

REFORMAS DE LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y PRÁCTICAS DIGITALES: VALORACIÓN Y TENDENCIAS DE POLÍTICA LEGISLATIVA*

Luis María Miranda Serrano

Catedrático de Derecho Mercantil

Universidad de Córdoba

Resumen: Impulsado por la acción legislativa de la Unión Europea, especialmente en forma de directivas, el legislador español ha acometido determinadas reformas de la Ley de Competencia Desleal en materia de protección de consumidores y malas prácticas digitales. En este trabajo se analizan algunas de las más relevantes. Y se deducen de ellas varias tendencias de política legislativa; a saber: a) la acentuación de la fragmentariedad del Derecho español de la competencia desleal; b) la presencia de una fisonomía cada vez más próxima al Derecho administrativo sancionador; y c) la ruptura de la tradicional separación entre el Derecho de la deslealtad concurrencial y el Derecho de contratos. Junto a esto, el autor advierte que el Derecho de la competencia desleal presenta escasa eficiencia práctica en el ámbito de la protección de los consumidores y usuarios, razón por la cual reclama ciertos cambios normativos que, en la medida de lo posible, reviertan esta situación. Finalmente, propugna que este sector del ordenamiento jurídico no renuncie a ser lo que ha sido, en esencia, desde su surgimiento y posterior evolución: una parte del Derecho mercantil entendido como Derecho privado regulador de los empresarios en el ejercicio de sus actividades empresariales en régimen de competencia en el mercado.

* Este trabajo se inserta dentro de los siguientes proyectos de investigación: 1º) Proyecto nacional "Reformas legislativas recientes y pendientes en materia de contratación y competencia empresarial: entre la digitalización y la sostenibilidad" (referencia: PID-2023-149038OB-I00), del que son Investigadores Principales los Profs. Drs. Luis M^a MIRANDA SERRANO y Javier PAGADOR LÓPEZ. 2º) Proyecto de UCOLIDERA "Normas, códigos informáticos y ODS: contratación y competencia empresarial ante los desafíos de la digitalización y la sostenibilidad", del que es Investigador Principal el Prof. Dr. Pedro Mario GONZÁLEZ JIMÉNEZ. Correo de contacto con el autor: lmiranda@uco.es

Palabras clave: Competencia desleal, protección de consumidores, remedios negociales frente a prácticas desleales, equiparación entre cláusula contractual y práctica comercial, mercado digital.

Title: Reforms to the unfair competition law in the area of consumer protection and digital malpractices: assessment and legislative policy trends

Abstract: Driven by legislative action in the European Union, particularly in the form of directives, the Spanish legislator has undertaken certain reforms of the Unfair Competition Law in the areas of consumer protection and digital malpractice. This paper analyzes some of the most relevant ones. In addition, several legislative policy trends can be deduced from them, namely: a) the accentuation of the fragmentation of Spanish unfair competition law; b) the presence of a structure increasingly similar to administrative penalty law; and c) the breakdown of the traditional separation between unfair competition law and contract law. In addition, the author maintains that unfair competition law displays limited practical effectiveness in the area of consumer and user protection, and therefore calls for certain legislative amendments which, insofar as possible, may reverse this situation. Finally, he argues that this branch of the legal system should not relinquish what it has essentially been since its inception and subsequent development: a component of commercial law understood as a body of private law governing undertakings in the pursuit of their business activities under conditions of market competition.

Keywords: Unfair competition, consumer protection, contractual remedies against unfair practices, equivalence between contractual clauses and commercial practices, digital market.

ÍNDICE: 1. PROPÓSITO DE ESTAS REFLEXIONES Y CUESTIÓN INICIAL A ABORDAR: EL LUGAR DE LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL DENTRO DEL SISTEMA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA. 2. REFORMAS DE LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y MALAS PRÁCTICAS DIGITALES. 2.1.- La reforma de 2009 exigida por la Directiva 2005/29/CE. 2.1.1. *Consideraciones preliminares.* 2.1.2. *Aplicación de la Ley de Competencia Desleal a los actos de competencia celebrados antes, durante y después de un contrato.* 2.1.2.1. Preliminar: el artículo 2.3 de la Ley de Competencia Desleal. 2.1.2.2. Ruptura de la separación entre el Derecho de la competencia desleal y el Derecho de contratos. 1.2.2.3. Encaje de las cláusulas negociales de los contratos B2C en las nociones de práctica comercial o acto de competencia. A) *Jurisprudencia del TJUE favorable a esta interpretación.* B) *Argumentos contrarios a esta interpretación: exposición y crítica.* 2.1.2.4. Consideraciones finales sobre las implicaciones derivadas del artículo 2.3 de la Ley de Competencia Desleal. 2.1.3. *Atribución de la condición de infracciones de consumo a las prácticas comerciales contra los consumidores.* 2.2. La reforma de 2021 requerida por la Directiva 2019/2161/UE. 2.2.1. *Consideraciones preliminares.* 2.2.2. *La no incorporación del artículo 11 bis de la Directiva 2005/29 al ordenamiento español.* 2.2.3. *La regulación de nuevas prácticas desleales en el mercado digital.* 2.2.3.1. Reseñas y valoraciones de bienes y servicios. 2.2.3.2. Rankings y sistemas de clasificación. 2.2.3.3. Compra de entradas a través de bots. 3. PRINCIPALES TENDENCIAS DE POLÍTICA LEGISLATIVA DEDUCIBLES DE ESTAS REFORMAS. 3.1.- Acentuación de su fragmentariedad. 3.2. Aproximación al Derecho

