctor Antonio Casado Navarro. No en vano, se trata de un estudio de calidad sobre una materia compleja, cuya ejecución solo ha sido posible gracias a un intenso esfuerzo investigador del que he tenido la suerte de ser testigo de excepción. En realidad, nada de esto me causa sorpresa ni extrañeza. En su primera monografía sobre *El nombre comercial* (Marcial Pons, 2019), que ha sido hasta la fecha su principal carta de presentación ante la comunidad jurídica, en general, y la mercantilista, en particular, el Dr. Casado ya demostró ser un investigador serio y riguroso, con una muy fina y acusada capacidad de análisis y reflexión. Ahora vuelve a hacerlo, abordando un asunto muy distinto de aquel pero con unos resultados tan meritorios como los que se consiguieron en esa otra ocasión.

II

Si tuviera que elegir tres palabras para realizar una breve descripción o caracterización de esta monografía, probablemente me decantaría por los vocablos *actualidad*, *novedad* y *rigor*.

La *actualidad* deriva del tema abordado: las consecuencias negativas de las prácticas desleales contra los consumidores y, en suma, las complejas relaciones apreciables

entre el Derecho de la competencia desleal y el Derecho de contratos. Sobre todo, por tratarse de un asunto del que el legislador comunitario no se ha ocupado expresamente hasta fechas muy recientes; en concreto, a través de la Directiva (UE) 2019/2161, de 27 de noviembre, por la que se modifican varias Directivas comunitarias¹, que ha introducido un nuevo precepto (el art. 11 *bis*) en la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo, de prácticas comerciales desleales², con la finalidad de obligar a los Estados miembros de la Unión a proporcionar a los consumidores víctimas de comportamientos desleales «medidas correctoras proporcionadas y eficaces, incluida una indemnización por los daños y perjuicios y, cuando proceda, una reducción del precio o la resolución del contrato».

Por su parte, la palabra *novedad* (enfatizada con gran acierto por el profesor Olivencia en las hermosas palabras sobre la actitud científica y metodológica del jurista que encabezan este prólogo) alude especialmente a las conclusiones alcanzadas. Y la empleo aquí en una de sus acepciones expresamente admitida por el Diccionario de la Real Academia Española, que se refiere a ella como «cualidad de nuevo», en el sentido de «distinto o diferente de lo que antes había o se tenía aprendido». Por supuesto que es perfectamente legítimo que el jurista interesado en esta materia no esté de acuerdo con todas estas conclusiones. Al respecto, no está de más recordar con Karl Popper que en el campo de las Ciencias Sociales (al que pertenece el Derecho) el conocimiento o saber científico en estado puro e incontrovertible es inaccesible³. Ahora bien, al margen de posibles (y legítimos) desacuerdos, lo que no puede negarse, desde mi punto de vista, es que nos encontramos ante conclusiones correctamente argumentadas, que suponen una clara innovación y aportación al progreso del conocimiento en una materia tan compleja y escasamente abordada en nuestro país como la analizada.

El rigor, por último, alude al método de trabajo desplegado por el autor en la ejecución de esta investigación. Basta tomar en consideración el rico material bibliográfico, legislativo y jurisprudencial que maneja para tomar conciencia de que nos encontramos ante un estudio sólido, resultado de un método intachable y una disciplina rigurosa. Como ejemplo de esta rigurosidad metodológica, me gustaría destacar especialmente la parte de la monografía destinada al estudio del Derecho comparado, en la que el lector interesado puede encontrar un análisis muy completo y de gran interés sobre las opciones de política legislativa seguidas en esta materia por los legisladores de Alemania, Polonia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Francia, Bélgica e Inglaterra. En todo caso, esta parte de la monografía no es la única en la que el rigor se hace muy presente. Creo no equivocarme al afirmar que dicha cualidad es predicable de la totalidad de la obra en su conjunto, desde la primera a la última de sus páginas.

¹ Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre, 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: *DOUE* núm. 328, de 18 de diciembre de 2019.

² Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo, 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) núm. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»): *DOUE* L 149/22, de 11 de junio de 2005.

