

UN MAPA DE SITUACIÓN: DIRECTIVAS DE CLÁUSULAS ABUSIVAS, DE PRÁCTICAS DESLEALES Y DE "DERECHOS" DE LOS CONSUMIDORES¹

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen: Este trabajo pretende poner en relación el régimen de la Directiva 83/2011 con el régimen consolidado de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales y de la Directiva de cláusulas abusivas. De un lado, se imponen nuevos deberes de información en contratos con consumidores y se causa con ello una incongruencia regulatoria con la Directiva 29/2005. De otro, no se vinculan especiales remedios contractuales al nuevo estatuto contractual de la Directiva de 2011, con lo que se retorna al Derecho de la competencia desleal y al Derecho administrativo sancionador. Finalmente, no existe coordinación entre la imposición directa de obligaciones contractuales imperativas en los contratos con consumidores y el *acquis comunitario* en el sector de la cláusulas no negociadas en contratos con consumidores.

Palabras clave: Prácticas comerciales desleales, deber de información, contratos de consumo, cláusulas abusivas

Title: A map of location: unfair contractual clauses, unfair commercial practices and consumers rights Directives

Abstract: This paper aims to link the regime of Directive 83/2011 with the consolidated regime of the Unfair Commercial Practices Directive and the Unfair Terms Directive. On the one hand, new information duties in consumer contracts are imposed that cause a regulatory inconsistency with Directive 29/2005. On the other hand, there are no special contractual remedies linked to the new contractual status of the Directive of 2011, which is returned to the unfair competition law and

¹ Trabajo realizado con la ayuda del proyecto "Grupo de investigación y centro de investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo" concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad (Resolución de 23 de diciembre de 2011).

administrative penalty law. Finally, there is no coordination between the direct imposition of imperative contractual obligations in consumer contracts and the *acquis communautaire* in the field of non-negotiated clauses in consumer contracts.

Keywords: Unfair commercial practices, duty to inform, consumer contracts, unfair contractual clauses.

SUMARIO: 1. OBJETO; 2. LA INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL Y LA DESLEALTAD COMERCIAL EN LA DIRECTIVA 29/2005; 3. DEBERES DE INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR EN LA DIRECTIVA 2011/83; 4. REMEDIOS EN LAS DIRECTIVAS DE 2005 Y 2011; 4.1. Descoordinación; 4.2. Solapamiento y lagunas; 5. DIRECTIVA DE CONSUMIDORES Y DIRECTIVA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

1. OBJETO

El propósito de este trabajo es exponer el mapa de Derecho comunitario derivado una vez aprobada la Directiva 83/2011, de derechos de consumidores y usuarios, en especial, la relación que resulta del contenido con el régimen de prácticas comerciales desleales (Directiva 29/2005) y el de cláusulas abusivas en contratos con consumidores (Directiva 13/1993).

2. LA INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL Y LA DESLEALTAD COMERCIAL EN LA DIRECTIVA 29/2005

Cláusula general de deslealtad frente a normas nacionales consumeristas

La Directiva 29/2005 se caracteriza por establecer una única prohibición general de aquellas prácticas comerciales que distorsionan o pueden distorsionar el comportamiento económico de los consumidores. La cláusula general principal es la de *deslealtad respecto de los consumidores*, que la Directiva luego concreta utilizando algunos índices normativos. La prohibición se formula por medio de cláusulas generales o sub-generales, no enteramente concretadas, que contendrán prohibiciones en función de la naturaleza singular de cada práctica o de las circunstancias concurrentes.

Aunque no está claro cómo entiende la Directiva esta distinción, las normas de la Directiva se limitan a regular las "prácticas comerciales", pero no afectan al Derecho contractual. Se considera práctica comercial "todo acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluida la publicidad y la comercialización, directamente relacionados con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores" [art. 2 d)].

La Directiva no contiene una armonización de mínimos, sino plena; no cabe un desarrollo "al alza" por parte de los Estados. A efectos de lo que se considera como "sustancial" para ser objeto de una obligación de informar, únicamente son imperativas las exigencias que se contienen en el propio

Derecho de consumo comunitario, pero no en el Derecho estatal de desarrollo de estas Directivas. No hay engaño "sustancial" si los operadores económicos omiten informar sobre los extremos impuestos por la legislación estatal de desarrollo de las Directivas, pero que no se haya expresamente impuesto por estas Directivas. Con más razón [aunque hay que reconocer que la Directiva en este punto es todo menos claro], cuando se trate de normativa estatal relativa a la información suministrable a consumidores, cuando no tenga apoyo ni sea desarrollo de una normativa comunitaria.