administrativo sancionador. 3.3.- Ruptura de su tradicional separación del Derecho de contratos. 4. EPÍLOGO. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. PROPÓSITO DE ESTAS REFLEXIONES Y CUESTIÓN INICIAL A ABORDAR: EL LUGAR DE LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL DENTRO DEL SISTEMA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

A través de estas reflexiones persigo analizar y valorar las últimas (y algunas más lejanas) reformas acometidas en la Ley de Competencia Desleal (en lo sucesivo, LCD)¹ en relación con dos asuntos distintos, aunque estrechamente relacionados entre sí: la protección de los consumidores y usuarios y la regulación de nuevas prácticas desleales surgidas en el mercado digital. Además, dicho análisis permitirá detectar las principales tendencias de política legislativa apreciables en este sector del Derecho económico en cuya configuración actual ha tenido un peso decisivo el Derecho de la Unión Europea, especialmente en forma de Directivas.

No obstante, antes de entrar de lleno en esta materia me gustaría realizar algunas reflexiones previas acerca del lugar que ocupa la LCD dentro del entero sistema del Derecho de la competencia empresarial. Porque, como bien señala Karl Larenz en su monumental obra *Metodología de la Ciencia del Derecho*, una de las principales misiones de la doctrina científica consiste en descubrir las “conexiones de sentido” apreciables entre las distintas normas jurídicas y exponerlas ordenadamente “en la forma de un sistema”².

Avanzo que mi forma de entender este asunto consiste en atribuir a la LCD el papel de *ley general*, frente a la Ley de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC)³ que, en lo que respecta a los ilícitos de conducta que regula (esto es, los relativos a las prácticas colusorias, abusivas de posiciones de dominio y desleales con relevancia antitrust), sería una *ley especial*. Me explico:

Entre las muchas novedades que introduce la LCD de 1991 en el Derecho de la competencia en general, hay que subrayar *el compromiso que la deslealtad asume con lo antitrust*. Ello obedece a que la LCD de 1991 nace con la pretensión de ser la *ley general* del ordenamiento de la competencia. En mi opinión —que hace algún tiempo tuve ocasión de exponer más detenidamente junto a mi maestro, el profesor Juan Ignacio Font Galán⁴—, en el texto de la LCD cabe vislumbrar ciertos datos normativos que conducen a esta afirmación. Entre ellos, cabría mencionar los siguientes⁵:

¹ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal: BOE, núm. 10, de 11.01.1991.

² En palabras LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho* (traducida por RODRÍGUEZ MOLINERO), Ed. Ariel, Barcelona, 1994, una tarea importante de la doctrina jurídica consiste en “descubrir las conexiones de sentido en que las normas jurídicas y regulaciones particulares se encuentran entre sí y con los principios directivos del orden jurídico, y exponerlas de un modo ordenado que posibilite la visión de conjunto —es decir, en la forma de un sistema—”.

³ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia: BOE, núm. 159, de 04.07.2007.

⁴ FONT GALÁN, J.I. y MIRANDA SERRANO, L.M., *Competencia desleal y antitrust. Sistema de ilícitos*, Ed. Marcial Pons, 2005, *passim*.

⁵ *Ibidem*, pp. 27 a 30.

— 1º. En primer lugar, la *novedosa función asignada a la deslealtad* y consistente en proteger institucionalmente la competencia en interés de todos los sujetos que participan en el mercado. Así lo dispone el artículo 1 LCD, del que se desprende que el bien jurídico tutelado por ambas leyes concurrenciales (LCD y LDC) es el mismo: la competencia económica.

— 2º. En segundo lugar, la *nueva formulación dada a la cláusula general aplicable a las relaciones interempresariales*, según la cual se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe (artículo 4 LCD). Parece claro que, de conformidad con esta cláusula general, habrá de considerarse desleal todo comportamiento abusivo del derecho a competir en el mercado. Y naturalmente esto es predicable de toda práctica colusoria o de todo abuso de posición dominante, que son los dos ilícitos antitrust por excelencia.