³ K. POPPER, *La lógica de la investigación científica* (trad. por Sánchez Zabala), Madrid, Tecnos, 1962, *passim*, y también del mismo autor *El desarrollo del conocimiento científico. Conjeturas y refutaciones* (trad. por Miquez), Buenos Aires, Paidós, 1979; como sostiene Popper en estos estudios, en el terreno de las Ciencias Sociales, lo relevante para que el progreso sea posible es que las verdades existentes estén siempre sujetas a críticas, esto es, expuestas a pruebas, verificaciones y retos que las confirmen o desmientan y, en este segundo caso, las reemplacen por otras más próximas a la verdad total y definitiva, aunque esta se presenta como inalcanzable y seguramente inexistente.

III

Hechas estas apreciaciones generales sobre el libro aquí prologado, me gustaría subrayar la relevancia y complejidad de la materia que en él se aborda, que no es otra que las consecuencias negativas de las prácticas comerciales desleales con los consumidores. O, si se prefiere, la necesaria convergencia entre el Derecho de contratos y el Derecho de la competencia desleal, en aras de proporcionar una adecuada protección a los consumidores que celebran contratos directamente influenciados por prácticas desleales engañosas y agresivas. Como apunta el autor, la convergencia de estos dos sectores normativos ha sido históricamente innecesaria, pues la celebración del contrato determinaba de manera automática la retirada del Derecho de la competencia desleal. Pero advierte, al mismo tiempo, con acierto que en los últimos años algo está cambiando en esta materia siendo, precisamente, el Derecho de los consumidores y usuarios el lugar en el que se están residenciando dichos cambios. En certeras palabras del autor, los cambios aludidos se manifiestan en un triple plano: axiológico, funcional y normativo⁴.

En el terreno *axiológico*, se constata cómo el Derecho de contratos muestra un interés cada vez más acusado por la transparencia informativa y por los problemas derivados de las nuevas técnicas de comercialización desarrolladas en el mercado; y, a la inversa, el Derecho de la competencia desleal se manifiesta cada vez más sensible a ideas y consideraciones propias del Derecho de la contratación, tales como la autodeterminación negocial y la conformación de un consentimiento libre e informado⁵.

En el plano *funcional*, se aprecia, por un lado, la incorporación al Derecho de contratos de soluciones a problemas que acaecen con anterioridad al momento de la perfección contractual, y que se manifiestan a través de conductas desarrolladas en el mercado; mientras que, por otro lado, la normativa de la competencia desleal empieza a dar respuesta a cuestiones que acontecen en el marco del contrato, tanto en la fase precontractual como en la contractual y postcontractual.

Finalmente, en la vertiente *normativa*, no es difícil advertir cómo el moderno Derecho de la competencia desleal construye la disciplina de las prácticas engañosas y agresivas sobre la base de la protección de la autonomía decisional de los consumidores, extendiendo su aplicación a las distintas fases del proceso contractual. Y, al mismo tiempo, desde el prisma del Derecho de contratos, se toman en consideración comportamientos concurrenciales acaecidos en la fase previa a la celebración del negocio, como lo pone claramente de manifiesto, entre otros institutos, el principio de la integración publicitaria del contrato formulado por el art. 61 del Texto Refundido de Consumidores⁶.

IV

Estamos, por tanto, ante una materia de investigación delicada, compleja y sensible. Así tuve la oportunidad de afirmarlo hace algunos años en un breve artículo, escrito en coautoría con mi buen amigo y compañero el profesor Pagador López. En

⁴ L. M. MIRANDA SERRANO y J. PAGADOR LÓPEZ, «La necesidad de establecer conexiones entre el Derecho de la competencia desleal y el Derecho de contratos», en *Diario La Ley*, núm. 8464, 2015.