Los Estados miembros sólo podrán mantener o añadir requisitos de información relacionada con el *Derecho contractual* y con las repercusiones en el ámbito del Derecho contractual si así lo autorizan las cláusulas mínimas del Derecho comunitario vigente. Por lo que toca a las *exigencias de información suplementariamente* exigidas por los Estados miembros a la información impuesta por las Directivas consumeristas, sobre la base de cláusulas mínimas, no se considerará una omisión engañosa a efectos de esta Directiva la omisión de dicha información. "En cambio, los Estados miembros podrán, cuando así lo permitan las cláusulas mínimas del Derecho comunitario, mantener o introducir disposiciones más estrictas para garantizar un mayor nivel de protección de los derechos contractuales individuales de los consumidores". (Considerando 15).

Cierto que los Estados miembros pueden regular más allá de la Directiva las prácticas comerciales, e incluso prohibir modalidades determinadas, sin cobertura en la Directiva. Pero siempre que *no se trate con dicha norma de proteger a los consumidores*, sino, por ejemplo, regular la competencia desleal (específicamente para la publicidad engañosa, el nuevo art. 7.1 de la Directiva 84/450, introducido por la Directiva 29/2005). Siguiendo con el ejemplo, el Estado puede mantener la ordenación temporal de los períodos de rebajas. *Pero no puede hacerlo una Comunidad Autónoma* que no tenga para ello más título competencial que el de defensa de los consumidores.

Hasta el 2013, los Estados miembros podrán seguir aplicando disposiciones nacionales más exigentes o más restrictivas que se las que se contengan en las Directivas que contienen cláusulas mínimas de armonización, siempre que sean "indispensables" para que los consumidores estén adecuadamente protegidos.

Los estándares de deslealtad

Conforme a lo dicho, la Directiva prescinde de las prohibiciones cerradas de conductas formuladas en términos generales, para proceder a establecer un sistema articulado de cláusulas generales, que se desarrolla de la forma siguiente:

- a) Quedan prohibidas las prácticas comerciales desleales
- b) Para que una práctica comercial sea desleal es preciso que sea *contraria a la diligencia profesional*.

- c) Para que una práctica comercial sea desleal es preciso también que distorsione o pueda distorsionar *de manera sustancial* el comportamiento económico del consumidor.
- d) Se considera que una práctica comercial reúne los anteriores requisitos siempre que *sea engañosa*. Pero sólo es engañosa:
- Si contiene información falsa
 - O información verdadera que induzca o pueda inducir a error sobre alguno de los elementos o extremos a que se refiere la Directiva en el art. 6.1
 - O es una práctica que, en consideración a todas las circunstancias, cree confusión
 - Y, en cualquiera de los casos anteriores, haga o pueda hacer tomar una decisión sobre una transacción que de otro modo no habría tomado.
 - Una omisión sólo es engañosa si a tenor de todas las circunstancias, omite información *sustancial*. Se considera sustancial sólo la información relativa a los extremos del art. 7.4.
 - Los extremos que deben considerarse para apreciar si una información es engañosa están exhaustivamente listados en el art. 6.

En consecuencia, la concurrencia de un supuesto de hecho de conducta prohibida requerirá en todo caso – salvo los que luego se mencionan- que se realice una ponderación por la que se determine.

- Si una práctica distorsiona o no el comportamiento del consumidor de modo sustancial
- Si una práctica induce o puede inducir al consumidor a error sobre alguno de los extremos predeterminados, hasta el punto de hacerle tomar una decisión económica que de otra forma no hubiera tomado.
- Si la omisión de información es sobre un extremo sustancial y ha influido de modo decisivo en la decisión de compra.
- Si del contexto fáctico se desprende que la conducta del agente puede mermar de forma importante la libertad de elección del consumidor y ello ha influido de modo decisivo en la decisión de compra.

Los Estados Miembros *no pueden concretar estas cláusulas mediante nuevas subcláusulas*.

En especial, la imposición de deberes obligatorios de información al consumidor

En la legislación estatal y autonómica de consumo es común encontrar muchas normas que pretenden proteger al consumidor mediante el expediente de exigir del profesional que ofrezca al consumidor antes de contratar determinada información relativa a los bienes o servicios que ofrece.

El aspecto más original de la Directiva es que hace incompatible con ella no poca parte de esta regulación consumerista. Para la Directiva sólo está prohibida la conducta desleal. Una forma de conducta desleal es la engañosa. Pero la omisión de información al consumidor no es por principio

una conducta comercial engañosa, salvo que se den las circunstancias que establece el art. 7.