— 3º. En tercer lugar, la *tipificación como supuestos concretos de competencia desleal de los denominados actos de deslealtad de mercado*, con referencia a aquellos comportamientos concurrenciales que tienden a la monopolización mediante el abuso del poder económico, como los actos de explotación de una situación de dependencia económica o de boicot. Su presencia en la LCD expresa la ruptura de la tradicional separación entre el Derecho de la competencia desleal y el antitrust. Y es que, si tradicionalmente el abuso de poder de mercado solo preocupaba al Derecho antitrust, ahora el Derecho de la competencia desleal trata de atajar aquellas situaciones de poder de mercado que, por encontrarse aún en una fase incipiente de desarrollo, no reúnen todos los requisitos necesarios para ser reprimidas por la LDC (tesis de la protección anticipada: *incipiency doctrine*).

— 4º. Finalmente, el compromiso de la deslealtad con lo antitrust se infiere también del artículo 15.2 LCD. En él se dispone, a modo de cláusula especial de deslealtad y en el seno de un precepto intitulado “violación de normas”, que “tendrá la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial”. De modo que, a la vista de su tenor, no parece difícil sostener que la LCD asume como propias —y, por tanto, como desleales— las vulneraciones de las normas antitrust (LDC).

Si se toman en consideración estos datos normativos (ex LCD), es posible hablar de un *claro compromiso de la deslealtad con lo antitrust*, merced al cual hoy cabe afirmar que todo ilícito antitrust de conducta alberga en sí mismo un ilícito de deslealtad o, lo que viene a ser lo mismo, que el *ilícito antitrust lleva embebida la deslealtad*, en el sentido de que todo ilícito antitrust, en cuanto que resultado revelador de una conducta abusiva del derecho a la libertad de empresa y, por ende, desleal, arroja una sombra de deslealtad. En suma, desde 1991 es posible sostener: “antitrust, ergo desleal”.

Ahora bien, la afirmación de que en todo ilícito antitrust hay un comportamiento desleal no es válida en sentido inverso. No en todo comportamiento desleal cabe vislumbrar un ilícito antitrust. Si prestamos atención a la LDC, llegaremos pronto a la conclusión de que la deslealtad antitrust es una *deslealtad cualificada por su impacto de mercado*, es decir, una deslealtad que produce o es susceptible de producir efectos significativamente

restrictivos de la libre competencia y que, como tal, se contextualiza en el mercado y afecta a los intereses públicos. Esta idea se infiere claramente del que algunos califican como ilícito mixto (aunque, en mi opinión, posee solo naturaleza antitrust), formulado por el artículo 3 LDC, según el cual se exige que el comportamiento desleal de que se trate produzca un falseamiento sensible o significativo de la libre competencia con afectación de los intereses públicos⁶.

A la vista de lo expuesto, cabe efectuar dos relevantes conclusiones: 1ª) El lícito de deslealtad es hoy el *ilícito general* del sistema jurídico del Derecho de la competencia, como general es también la Ley que lo regula (LCD). 2ª) El ilícito antitrust, sin embargo, es un *ilícito especial*, al igual que su Ley reguladora, también especial (LDC). Ambos ilícitos tienen el denominador común de sancionar y reprimir conductas abusivas del derecho a la libertad de empresa y a la libertad de competencia. Pero tales conductas solo pueden ser reprimidas como antitrust cuando son susceptibles de producir un impacto de mercado lesivo de los intereses públicos.

Así pues, la relación entre la disciplina de la competencia desleal (LCD) y la antitrust (LDC) podría representarse gráficamente a través de *dos círculos concéntricos*, correspondiendo el más amplio de ellos a la disciplina de la competencia desleal (LCD) y el más reducido a la antitrust (LDC). En consecuencia, las conductas colusorias (artículo 1 LDC), los abusos de posiciones de dominio (artículo 2 LDC) y los actos de competencia desleal que falsean la libre competencia y afectan a los intereses públicos (artículo 3 LDC) estarían incluidos en el círculo más restringido y, como tales, recibirían el doble reproche de antitrust y desleales. En cambio, las conductas desleales ubicadas fuera de ese círculo más reducido sólo se harían acreedoras del reproche de deslealtad, al no ser susceptibles de afectar a los intereses públicos o generales, sino solo a los de carácter privado.