⁵ *Ibid.*

⁶ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias: *BOE* núm. 287, de 30 de noviembre de 2007.

concreto, en este trabajo, que vio la luz en el *Diario La Ley*, sosteníamos que «el establecimiento de las necesarias conexiones axiológicas y normativas entre el Derecho de la competencia desleal y el Derecho de obligaciones y contratos constituye uno de los grandes retos del legislador contemporáneo, y también de la doctrina científica y de la jurisprudencia. Se trata de una materia delicada, compleja y sensible, que afecta al nervio de nuestro sistema jurídico y económico, y que requiere de una reflexión sosegada y profunda, donde la prisa o la precipitación son el enemigo a evitar». Y a esto añadíamos (a modo de punto final) que «lo que no es en ningún caso de recibo es que el legislador ejerza de Don Tancredo y adopte una posición de absoluta pasividad ante lo que constituye, sin duda, un problema técnico-jurídico y político-legislativo. Las prisas son muy malas consejeras y producen efectos indeseables. Mas a iguales resultados conducen la inacción y la pasividad ante problemas reales».

Pues bien, esta monografía es una prueba evidente de que el profesor Antonio Casado no tiene temor a los retos. Antes bien, los encara de frente con la finalidad de buscar soluciones adecuadas para los problemas que suscitan o, al menos, de explorar posibles vías de solución que satisfagan del mejor modo posible los intereses en presencia. Porque el asunto al que se enfrenta en este libro no solo es complejo y delicado en el sentido anteriormente señalado. También es relevante no únicamente desde el punto de vista dogmático o teórico, sino también práctico. Así lo corrobora la realidad, especialmente en el ámbito de la comercialización de productos y servicios financieros, cada vez más complejos. Desde hace ya algún tiempo, asistimos a situaciones diversas en las que la contratación de determinados productos y/o servicios se encuentra precedida de ciertas técnicas de comercialización fundadas en una información inexacta e insuficiente, o dominadas por una actitud agresiva por parte de los oferentes (las entidades financieras). Ejemplos claros de estas situaciones en la práctica bancaria española son, entre otros, los escándalos de comercialización masiva de *swaps* junto con préstamos a interés variable, bajo el ropaje de seguros frente a cambios de los tipos de interés, o las tristemente célebres participaciones preferentes que en no pocos casos fueron presentadas como depósitos o imposiciones a plazo fijo.

V

Frente a dichas situaciones anómalas, los clientes que han celebrado los contratos solo tienen a su disposición los remedios sobre vicios del consentimiento negocial contenidos en el viejo Código Civil. Y parece evidente que dicho Código es muy exigente (desde luego bastante más que la disciplina de la competencia desleal) para concluir que ha habido un vicio determinante del consentimiento negocial y, por consiguiente, suficiente para que la parte afectada pueda pretender la anulación del contrato. Razón por la cual podría ocurrir perfectamente que lo que es declarado ilícito en cuanto engañoso o agresivo por el Derecho de la competencia desleal, sin embargo, sea considerado lícito (o al menos no invalidante) por el Derecho de contratos. Y lo chocante y sorprendente es que uno de los factores que se toman en consideración al efecto de calificar una determinada práctica comercial como desleal es justamente su idoneidad para perturbar o distorsionar la conducta negocial del consumidor; es decir, para inducirle a celebrar un contrato que de otro modo no habría concluido, o para hacerlo en otros términos o con una contraparte distinta.

Estas situaciones merecen una respuesta por parte del legislador contemporáneo. No resulta lógico que un comportamiento de mercado que se reputa desleal por

su idoneidad para perturbar el proceso de toma de decisión de los consumidores y usuarios (ya por ser engañoso, ya por ser agresivo), quede sometido a un tratamiento jurídico negocial que prescinde absolutamente del contexto de mercado en el que ha tenido lugar.

VI

Es verdad que existen diferencias significativas entre ambos sectores del ordenamiento que no pueden ignorarse. No en vano, el juicio conducente a determinar la lealtad o deslealtad de un acto realizado en el mercado toma en consideración las circunstancias típicamente concurrentes en ese mercado, el tipo medio de cliente y las circunstancias ordinarias o habituales. Y en función de todas estas circunstancias típicas, califica la práctica en cuestión como desleal por engañosa o agresiva. Sin embargo, en el ámbito contractual, ante un problema de posibles vicios del consentimiento negocial, lo que se tiene en cuenta son las concretas circunstancias concurrentes en la celebración de cada singular contrato. De ahí que no se pueda descartar que un acto que puede ser considerado desleal por engañoso con carácter abstracto o general no sea idóneo para inducir a error en un caso concreto a un determinado consumidor por la razón, por ejemplo, de que este cuente con una especial formación o capacidad. Y del mismo modo es posible imaginar que alegaciones publicitarias falsas pero inocuas induzcan a celebrar contratos a consumidores especialmente crédulos o carentes de sentido crítico.