Sólo es engañosa una práctica comercial que omita u oculta información cuando:

- esta información es sustancial.
- de acuerdo con el contexto fáctico y teniendo en cuenta todas las circunstancias y características del medio de comunicación,
- y que haya producido o podido producir que el consumidor haya tomado una decisión comercial que no hubiera tomado de habersele dado aquella información.

Igualmente hay deslealtad cuando esta información sustancial es ofrecida de manera poco clara, ininteligible, ambigua, en momento inadecuado, o sin dar a conocer el propósito comercial.

Cuando hay una invitación a contratar, se considera sustancial la información relativa a las (a) características principales del producto, (b) el precio y los gastos adicionales, así como (c) la forma en que se determinan y (d) la existencia eventual de un derecho de revocación. Ninguna otra información (omitida) se considerará sustancial.

Cuando una de las Directivas consumeristas haya impuesto un deber específico relativo a la información a suministrar, esta información se considera sustancial.

En consecuencia, son contrarias a la Directiva:

- La imposición absoluta e incondicional de deberes de información por parte de una norma protectora de los consumidores, salvo que pueda reducirse a alguna de las informaciones sustanciales- cuya omisión es engaño- y se den el resto de los requisitos establecidos por el art. 7 (especialmente, que la omisión de la información sustancial haya sido la determinante del acto de compra).
- La imposición absoluta e incondicional de deberes de información por parte de una norma estatal que transpone una Directiva de mínimos, en tanto el contenido de la obligación exceda del amparado por la Directiva transpuesta.

Con todo, la cuestión puede no llegar a tener trascendencia práctica alguna, si examinamos el bloque de información impuesta por las normas que se acaban de citar. Quiero decir, lo que la Directiva impide es que se impongan incondicional y absolutamente una determinada información al empresario, pero la Directiva no limita la competencia del regulador para imponer *deberes contractuales* específicos. Lo que no puede hacer el regulador es imponer como obligatoria la información relativa a estos deberes y derechos contractuales, fuera del caso de que se trate de una información sustancial y causalmente decisiva, en el sentido de la Directiva.

Un ejemplo: es materia de práctica promocional y publicitaria ofertar como rebajas productos deteriorados. La norma que lo prohíbe es una norma que entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva. Pero es un extremo propio del Derecho contractual *prohibir* que se vendan en rebajas productos deteriorados.

La transposición interna de la Directiva 29/2005

La Ley 29/2009, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores, traspone la Directiva comunitaria 29/2005 y modifica con ello cuatro importantes leyes del sistema jurídico español: la Ley de Competencia Desleal (Ley 3/1991), la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (TR de la LGDCU aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007), la Ley General de Publicidad (Ley 34/1988) y la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (Ley 7/1996). En la presente entrega se revisa el impacto de la nueva regulación sobre el régimen jurídico vigente en materia de protección de consumidores y usuarios.

El artículo 4 de la Ley de Competencia Desleal delimita la cláusula general de deslealtad «en las relaciones con consumidores y usuarios». Mas, al mismo tiempo, por remisión de la LGDCU, constituye la cláusula general de *conductas administrativamente prohibidas por desleales* en las prácticas comerciales con consumidores. De esta forma constituye un comportamiento «contrario a la buena fe» aquel en el que concurren los rasgos siguientes: 1) que sea contrario a la diligencia profesional y 2) que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio. Se entiende por distorsión significativa el uso de una práctica comercial para mermar de manera apreciable la capacidad del consumidor de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, «haciendo así que tome una decisión sobre su comportamiento económico que de otro modo no habría tomado».

Las prácticas comerciales con consumidores, *siempre que reúnan las condiciones de la cláusula general* (contrariedad a la diligencia profesional y poder de distorsión del comportamiento del consumidor), son *básica, pero no necesariamente*, de dos tipos. En primer lugar, *actos de engaño*, considerándose tales «cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aún siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error en los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico». En segundo lugar, las *prácticas agresivas*, y serán tales las que mermen de forma significativa, mediante acoso, coacción o «influencia indebida» la libertad de elección o conducta del destinatario y, por consiguiente, afecte o pueda afectar a su comportamiento económico.

Por lo que respecta a los *actos de engaño* hay que tener en cuenta lo siguiente. La información falsa o susceptible de inducir a error será desleal cuando afecte a alguno de los extremos mencionados en el artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal y no a otros. Si se trata de *omisiones*, el silencio constituirá un acto de engaño cuando se oculte la información

necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa, o bien cuando se trate de una información poco clara, ininteligible o ambigua, o no se ofrezca en el momento adecuado, o no se dé a conocer el propósito comercial de esta práctica, si ello no resulta evidente por el contexto. Aunque el nuevo artículo 7 de la Ley de Competencia Desleal no contiene la lista *exclusiva* de los extremos cuya omisión constituye omisión engañosa según la Directiva, sí lo hace el artículo 20 LGDCU. La consecuencia de este trasvase es que en artículo 7 de la Ley de Competencia Desleal hay una lista abierta de omisiones potencialmente engañosas, mientras que en las relaciones con los consumidores —pero a efectos exclusivos de tipificación administrativa sancionadora— existe una lista cerrada, como quiere la Directiva.