En definitiva, cabe concluir que la relación existente entre ambas disciplinas concurrenciales y sus respectivas leyes reguladoras es la que tiene lugar entre *una norma general y otra especial*. De modo que si estamos ante una conducta colusoria (artículo 1 LDC), abusiva de posición dominante (artículo 2 LDC) o desleal pero con impacto antitrust (artículo 3 LDC), se aplicará la norma especial, esto es, la Ley antitrust (LDC), por aplicación del principio según el cual la ley especial desplaza o deroga a la general (*lex specialis derogat generali*). Para las restantes conductas de mercado abusivas de la libertad de empresa y competencia —y, por ende, objetivamente contrarias a las exigencias de la buena fe (ex artículo 4 LCD)—, la norma relevante será la LCD, incluso si se trata de actos de deslealtad de mercado dirigidos a evitar que las empresas que los

⁶ Sobre esto y lo que sigue: *ibidem*, pp. 36 y ss, y 67 y ss. Las últimas páginas indicadas (67 y ss.) se refieren al ilícito del artículo 3 LDC (anterior artículo 7 LDC). También, a propósito de este ilícito peculiar del Derecho de la competencia español, entre los trabajos más recientes, *ad ex.*: GONZÁLEZ JIMÉNEZ, P.M., "Aproximación a los requisitos constitutivos del ilícito de falseamiento de la libre competencia por actos desleales según recientes pronunciamientos de las autoridades antitrust", en TATO PLAZA, A., COSTAS COMESAÑA, J. *et alii*, *Nuevas tendencias del Derecho de la competencia y de la propiedad industrial*, Ed. Comares, 2017, pp. 47 y ss.; CASADO NAVARRO, A., "El controvertido asunto de la función normativa del falseamiento de la competencia por actos desleales (Artículo 3 LDC)", en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 22, 2018, pp. 1 y ss.

protagonizan adquieran un poder económico que en el futuro pueda llegar a configurarse como ilícito antitrust (tesis de la *incipiency doctrine* antes referida)⁷.

2. REFORMAS DE LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y MALAS PRÁCTICAS DIGITALES

Efectuada esta aclaración previa —que me parece de interés para ubicar la LCD en el lugar que le corresponde dentro del sistema del Derecho de la competencia en general—, es el momento de entrar en el asunto que especialmente aquí interesa, que no es otro que las reformas acometidas en la LCD en materia de protección de consumidores y malas prácticas digitales. Es cierto que interesan sobre todo las reformas más recientes y, en concreto, las efectuadas en 2021. No obstante, considero también oportuno referirme, al menos parciamente, a las acometidas en 2009. Sobre todo, porque ello permitirá comprender mucho mejor algunos de los extremos de la LCD que aquí me propongo analizar y valorar. En concreto, prestaré primero atención a la reforma de 2009 (*infra*, 2.1) y seguidamente a la de 2021 (*infra*, 2.2).

2.1. La reforma de 2009 exigida por la Directiva 2005/29/CE

2.1.1. Consideraciones preliminares

Como se sabe, la Ley 29/2009⁸ efectuó una importante modificación de la LCD con ocasión de la incorporación al Derecho español de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas desleales contra los consumidores⁹. Es cierto, en honor a la verdad, que las reformas realizadas excedieron de lo necesario para acomodar la regulación entonces vigente a las exigencias de armonización derivadas de la referida Directiva. Además, ha de darse la

⁷ Más información en FONT GALÁN, J.I. y MIRANDA SERRANO, L.M., *Competencia desleal y antitrust...*, cit., *passim*. A quienes no llegue a convencer esta forma de entender las relaciones entre la LCD y la LDC cabría realizarles la siguiente reflexión: imaginemos que no existiera la LDC en nuestro país y que se cometiera una práctica colusoria entre dos empresas o un abuso de posición de dominio por parte de una empresa. Parece claro que tales conductas, pese a la inexistencia de la LDC, podrían ser perseguibles por la LCD, pues ambas son comportamientos objetivamente contrarios a las exigencias de la buena fe (en el sentido de abusivas de la libertad de empresa y de la libertad de competencia: artículo 4 LCD). Ahora bien, la situación inversa nos llevaría a un resultado muy distinto, ya que, de no existir la LCD, con la LDC no podrían combatirse y reprimirse comportamientos desleales sin relevancia o impacto antitrust: actos de engaño y confusión, prácticas agresivas, etc. Desde mi punto de vista, esto confirma que la LCD es la *ley general* del Derecho de la competencia, mientras que la LDC (en concreto, en lo que atañe a los ilícitos de conducta que regula: colusión, abuso de posición de dominio y deslealtad con impacto antitrust) es la *ley especial*.

⁸ Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios: BOE, núm. 315, de 31.12.2009.

⁹ 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) núm. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo: DOUE de 11.6.2005, L 149/22.

razón a la doctrina cuando advierte que, tras dicha reforma, la LCD no salió mejorada, aunque tampoco quedó privada de sus principales virtudes¹⁰.