Estas consideraciones llevan al doctor Casado Navarro a cuestionar que pueda trazarse un paralelismo entre, por un lado, las prácticas engañosas y las figuras clásicas del error y el dolo (en cuanto que en todas ellas resulta lesionada la *libertad de saber* del consumidor) y, por otro lado, entre las prácticas agresivas y las viejas instituciones de la violencia y la intimidación (al compartir todas ellas como denominador común la lesión de la *libertad de querer* del consumidor). En su opinión, ese proceder no resulta adecuado; sobre todo, por los cuatro motivos siguientes: la diversidad de intereses tutelados, su diferente ámbito de aplicación, su distinto enfoque de apreciación y los desiguales parámetros de ilicitud. Por ello no le llegan a convenir algunas de las propuestas formuladas por la doctrina (española e italiana) en esta materia, como la consistente en establecer una presunción *iuris tantum* y, como tal, desvirtuable por la otra parte, de que el contrato celebrado como consecuencia de una práctica desleal ha nacido viciado; o la que considera acreditada en estos casos la concurrencia de un vicio del consentimiento, quedando a cargo del interesado demostrar la presencia de los requisitos legalmente necesarios⁷.

⁷ En esta dirección nos manifestamos, precisamente, en L. M. MIRANDA SERRANO y J. PAGADOR LÓPEZ, «La necesidad de establecer conexiones...», *op. cit. supra*, en los siguientes términos que, como se verá, no son (ni pretenden ser) en modo alguno categóricos: «No parece adecuado proponer que la calificación de un determinado comportamiento de mercado como desleal por engañoso o agresivo acarree de modo automático y sin excepción posible la nulidad o anulación de todos los contratos que traigan causa de él o tengan alguna relación con él. Pero el hecho de que la celebración de un contrato haya venido precedida de la comisión de un acto de competencia desleal de carácter engañoso o agresivo que ha recibido esa calificación por ser susceptible de perturbar o distorsionar la decisión negocial del consumidor no puede quedar huérfano de consecuencias en el terreno negocial. Habrá que reflexionar acerca de estas. Por ejemplo, *puede determinar el nacimiento de una presunción de que el contrato ha nacido viciado, desvirtuable por la actividad probatoria de la otra parte, o puede ser considerado bastante para estimar acreditada la concurrencia de error, dolo o intimidación, quedando a cargo del interesado la prueba de su carácter esencial y excusable*. Se trata de un problema abierto cuya solución requiere, en primer lugar, el reconocimiento mismo de la existencia del problema» (la cursiva es mía).

Desde su punto de vista, el reconocimiento de remedios negociales a los consumidores que contratan influenciados por prácticas desleales encuentra su razón de ser en la conculcación del principio de la buena fe que ha de inspirar en todo momento el proceso de contratación. Esa es, según la tesis del profesor Casado, la idea que subyace en el nuevo art. 11 *bis* que la Directiva 2019/2161 ha introducido en la Directiva 2005/29/CE de prácticas comerciales desleales. Por consiguiente, así interpretado, dicho precepto vendría a determinar las consecuencias que conforme a la buena fe contractual se derivan de un determinado contrato, aunque utilizando para tal fin los criterios dimanantes del Derecho de la competencia desleal.