Como establece el artículo 19 de la Ley de Competencia Desleal, y fuera del caso del artículo 20 LGDCU (al que luego nos referimos), «únicamente» tendrán la consideración de prácticas comerciales desleales con los consumidores las previstas en los artículos 4, 5, 7 y 8 de la Ley de Competencia Desleal como *tipos básicos* y sus modalidades de desarrollo contenidas en los artículos 20 (prácticas engañosas por confusión con los consumidores), 21 (prácticas engañosas sobre códigos de conducta o distintivos de calidad), 22 (prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas), 23 (prácticas engañosas sobre la naturaleza y propiedades de los bienes y servicios, su disponibilidad y servicios postventa), 24 (prácticas de venta piramidal), 25 (prácticas engañosas por confusión), 26 (prácticas comerciales encubiertas), 27 (otras prácticas engañosas), 28 (prácticas agresivas por coacción), 29 (prácticas agresivas por acoso), 30 (prácticas agresivas en relación con los menores) y 31 (otras prácticas agresivas).

Deben tenerse en cuenta tres cosas al respecto:

- 1) Como ya ocurría con el artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal antes de la reforma, la cláusula general de deslealtad «en las relaciones con consumidores» que se contiene en el artículo 4 de la Ley de Competencia Desleal contiene un tipo residual capaz de prohibir conductas que no estuviesen especificadas en los artículos siguientes (tipos especiales de deslealtad). La cláusula general del artículo 4 «en las relaciones con consumidores» no queda agotada con los supuestos de los artículos 5 a 8 y los contenidos en los artículos 20 a 31 de la ley. Por tanto, existe un *espacio posible para una prohibición residual de conductas desleales específicamente no consideradas por las normas de desarrollo*. Esto resulta claro del tenor del artículo 2.4 de la directiva («en particular»).
- 2) Sólo constituyen conductas comerciales *tipificadas como infracción de consumo* por el artículo 49 LGDCU aquellas que conforme a la Ley de Competencia Desleal sean prácticas comerciales desleales y, además, el supuesto específico de información comercial insuficiente contenida en el artículo 20 LGDCU, en la medida en que su supuesto no quede ya englobado en la cláusula general de engaño del artículo 5 de la Ley de Competencia

Desleal (más propiamente, en la cláusula del artículo 7, omisiones engañosas).

- 3) Aunque la Ley 29/2009 modifica también la Ley de Ordenación del Comercio Minorista e introduce prohibiciones específicas en las ventas multinivel y en las ventas en pirámide, este régimen no está armonizado como conductas catalogables como prácticas comerciales desleales salvo en lo referido a la venta piramidal (art. 24 de la Ley de Competencia Desleal).

Como la regulación de las prácticas comerciales desleales con consumidores ha sido efectuada desde el doble frente del régimen mercantil de la competencia desleal y del régimen administrativo de la protección de los consumidores, también las consecuencias de las conductas infractoras son dobles. Las conductas o prácticas desleales con los consumidores constituyen ilícitos civiles de competencia desleal sujetos al régimen correspondiente y a la competencia de los juzgados de lo mercantil, pero también conforman actos tipificados como infracción administrativa de consumo.

El nuevo artículo 20 LGDCU unifica y armoniza el régimen de la información comercial positiva de las prácticas comerciales que *incluyan información sobre las características del bien o servicio*. En este caso deberá informarse «al menos» de los siguientes extremos: nombre comercial; características esenciales del bien o servicio; precio final completo o, al menos, la base de cálculo que permita al consumidor comprobar el precio y el importe estimado de los gastos adicionales; procedimientos de pago, plazos de entrega y ejecución del contrato, sistema de tratamiento de las reclamaciones; existencia, en su caso, del derecho de desistimiento. El incumplimiento de estas exigencias convertirá a la práctica comercial en conducta desleal por engaño.