En realidad, las novedades que introdujo la Ley 29/2009 pueden considerarse poco relevantes. Porque, como acertadamente sostuvo el Reino de España en el procedimiento que ante él promovió la Comisión Europea por incumplimiento del deber de incorporar la Directiva 2005/29/CE en el plazo fijado, la LCD española, tal como fue promulgada en 1991, se adecuaba perfectamente a dicha norma de armonización¹¹. Sí es verdad, en todo caso, que tras la reforma de 2009 quedó reforzada la idea de la existencia de dos grupos de prácticas desleales especialmente lesivas de los intereses económicos de los consumidores y usuarios¹²:

1º) Por un lado, las *prácticas engañosas*, ya sea por acción u omisión, que lesionan la *libertad de saber* del consumidor y usuario a la hora de decidir los bienes y servicios que desea contratar, y que por tal razón conectan con las categorías negociales clásicas del *error* y el *dolo* como vicios del consentimiento negocial (también lesivos de la libertad de saber del sujeto que los padece).

2º) Por otro lado, las *prácticas agresivas* que, a través del acoso, la coacción o la influencia indebida, afectan a la *libertad de querer* del consumidor y usuario al desempeñar el rol arbitral que tiene asignado en los sistemas de economía de mercado, por lo que guardan conexión con las categorías decimonónicas de la *violencia* y la *intimidación* (igualmente afectantes a la libertad de querer de la persona que las sufre)¹³.

A los fines que aquí interesan, tal vez las dos novedades más relevantes de la reforma de 2009 podrían cifrarse en estas dos declaraciones: 1ª) la que sostiene que la LCD se aplica a las prácticas comerciales o actos de competencia que tienen lugar antes, durante y después de la celebración de un contrato (*infra*, 2.1.2); y 2ª) la que confiere a las prácticas

¹⁰ MASSAGUER FUENTES, J., *El nuevo Derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, Civitas, Madrid, 2006, pp. 154 y ss; ÍDEM, "Treinta años de la Ley de Competencia Desleal", en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 55, enero-abril de 2021, p. 74.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Sobre ambas conductas desleales, puede verse más información, entre otros, en: EMPARANZA SOBEJANO, A., "Régimen jurídico de las prácticas comerciales con consumidores y usuarios", *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 7, 2010, *passim*; MASSAGUER FUENTES, J., "Las prácticas comerciales engañosas en la Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 13, 2006; *passim*; ÍDEM, "Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 27, 2010; MARIMÓN DURÁ, R., "Prácticas comerciales desleales con los consumidores", en GARCÍA-CRUCES (Dir.), *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 2014; TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de competencia desleal*, Ed. La Ley, 2010; LEIÑENA MENDIZABAL, E. y IRACULIS ARREGUI, N., "La reforma del Derecho Español en materia de competencia desleal, protección de los consumidores y comercio minorista por la Ley 29/2009", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm.6, 2010, pp. 1 y ss.

¹³ Acerca de las conexiones entre las prácticas engañosas y el error-dolo y las prácticas agresivas y la violencia-intimidación: MIRANDA SERRANO, L. y PAGADOR LÓPEZ, J., "Misleading and aggressive practices and the defects of transactional consent", publicado en SCHULZE y PERALES VISCASILLAS (Dir.), *The formation of Contract. New features and developments in contracting*, Ed. Nomos, 2016, *passim*; ÍDEM, "La necesidad de establecer conexiones entre el Derecho de la competencia desleal y el Derecho de contratos", *Diario La Ley*, núm. 8464, 2015, *passim*.

o actos desleales contra los consumidores y usuarios la consideración de infracciones de consumo (*infra*, 2.1.3).

No obstante, interesa también destacar que, a la hora de incorporar la Directiva 2005/29/CE, el legislador español perdió la oportunidad de derogar la Ley General de Publicidad (LGP)¹⁴, optando por la *fragmentariedad normativa entre competencia desleal y publicidad comercial* existente en nuestro Derecho desde 1964. Ahora bien, este dato, que además de importante me parece censurable, no será abordado a continuación sino más adelante; en concreto, al analizar las tendencias de política legislativa deducibles de las reformas de la LCD y, muy en especial, la tendencia relativa a la fragmentariedad que presenta el Derecho español en este ámbito¹⁵.

2.1.2. Aplicación de la Ley de Competencia Desleal a los actos de competencia celebrados antes, durante y después de un contrato

2.1.2.1. Preliminar: el artículo 2.3 de la Ley de Competencia Desleal

La declaración del artículo 2.3 LCD según la cual la LCD se aplica a los actos de competencia que tienen lugar antes, durante y después de una operación comercial o contrato tiene su antecedente directo en el artículo 3.1 Directiva 2005/29/CE. La única diferencia entre ambos preceptos estriba en que el artículo 2.3 LCD emplea los términos *acto de competencia* (que fueron los elegidos en 1991 por nuestro legislador para delimitar el ámbito de aplicación material u objetivo de LCD) en lugar de los de *práctica comercial* (incorporados a la disciplina de la deslealtad concurrencial por la Directiva 2005/29/CE)¹⁶.