VII

En un trabajo de esta naturaleza y ante la ausencia de una solución legislativa en nuestro ordenamiento, no podía faltar el análisis del Derecho comparado. El estudio de esta materia lleva al autor a constatar una más que evidente disparidad de soluciones. En algunos casos, la opción elegida ha sido la anulabilidad del contrato, aunque con particularidades propias de cada ordenamiento (Polonia, Portugal, Luxemburgo y Países Bajos). En otros, en cambio, la solución ha consistido en la nulidad de pleno derecho, aunque prevista solo para los contratos resultantes de la comisión de prácticas agresivas (Francia). No han faltado tampoco soluciones *sui generis* que facultan al consumidor que ha contratado afectado por determinadas prácticas desleales a solicitar el reembolso del precio o rechazar el pago sin obligación de devolver el bien objeto del contrato (Bélgica). Y junto a lo anterior, hay ordenamientos (como el inglés) que prevén el derecho a rescindir el contrato o a solicitar una reducción del precio y, en todo caso, a instar la reclamación de los daños y perjuicios producidos. El estudio que se ofrece de estas distintas soluciones legislativas es completo y riguroso, al poner el acento en las luces y sombras de cada una de ellas. De ahí que pueda ser de gran utilidad al legislador español que, lamentablemente, hasta la fecha no ha adoptado ninguna solución en esta materia.

Efectivamente, nuestro legislador, tras un titubeante proceso legislativo en el que ofreció *ab initio* una solución bastante insatisfactoria, se ha decantado finalmente por no introducir en el ordenamiento español el art. 11 *bis* incorporado en 2019 a la Directiva 2005/29/CE de prácticas comerciales desleales. Desde luego, que este proceder debe ser censurado y corregido lo antes posible en aras de conferir una adecuada protección a los consumidores que celebran contratos directamente influenciados por prácticas comerciales desleales (engañosas o agresivas). En todo caso, coincido plenamente con el profesor Antonio Casado cuando defiende que hasta tanto se acometa esta ineludible tarea, podría ser de utilidad en esta materia el recurso a la acción de remoción prevista en la Ley de Competencia Desleal (LCD)⁸. A su juicio (que comparto), el principio de interpretación del Derecho nacional de conformidad con las Directivas comunitarias podría servir para revitalizar esta acción y conseguir el resultado perseguido por el nuevo art. 11 *bis*.

VIII

Precisamente, la propuesta de *lege ferenda* que el autor ofrece para nuestro ordenamiento conecta directamente con la referida acción de remoción. Consiste básica-

⁸ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, BOE núm. 10, de 11 de enero de 1991.

mente en incorporar un nuevo inciso al precepto de la LCD regulador de esta acción que fije los diversos presupuestos aplicativos y el alcance de las medidas contractuales a adoptar. En cuanto a lo primero (presupuestos), su opinión consiste en condicionar la aplicación de estas medidas al cumplimiento de tres exigencias que parecen razonables: 1.^a) la constatación de la existencia de una práctica desleal; 2.^a) la celebración de un contrato; y 3.^a) que la práctica desleal en cuestión haya podido influir en la celebración del contrato o afectar a su cumplimiento. En lo que atañe a las medidas a adoptar, se muestra partidario de permitir al consumidor decantarse por aquella que mejor satisfaga sus intereses: la resolución del contrato, en caso de que este no sea deseado, o la rebaja del precio, en el supuesto de que quisiera mantener sus efectos. A lo anterior añade algunas precisiones de interés. Por un lado, la conveniencia de arbitrar un baremo de reducciones de precio en función de diversas circunstancias (gravedad de la práctica, el grado de diligencia empleado por el empresario, etc.). Por otro lado, la necesidad de regular el supuesto de que la práctica comercial desleal sea realizada por un tercero ajeno a la relación contractual que trae causa de dicha práctica, estableciendo en este caso el alcance de su responsabilidad y de las posibles vías de reclamación a ejercitar por el empresario que celebra el contrato con el consumidor. Por último, la conveniencia de que estas medidas puedan solicitarse de forma directa por el consumidor a través de una simple comunicación dirigida a la contraparte, dejando, no obstante, abierta en última instancia la vía judicial.