Existe una asimetría entre el contenido mínimo necesario de la información comercial en los términos expuestos y los extremos de la información respecto de los cuales la información engañosa constituye actos de competencia desleal conforme al artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal. Como ya se ha explicado, el «incumplimiento» (es decir, la omisión de la información requerida) de lo dispuesto en el artículo 20 LGDCU constituye competencia desleal por engaño. Conforme al artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal, la información engañosa será competencia desleal cuando «incida» sobre los «aspectos» que allí se mencionan, que son adicionales a los extremos sobre los que debe suministrarse la información a los consumidores. Esto es importante, porque tales «aspectos», en la medida que excedan del artículo 20 LGDCU, no tienen que figurar necesariamente en la información que se suministre al consumidor, pero, si se suministran, constituirán actos de competencia desleal si son engañosos.

Conforme al esquema remisivo que hemos explicado, la tipificación de la conducta infractora la lleva a cabo el Estado al modificar en este sentido el artículo 49 de la LGDCU. Y la efectúa por remisión. En general, se declara infracción administrativa de consumo «el uso de prácticas comerciales

desleales con los consumidores» y su tipificación se realiza de hecho mediante una remisión a una ley de derecho privado. Este procedimiento es muy peligroso porque los ilícitos civiles pueden describirse mediante cláusulas generales amplias cuya concreción se remite a la discreción del juzgador. Pero la tipificación de infracciones de consumo está sujeta al principio y exigencia de tipicidad del artículo 25 de la Constitución. El resultado previsible es que las autoridades administrativas de consumo carezcan de la misma competencia que tienen los jueces de la jurisdicción civil para concretar y aplicar cláusulas generales y que, por ende, las sanciones administrativas correspondientes acaben siendo cuestionadas, como consecuencia de déficits notables de tipificación normativa de la conducta prohibida.

En conclusión, la Directiva y el contenido de deberes de información

Es muy probable que el espíritu selectivo que llevó a la Directiva 29/2005 no haya sido respetado en la transposición española. Primero, porque el art. 20 LGDCU está lejos de presentarse como la norma *primordial* del sistema de de práctica desleales por *omisión de información sustancial* de tal forma que se determinen por ella los elementos *máximos* sobre los que cabe imponer una información obligatoria, *a efectos de considerar una práctica comercial como desleal*. Segundo, porque no hay coordinación entre lo que pretenden los arts. 19 y 20 LGDCU y las subcláusulas de deslealtad por engaño omisivo contenidas en la nueva LCD.

El sistema de *enforcement* del régimen de prácticas comerciales desleales ha sido finalmente diseñado de una manera que es tributaria del modo en que la Directiva se traspuso al Derecho español. De un lado, las prácticas comerciales desleales por engaño omisivo constituyen supuestos de *competencia desleal*, sujetos a la competencia jurisdiccional y al tipo de remedio específico que provee la LCD. Remedios que en ningún caso son *contractuales*. De otro, las prácticas comerciales desleales - ¿tipificadas por medio de cláusulas generales abiertas!- constituyen supuestos de hecho de infracción administrativa de consumo en el art. 49 LGDCU.

3. DEBERES DE INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR EN LA DIRECTIVA 2011/83

La primera impresión que se lleva el intérprete cuando aborda la Directiva de consumidores de 2011, con su omnicompreensivo título, y considerando el tiempo tan prolongado que ha llevado su gestación, es que se tratará de una Directiva *ómnibus* derogatoria del paquete de normativa consumerista preexistente de la UE, que integraría y superaría en un cuerpo normativo único. No es así, como ya se ha explicado en otro documento de la presente serie. Por lo que respecta a la Directiva 25/2009, se trata de una norma no absorbida ni afectada por la Directiva de 2011. Es sorprendente que ni siquiera sea mencionada en el Considerando 12, junto a las Directivas de servicios en el mercado interior y a la de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico. Y esto crea un problema sistemático de primer orden, porque, como ya se ha expuesto, la Directiva de prácticas

desleales está configurada de tal forma que fracasaría su propósito si se la pretendiera completar por otra norma, o si otra norma relativizara su alcance.

La Directiva 2011 es también una armonización máxima (art. 4). Pretende, como la de 2005, fortalecer el mercado interior mediante la supresión de diferencias regulatorias que operan como barreras a los intercambios comerciales con consumidores. Junto a otros extremos relevantes, la norma de 2011 opera sobre todo mediante una armonización al alza de los derechos de información en los contratos con consumidores, y no sólo en contratos a distancia y fuera de establecimiento mercantil (Considerando 5). Que no es ciertamente una armonización total, pues el enigmático final del Considerando 12, y *parece* que en referencia exclusiva a la Directiva de servicios de la sociedad de la información, explica que “Los Estados miembros deben seguir teniendo la posibilidad de imponer requisitos de información adicionales aplicables a los prestadores de servicios establecidos en su territorio”, lo que adquiere cuerpo en el texto articulado sólo si se entiende que la regulación de los servicios de la sociedad de la información es un “sector específico” en el sentido del art. 3.2. Además, la Directiva 2011 no armoniza la regulación *contractual* nacional (art. 3.5), en especial lo referido a la validez del contrato ni “a las vías de recurso generales en materia contractual” (Considerando 14).