A mi juicio, de esta declaración normativa se infieren dos importantes consecuencias que merecen ser convenientemente explicadas: 1ª) Por un lado, comporta una ruptura de la tradicional separación entre el Derecho de la competencia desleal y el Derecho de contratos (*infra*, 2.1.2.2.). 2ª) Por otro, permite identificar el concepto de cláusula contractual —de los contratos B2C— con las nociones de práctica comercial (Directiva 2005/29/CE) o acto de competencia (LDC) (*infra*, 2.1.2.3). Veamos:

2.1.2.2. Ruptura de la separación entre el Derecho de la competencia desleal y el Derecho de contratos

Del artículo 2.3 LCD, así como del artículo 3.1 Directiva 2005/29/CE del que trae causa, cabe deducir la ruptura de la tesis relativa a la tradicional separación entre el Derecho de

¹⁴ Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad: BOE núm. 274, de 15.11.1988.

¹⁵ *Infra*, epígrafe 3.1.

¹⁶ En la doctrina hay quienes entienden (acertadamente, en mi opinión) que los términos *práctica comercial* y *acto de competencia* son equivalentes [como, *ad ex.*, MASSAGUER FUENTES, J., *El nuevo Derecho contra la competencia desleal...*, cit., p. 22, y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., "Artículo 2. Ámbito objetivo", en BERCOVITZ, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pág. 80]. En cambio, otros consideran que se trata de conceptos distintos, si bien admiten que sus diferencias no llegan a introducir verdaderas quiebras normativas y sistemáticas en el régimen de la LCD, al sostener que la *práctica comercial* es una especie del género *acto de competencia* (así, *ad ex.*, EMPARANZA SOBEJANO, A., "Régimen jurídico de las prácticas comerciales con consumidores...", cit., p. 76).

la competencia desleal y el Derecho de contratos. Según esta tesis, la doctrina iusprivatista —y especialmente la mercantilista— venía aceptando de forma generalizada que hasta la celebración del contrato (fase precontractual o de promoción de la contratación) estaba llamado a operar el Derecho de la competencia desleal, pero que, una vez el negocio era concluido, dicho sector del ordenamiento quedaba desactivado o fuera de juego, cediendo por entero el protagonismo al Derecho contractual.

Efectivamente, el tenor del artículo 2.3 LCD parece que ha de ser interpretado en el sentido de que la celebración del contrato ya no constituye una barrera infranqueable para la aplicación de la normativa de la competencia desleal. Antes bien, dicha normativa parece poder aplicarse también a prácticas o conductas llevadas a cabo en las fases de celebración y ejecución contractual, esto es, durante la conclusión del negocio y después de que esta haya acontecido. Por ello, un sector doctrinal sostiene —a mi juicio, con acierto— que la aprobación y entrada en vigor de la Directiva 2005/29/CE inauguró un panorama de nuevas relaciones entre la normativa contractual de consumo y la reguladora de las prácticas desleales contra los consumidores¹⁷.

Todo apunta, ciertamente, a que el legislador europeo de 2005 parte de la idea de que las prácticas desleales no solo se dan en la etapa precontractual, de promoción de la contratación, sino también en las fases de celebración y ejecución de los contratos. Con independencia de la valoración que pueda merecer esta solución de política legislativa, esto es lo que se deduce del artículo 2.3 Directiva 2005/29/CE. De conformidad con esta disposición, los comportamientos desleales pueden tener lugar en tres momentos distintos del iter contractual:

— 1º. Por un lado, en la *etapa previa a la celebración de los contratos (o fase precontractual)*, que puede considerarse el ámbito natural y principal en el que se desarrollan las conductas desleales. Así ocurre con la actividad publicitaria y promocional desplegada por los operadores económicos con la finalidad de incitar a contratar a los destinatarios. Sin duda, es en esta fase promotora de la contratación de bienes y servicios donde se desarrolla la mayor parte de las prácticas desleales.

— 2º. Por otro lado, en el *momento de la celebración del contrato (o fase puramente contractual)*. Un ejemplo de conducta desleal en esta otra fase del iter negocial podría ser el de una plataforma de streaming que anuncia “1 mes gratis, sin compromiso”, pero en el instante mismo en que el consumidor manifiesta su voluntad de contratar oculta en un texto poco visible que el servicio se renueva por 19,99 € al mes si no se cancela con

¹⁷ DUROVIC, M., *European law on unfair commercial practices and contract law*, Hart Publishing, Oxford, 2016, disponible en la dirección <https://www.bloomsburycollections.com/book/european-law-on-unfair-commercial-practices-and-contract-law/>; IDEM *The impact of the unfair commercial practices directive (2005/29/EC) on contract law*, Florence: European University Institute, EUI PhD theses, 2014 (en especial, págs. 148 y 149), disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://hdl.handle.net/1814/34559>; WHITTAKER, S., “The relationship of the Unfair Commercial Practices Directive to European and national contract Laws», en WEATHERILL y BERNIZ (Dirs.), *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29. New rules and new techniques*, Hart, Oxford, 2007, pág. 155; MIRANDA SERRANO, L. M. y PAGADOR LÓPEZ, J., “La necesidad de establecer conexiones...”, *cit.*, *passim*.

anterioridad al día 30, lo que constituye a todas luces una práctica engañosa por omisión subsumible en el artículo 7 LCD¹⁸.