IX

Estos son (meramente esbozados) algunos de los muchos e interesantes contenidos que pueden encontrarse en esta monografía. El tratamiento que se da a cada uno de ellos permite concluir que nos encontramos ante una obra muy completa que, con el auxilio de un sólido soporte bibliográfico, jurisprudencial y legislativo, afronta con gran solvencia la compleja materia que en ella es objeto de análisis. Como señalé con anterioridad, el lector podrá no estar de acuerdo con alguna o algunas de las interpretaciones que en ella se defienden. Es natural que así sea. Como afirma el profesor Sánchez Calero, cualquier cultivador del Derecho sabe la gran subjetividad que aporta a su propio trabajo, toda vez que nos encontramos ante una Ciencia que no tiene por objeto fenómenos de la naturaleza sino «productos del espíritu del hombre»⁹. Ahora bien, al margen de posibles desacuerdos en cuestiones concretas (siempre legítimos e incluso deseables para el avance de la Ciencia de Derecho), me parece incuestionable que nos encontramos ante un libro que constituye una verdadera aportación al progreso y avance del conocimiento en la materia estudiada. Por ello no puedo sino recomendar vivamente su lectura a todo aquel que esté interesado en profundizar en el estudio de las conexiones (hoy inevitables) que tienen lugar entre dos sectores del ordenamiento con una muy desigual historia y cultura, como son el Derecho de obligaciones y contratos, de una parte, y el Derecho de la competencia desleal, de otra.

X

Por último, no me resisto a cerrar este prólogo sin expresar un sentimiento íntimo de enorme satisfacción personal. Desde que conocí a Antonio Casado siendo un

⁹ F. SÁNCHEZ CALERO, «Reflexión general sobre el proceso descodificador y perspectivas del Derecho mercantil al finalizar el siglo XX», en AAVV, SÁNCHEZ CALERO (coord.), *Perspectivas actuales del Derecho mercantil*, Pamplona, Aranzadi, 1995, p. 17.

brillante estudiante de licenciatura hasta el día de hoy he sido testigo del enorme crecimiento académico que ha experimentado, en su doble faceta de investigador y docente. Como es natural, desde el primer día que formó parte del equipo de mercantilistas cordobés, he procurado inculcarle en todo momento el valor del esfuerzo y del trabajo bien hecho, así como esa actitud científica y metodológica hacia lo nuevo y el *aggiornamento* de la que nos habla el maestro Olivencia (de quien me sentí siempre —y me sigo sintiendo— discípulo de segunda generación) en las palabras transcritas al inicio de este prólogo. Es evidente que el profesor Antonio Casado no ha hecho oídos sordos a estos consejos. Antes bien, los ha tenido siempre muy presentes. Prueba de ello es la muy fructífera obra de la que es autor, pese a su juventud. Esta nueva monografía, fruto de dos largos años de duro trabajo realizado en las Universidades de Córdoba (España) y Bolonia (Italia), refuerza de una forma muy marcada esta última idea.

Vivimos tiempos difíciles en todos los órdenes de la vida. Desde hace algún tiempo, venimos siendo testigos de una crisis social y de valores que, como es natural, afecta también de lleno a la Universidad. Pero siempre hay lugar para la esperanza. Y, desde luego, desde mi modo de ser y de estar en la Universidad (que aprendí de mis maestros), lo más reconfortante en el momento vital en que me encuentro es poder comprobar cómo la Universidad del siglo *xxi* sigue contando con jóvenes muy bien preparados que, con vocación y esfuerzo, aportan lo mejor de sí mismos para tratar de hacer de esta institución un servicio público de calidad. El profesor Antonio Casado corrobora esta realidad. Por ello le felicito muy efusivamente y le animo a continuar por la senda por la que ha venido transitando desde que decidió dedicarse a la carrera académica (para mí apasionante, pese a los males que padece). No me cabe ninguna duda de que así lo hará. Y de que tras esta excelente monografía vendrán otras que, además de ampliar y fortalecer su formación, servirán para avanzar en el conocimiento de otras nuevas materias e instituciones mercantiles. El camino lo tiene bien aprendido el profesor Casado. Ya nos lo señalaron, hace bastantes años, Thomas Edison o James J. Hill, al afirmar (en palabras que cualquiera de nosotros suscribiríamos) que «no hay sustituto para el trabajo duro». En realidad, esta misma idea ya había sido formulada mucho antes, en la Grecia clásica, por Eurípides a través de su célebre expresión «mucho esfuerzo, mucha prosperidad». De ahí que no pueda poner punto final a estas líneas sino deseando de corazón al profesor Antonio Casado Navarro que la prosperidad sea siempre su aliada, tanto en lo personal como en lo profesional. ¡Ojalá así sea!¹⁰.