“Antes de que el consumidor quede vinculado por un contrato” distinto de un contrato a distancia o fuera de establecimiento comercial, el art. 5.1 Directiva 2011 impone al vendedor un deber de información precontractual con el alcance listado en el precepto. Básicamente se trata de los extremos contenidos en las letras a), b) y c), ya que los otros son potestativos o eventuales. Si no se suministra información sobre estos extremos, se producirá el incumplimiento de un deber precontractual cuya transcendencia en el orden de los remedios civiles o sancionatorios queda sin aclarar. La Directiva no pretende en ningún caso que la omisión de esta información comporte que el comprador “no quede vinculado” por el contrato. En los contratos distintos de los contratos a distancia y fuera de establecimiento, este listado de extremos de información precontractual obligatoria no constituye una armonización máxima (art. 5.4).

Si se trata de un contrato a distancia o fuera de establecimiento, la información precontractual exigible máxima se contiene en el art. 6. Más allá de éstos, son admisibles otros deberes que puedan resultar de las Directivas de servicios del mercado interior y de servicios de la sociedad de la información (art. 6.8). Algunos de los extremos obligatorios versan específicamente sobre el derecho de desistimiento que corresponde al comprador [letras g), h), i), j), k)], otros son eventuales [letras m) a t)]. En el resto, la información exigida coincide de modo sustancial con la requerida para el resto de los contratos en el art. 5.

Si el empresario emite declaraciones engañosas sobre algunos de los extremos contenidos en el art. 6 de la Directiva 29/2005, incurrirá en práctica comercial desleal, pero no habrá incumplido los requisitos de

información precontractual de la Directiva 2011 salvo que la información (i) que se haya suministrado sobre algunos de los extremos obligados (ii) haga que aquélla no resulte "clara y comprensible". Mas si la *información mentirosa resulta clara y comprensible*, la deslealtad comercial no comporta incumplimiento de la Directiva 83/2011, como tampoco ocurrirá si el engaño versa sobre algún extremo no listado en los arts. 5 y 6 de la Directiva 2011.

Por ejemplo, en alguno de los siguientes extremos mencionados en el art. 6 de la Directiva 29/2005, en la medida que no sean reconducibles a los arts. 5 y 6 de la Directiva de 2011: las características principales del producto, *tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, sus accesorios, la asistencia posventa al cliente y el tratamiento de las reclamaciones, el procedimiento y la fecha de su fabricación o suministro, su entrega, su carácter apropiado, su utilización, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados al producto;* o c) *el alcance de los compromisos del comerciante, los motivos de la práctica comercial y la naturaleza del proceso de venta, así como cualquier afirmación o símbolo que indique que el comerciante o el producto son objeto de un patrocinio o una aprobación directos o indirectos;* o g) *los derechos del consumidor, incluidos los derechos de sustitución o de reembolso previstos por la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, o los riesgos que pueda correr.*

Vamos ahora a las omisiones engañosas en ambas Directivas.

Conforme al art. 7 de la Directiva 29/2005, se considera práctica comercial engañosa por omisión *toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación, omita información sustancial que necesite el consumidor medio, según el contexto, para tomar una decisión sobre una transacción con el debido conocimiento de causa y que, en consecuencia, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado. O también cuando la ofrezca de manera poco clara, ininteligible, ambigua o en un momento que no sea el adecuado, o no dé a conocer el propósito comercial de la práctica comercial en cuestión en caso de que no resulte evidente por el contexto, siempre que, en cualquiera de estos casos, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado.* Siempre que haya existido una "invitación a contratar" se considera *sustancial* sólo la información listada en el precepto que glosamos, y que ya ha sido expuesta. Por lo tanto, la omisión de información sobre otros extremos distintos no constituirá práctica comercial desleal. Básicamente, estos extremos son los mismos que los que se contienen en la lista de información precontractual obligatoria en la Directiva de 83/2011, si entendemos que los aspectos relativos al derecho de desistimiento en las letras h) a k) del art. 6.1 de la

Directiva de 2011 tienen cómodo encaje en la letra e) del art. 7.4 de la Directiva de 2005. Por lo demás, el art. 7.5 de esta Directiva considera también sustanciales otros extremos *en materia de información relacionados con las comunicaciones comerciales* que se contienen en la lista *no exhaustiva* del Anexo II y que provienen en exclusiva de normas comunitarias, no estatales (cfr. Considerando 15).