— 3º. Finalmente, según la opción de política legislativa seguida por la Directiva 2005/29/CE, pueden también cometerse actuaciones desleales en la *fase de ejecución contractual (o etapa poscontractual)*. Como ejemplo de este tipo de comportamientos, cabría invocar el de una compañía aseguradora que retrasa injustificadamente el pago de la correspondiente indemnización tras el acaecimiento de un siniestro, con la finalidad de forzar al tomador o asegurado a aceptar una cantidad inferior. De hecho, dicha conducta resulta expresamente prohibida por el artículo 31.1 LCD, que sigue los dictados de la Directiva 2005/29¹⁹.

1.2.2.3. Encaje de las cláusulas negociales de los contratos B2C en las nociones de práctica comercial o acto de competencia

Además, cabe hablar de otra consecuencia de gran interés derivada del artículo 2.3 LCD y del precepto homólogo de la Directiva 2005/29 del que proviene. Me refiero a que, desde la entrada en vigor de esta Directiva, es posible defender que las nociones de contrato y, sobre todo, de *cláusula negocial o contractual (en contratos B2C)* encajan dentro de los conceptos de *práctica comercial* (Directiva 2005/29/CE) o *acto de competencia* (LCD)²⁰. De hecho, como fundamento de esta equiparación conceptual se invoca especialmente el artículo 2.3 LCD, en la medida en que —como he señalado más arriba— en él se prevé con meridiana claridad la aplicación del régimen represor de la deslealtad concurrencial a los actos de competencia realizados antes, durante y después de una operación comercial o contrato, con independencia de que este llegue o no a celebrarse²¹.

Aunque se trata de una cuestión abierta y controvertida²², entiendo que esta solución es la que se infiere del Derecho vigente. Sobre todo, en consideración a que la Directiva

¹⁸ Otro ejemplo de práctica desleal cometida en el momento mismo de contratar sería el del usuario que, al utilizar una determinada plataforma para contratar un vuelo, comprueba que en la pantalla de su teléfono móvil empiezan a aparecer mensajes destacados con los que se le trata de presionar a contratar, a través de los cuales se realizan afirmaciones falsas tales como “solo quedan dos asientos libres en este vuelo” o “en este mismo momento 25 personas están consultando esta misma oferta”. Sin perjuicio de que esta práctica encaje en el concepto de lo que se ha dado en conocer como patrones oscuros (*dark patterns*), parece claro que se trata de una conducta agresiva, prohibida por el artículo 8 LCD y con incidencia directa en el momento de concluir el contrato.

¹⁹ En concreto, este precepto reputa desleal por agresivo “[e]xigir al consumidor o usuario, ya sea tomador, beneficiario o tercero perjudicado, que desee reclamar una indemnización al amparo de un contrato de seguro, la presentación de documentos que no sean razonablemente necesarios para determinar la existencia del siniestro y, en su caso, el importe de los daños que resulten del mismo o dejar sistemáticamente sin responder la correspondencia al respecto, con el fin de disuadirlo de ejercer sus derechos”.

²⁰ En esta dirección, *ad ex.*, MIRANDA SERRANO, L. y PAGADOR LÓPEZ, J., “La necesidad de establecer conexiones...”, *cit.*, p. 8; MARIMÓN DURÁ R., “Prácticas comerciales desleales con los consumidores”, en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ (Dir.), *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 1645 y ss.

²¹ *Ibidem*.

²² Como lo corrobora la existencia de una reputada opinión doctrinal partidaria de entender que ni el contrato ni las cláusulas contractuales tienen encaje en la noción de *práctica comercial* (Directiva 2005/29/CE) o de *acto de competencia* (LCD). Para los partidarios de esta solución, los argumentos que la apoyan se concretan

2005/29/CE ha optado por ofrecer una noción amplia de práctica comercial que, además —como seguidamente se comprobará—, ha sido objeto de una interpretación extensiva por parte de los órganos jurisdiccionales competentes (en especial, por el TJUE). A lo que se ha de añadir la constatación de que, en la realidad viva del tráfico mercantil contemporáneo, los operadores económicos se valen en no pocas ocasiones de los clausulados contractuales para incorporar prácticas engañosas o agresivas en perjuicio de los consumidores y usuarios²³.