Universidad de Córdoba, Facultad de Derecho y CC. Económicas y Empresariales, 8 de abril de 2022, día grande en Córdoba de celebración del Viernes de Dolores, preludio de la Semana Santa.

Luis María MIRANDA SERRANO

Catedrático de Derecho Mercantil

Decano de la Facultad de Derecho y CC. Económicas y Empresariales

Universidad de Córdoba

¹⁰ Este prólogo (al igual que la obra prologada) se inserta dentro del Proyecto de investigación nacional (referencia: PID2020-117872RB-I00) financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España (IP: Miranda Serrano y Pagador López), dentro del Proyecto de investigación autonómico (referencia: P20_00002) financiado por la Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades de la Junta de Andalucía (IP: Miranda Serrano) y dentro del Proyecto FEDER-UCO (referencia: 1380525-R) financiado por la Universidad de Córdoba (IP: Miranda Serrano y Pagador López).

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

1. PROPÓSITO DE LA INVESTIGACIÓN

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

Como ejemplo paradigmático de las primeras podemos citar la comercialización de productos financieros complejos dirigida a clientes poco especializados: depósitos o bonos estructurados comercializados como depósitos a plazo, permutas financieras camufladas como seguros sobre tipos de interés, participaciones preferentes colocadas como títulos de renta fija y productos de inversión complejos revestidos de seguros de vida¹. Además, el entorno digital se ha convertido en un terreno especialmente fértil para el florecimiento de este tipo de prácticas engañosas, ya sea como consecuencia de los déficits informativos que se dan en el ámbito de la contratación electrónica, o como resultado de las nuevas técnicas de comercialización que surgen en el mercado digital, como es el caso del *influencer marketing*².

Entre las segundas, son particularmente frecuentes las propuestas telefónicas no solicitadas, el envío de correos electrónicos masivos³, o la adquisición de *smartphones* vinculados a la prestación del servicio de telefonía mediante contratos con «cláusulas de permanencia» o de «fidelidad forzosa»⁴.

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

² Acerca de este tipo de publicidad, *vid.* E. GONZÁLEZ PONS, «Prácticas comerciales desleales e *influencers*. Un nuevo reto para el Derecho de la competencia desleal», en AAVV, A. TATO PLAZA, J. COSTAS COMESAÑA, P. I. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO y F. J. TORRES PÉREZ (dirs.), *Nuevas tendencias en el Derecho de la competencia y de la propiedad industrial II*, Granada, Comares, 2019, pp. 51 y ss.

³ Sobre este particular, *vid.* A. EMPARANZA SOBEJANO, «Las propuestas telefónicas o por correo electrónico no deseadas: un supuesto de práctica agresiva por acoso», en *Actas de Derecho Industrial*, núm. 31, 2010-2011, pp. 153 y ss.

⁴ Sobre esta problemática, A. M. RUÍZ MARTÍN, «Cláusulas de permanencia», prácticas comerciales desleales, y estrategias competitivas a la luz de ciertos contratos con operadoras móviles en España: Una visión holística del asunto», en *Anales de Derecho*, vol. 37, núm. 1, 2019, pp. 1 y ss.

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

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

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

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

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

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

Al igual que el mercado no puede concebirse sin contratos, que son la culminación de los procesos de comunicación, comercialización, publicidad y promoción desarrollados en el mercado, el Derecho de contratos y el Derecho de la competencia desleal son sectores normativos que están destinados a relacionarse y compenetrarse. El propósito del presente estudio es esencialmente este: analizar la necesaria convergencia entre el Derecho de contratos y el Derecho de la competencia desleal desde la perspectiva del Derecho de consumo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

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

En efecto, si la experiencia demuestra que contrato y mercado son realidades íntimamente conectadas e interrelacionadas, el Derecho de contratos y la disciplina