Aceptemos, pues, que *no existe desarmonía sustancial* entre los extremos informativos relevantes a efectos de ambos bloques normativos, al menos cuando se trata de *engaño por omisión*. Es decir, que no existe desarmonía entre el bloque de información precontractual que debe ser suministrado al consumidor para excluir que el silencio constituya una práctica desleal y el bloque de información que debe ser suministrado para cumplir con la Directiva de 2011.

4. REMEDIOS EN LAS DIRECTIVAS DE 2005 Y 2011

4.1. Descoordinación

La Directiva de 2005 deja imprejuicadas las acciones individuales ejercidas por quienes hayan resultado perjudicados por una práctica comercial desleal. La Directiva de 2005 tampoco afecta a las normas del Derecho nacional y comunitario en materia contractual (Considerando 9, art. 3.2). Las medidas de *enforcement* de esta Directiva, que se contienen en los arts. 11 a 13 de la misma, son remedios de naturaleza no contractual. Básicamente, acciones de cesación y de abstención en el ámbito del Derecho de la competencia, acciones indemnizatorias (supuesto difícil) y sanciones administrativas.

Por el contrario, el art. 23 de la Directiva de 2011 se limita a exigir que los Estados miembros dispongan de medios adecuados y eficaces para asegurar el cumplimiento de la Directiva., incluyendo disposiciones en las cuales se habilite a alguno de los entes y colectivos que enumera (organismo público, asociaciones de consumidores, organizaciones profesionales) "para que lleven a cabo las actuaciones necesarias ante los tribunales o ante los organismos administrativos para que se apliquen las disposiciones nacionales de transposición" de la Directiva. En alguna ocasión, sin embargo, se prevé una consecuencia material específica en el orden contractual, como en aquellos casos en los que el vendedor o suministrador queda privado de un derecho de determinado si su existencia no ha sido debidamente comunicada al consumidor [vgr. arts. 6.1 h), i), j); 7.2, 8.7, 10, 14.1 II, 14.2, 14.4].

4.2. Solapamiento y lagunas

Es *sorprendente* que ninguna de las dos Directivas, que tratan básicamente de información precontractual, *prevean ni concedan remedios de naturaleza contractual* a los consumidores "engañados" por la información mentirosa o inexistente. Es todavía más sorprendente esta carencia en la Directiva de 2011, porque en la 2005 *al menos* quedaba garantizada la relevancia civil de la regulación mediante la aplicación del régimen de competencia desleal. Se

trata de un remedio inapropiado, ciertamente, cuando el sujeto destinatario de protección es un consumidor, que *jamás* acudirá a un tribunal civil para solicitar acciones de cesación o indemnización por deslealtad. Pero al menos es un remedio, y en alguna manera congruente con el propósito de la Directiva de 2005.

A diferencia del formalismo jurídico de la información debida *porque sí*, la Directiva de 2005 tuvo el acierto de introducir- en el seno del proceso de calificación de la deslealtad- dos criterios de relevancia material. A saber, el extremo afectado por la conducta debía ser *sustancial*. Segundo, la conducta desleal tenía que ser susceptible de afectar a la decisión de compra del consumidor. Ninguno de estos factores de concreción material aparece en los listados de información precontractual exigible en la Directiva 2011. Ciertamente, se dirá, ¿y para qué se iba a hacer *si en el fondo la Directiva de 2011 no ha incorporado ningún remedio contractual* al incumplimiento de los deberes precontractuales o contractuales que en ella se imponen? Mas si algún día el juez nacional quisiera convertir este listado de extremos informativos en un listado de supuestos de hecho de conductas sancionables por dolo *in contrahendo* de los arts. 1269 y 1270 CC, no habría más remedio que incorporar los dos estándares de restricción material que se contienen en la Directiva de 2005.

Como el sistema de normas primarias consumeristas carece de anclaje en la Directiva de 2011 en un sistema de remedios contractuales, y como el único remedio comunitario específico es la acción de cesación, finalmente el Derecho contractual de consumo se reduce a la protección institucional de la competencia como tal. Es decir, se desliza hacia una protección institucional, pero no contractual. Si en este punto el Derecho comunitario ha prescindido de articular un sistema de remedios engranado en el Derecho de contratos, es plausible que los estados hagan lo mismo (cfr., certeramente, GRIGOLEIT, *Der Verbraucheracquis und die Entwicklung des Europäischen Privatsrecht*, AcP 210, 2010, págs. 385, 396, 418). Mas si este augurio es acertado, la Directiva de consumidores de 2011 no habrá dado ningún paso delante de donde se quedó la Directiva 2005, al menos por lo que se refiere a los deberes de información precontractual. Ni tan siquiera puede sospecharse que la Directiva actual haya pretendido ampliar los supuestos posibles de deslealtad comercial de la Directiva de 2005.

¿Para qué, entonces, la nueva Directiva? Obsérvese la paradoja de que mientras no se incorpore al Derecho nacional, ni siquiera las conductas prohibidas por la Directiva 83/2011 podrán recalificarse como supuestos de hecho de infracciones administrativas de consumo, salvo que las infracciones como tales *merezan también la calificación de prácticas comerciales desleales*, a los efectos del art. 49 LGDCU.

5. DIRECTIVA DE CONSUMIDORES Y DIRECTIVA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

El art. 32 de la Directiva 83/2011 establece en su parte aquí relevante una modificación a la Directiva 93/13 (cláusulas abusivas en contratos con consumidores), según la cual:

«Artículo 8 bis

1. Cuando un Estado miembro adopte disposiciones con arreglo a lo dispuesto en el artículo 8, informará de ello a la Comisión, así como de todo cambio ulterior, en particular si dichas disposiciones:

— hacen extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración,

(...) ”

La explicación de esta en apariencia extraña innovación se explica a tenor de los precedentes y las consecuencias de la sentencia del *Tribunal de Justicia de 3 de junio 2010 en el asunto C-484/08*, por medio de la cual se resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo español. El origen del litigio principal deriva del enjuiciamiento de la llamada “cláusula de redondeo al alza” en los préstamos hipotecarios, en virtud de la cual el prestamista queda facultado para redondear el tipo de interés resultante de las fórmulas de cálculo aplicables al cuarto de punto porcentual superior. Desde el punto de vista del Ordenamiento español, esta práctica es abusiva por falta de reciprocidad (art. 87.5 TR LGDCU) y, en consecuencia, la cláusula debe ser declarada nula. No obstante, la entidad bancaria demandada argumenta que la legislación española no es conforme con la normativa comunitaria reguladora de esta materia. El núcleo del argumento estriba en la falta de incorporación al ordenamiento español de uno de los preceptos de la norma comunitaria. En concreto, se trata del art. 4.2 de la Directiva CE 93/13 que excluye del control de abusividad las cláusulas referidas al objeto del contrato, siempre que se hayan redactado de manera clara y comprensible. El Tribunal Supremo entiende que la cláusula de redondeo enjuiciada puede constituir un elemento esencial del contrato de préstamo. Por tanto, plantea la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia y pregunta por la validez del control de dicha cláusula. El Tribunal de Justicia confirma que se trata de una norma de mínimos que no puede impedir a los Estados miembros que adopten en el ámbito regulado por la Directiva normas más estrictas, siempre que pretendan garantizar un mayor nivel de protección. La falta de la inclusión en la legislación española de la regla consagrada en el art. 4.2 de la Directiva implica la extensión del control judicial también sobre las mencionadas cláusulas, independientemente de si se hayan redactado de forma inequívoca o no. Por tanto, no existe incompatibilidad entre la normativa comunitaria y la nacional española. En consecuencia, *un órgano judicial nacional puede extender el control de abusividad también sobre las cláusulas no negociadas individualmente que se refieran al objeto del contrato, aunque fueran redactadas de forma clara y comprensible.*

Con todo, es extraño que esta cuestión interpretativa sobre el alcance de la Directiva haya venido a convertirse en motivo para la modificación de dicha Directiva. Es muy probable que si un Estado miembro adopta esta interpretación extensiva respecto del alcance del control de abusividad lo haga por medio de su jurisprudencia, como ha ocurrido en España, y no mediante una previsión legal expresa. Es también extraña esta urgencia por reformar el tenor de la Directiva 13/93, porque, incluso sin aventurarse en un control de contenido sobre los elementos esenciales del contrato, los tribunales de un Estado miembro pueden de hecho llegar a practicar un control similar, mediante el expediente de calificar aquellos elementos esenciales como simples cláusulas complementarias del contrato, susceptibles de control.

En consecuencia, es lo más seguro que la nueva norma acabe siendo también superflua.

Lo no superfluo hubiera sido aprovechar esta preocupación "contractual" de la Directiva 83/2011 para haberse atrevido a construir con originalidad un escenario de remedios contractuales privados para la nueva serie de deberes contractuales materiales que, fuera del aspecto de la información precontractual, se contienen en el Capítulo IV de la nueva Directiva. Por ejemplo, podría habersele ocurrido al legislador comunitario ordenar que los jueces y operadores nacionales no dieran curso a reclamaciones fundadas en el incumplimiento por los empresarios de los deberes contractuales materiales (vgr., plazos de entrega, etc) impuestos por la Directiva.