A favor de esta solución puede invocarse cierta jurisprudencia del TJUE [*infra*, A)]. Aunque, al mismo tiempo, no cabe desconocer la existencia de algunos argumentos en contra. Estos se centran principalmente en el artículo 19.2 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (en lo sucesivo, TRLGDCU)²⁴, así como en la exigencia de finalidad concurrencial que nuestra LCD requiere para poder hablar de acto de competencia [*infra*, B)]. Pero, a mi juicio, ninguno de ellos es determinante para desmentir esta solución interpretativa, como tendré ocasión de explicar al exponerlos [*infra*, B)].

A) Jurisprudencia del TJUE favorable a esta interpretación

El TJUE ha atribuido en varias de sus resoluciones la condición de práctica comercial desleal a determinadas cláusulas negociales incluidas en contratos B2C. En concreto, en esta dirección merecen ser destacados los siguientes pronunciamientos judiciales:

— 1º. En primer lugar, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, STJUE) de 15 de marzo de 2010, dictada en el asunto C-453/10, *Jana Pereničová*²⁵. En ella, ante la cuestión planteada por el tribunal remitente en relación a “si la indicación en un contrato de crédito al consumo de una TAE inferior a la real puede considerarse una práctica comercial desleal, en el sentido de la Directiva 2005/29”, encajable —en particular— en las conductas engañosas, el Alto Tribunal europeo responde que “una práctica comercial como la controvertida en el asunto principal (...), constituye una información falsa sobre el coste total del crédito y, por consiguiente, sobre el precio contemplado en el artículo 6, apartado 1, letra d), de la Directiva 2005/29”. Y a esto añade

básicamente en dos preceptos: a) el artículo 3.2 de la Directiva 2005/29/CE, según el cual esta norma armonizadora se entiende sin perjuicio “del Derecho contractual”, y, en concreto, “de las normas relativas a la validez, formación o el efecto de los contratos”; y b) el artículo 19.2 TRLGDCU que niega la consideración de prácticas comerciales a “las relaciones de naturaleza contractual”. Véanse esta dirección, *ad ex.*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Artículo 2...”, *cit.*, pp. 79 y ss.; MASSAGUER FUENTES, J., *El nuevo Derecho...*, *cit.*, pp. 19; GONZÁLEZ PACANOWSCA, I., “Comentario del Título II: Condiciones generales y cláusulas abusivas”, en BERCOVITZ, R. (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Ed. Aranzadi, 2015, p. 1109. En general, sobre esta cuestión controvertida y con más referencias bibliográficas, consúltese CASADO NAVARRO, A., *Consecuencias negociales de las prácticas desleales contra los consumidores. Relaciones entre el Derecho contractual de consumo y el Derecho de la competencia desleal*, Ed. Marcial Pons, 2023, pp. 52 y 53.

²³ CASADO NAVARRO, A., *Consecuencias negociales...*, *cit.*, p. 54

²⁴ 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 30.11.2007.

²⁵ STJUE de 15 de marzo de 2012, *Jana Pereničová*, C-453/10, ECLI:EU:C:2012:144.

que, dado que “la indicación de dicha TAE hace o puede hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado (...), esta información falsa debe calificarse de práctica comercial *engañosa* con arreglo al artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva”²⁶.

— 2º. En segundo lugar, la STJUE de 2 de febrero de 2023, que resuelve el asunto C-208/21, *K.D. contra Towarzystwo Ubezpieczeń Ż SA*²⁷. En esta otra resolución, el TJUE manifiesta con claridad su opinión favorable a entender que la firma por un sujeto que actúa en condición consumidora de un contrato de seguro en el que algunas de sus cláusulas no cumplen las exigencias del hoy conocido como control de transparencia material o cualificado (con referencia al control dirigido a garantizar que, en el momento de la celebración del contrato, el consumidor posea un conocimiento y entendimiento efectivos de su objeto principal y de la correspondencia entre precio y prestación²⁸) constituye una práctica comercial desleal en el sentido en que se define esta figura en la Directiva 2005/29/CE. En concreto, el TJUE sostiene que podríamos estar ante una práctica engañosa del artículo 5.4 Directiva 2005/29/CE. Aunque finalmente se inclina más por considerarla una *omisión engañosa* del artículo 7 de dicha Directiva, al entender que a esa calificación conduce el hecho de que un contrato tipo omita, oculte o comunique de forma poco clara, ininteligible o ambigua información contractual esencial con el resultado final de no permitir al consumidor “comprender la naturaleza y la configuración del producto de seguro ofrecido ni los riesgos que conlleva, ni elegir, así, con conocimiento de causa el producto de seguro que mejor se ajuste a sus necesidades”²⁹.

²⁶ *Ibidem*; en concreto véanse los apdos. 37 a 47 de esta STJUE. Más información puede verse en: GARCÍA PÉREZ, R., “Unión Europea: Una cláusula contractual puede constituir una práctica comercial engañosa (Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012, C-453/10, *Perenicová, Perenic y SOS financ*)”, *Actas de Derecho Industrial*, t. 32, 2011-2012; LUZAK, J., “Unfair commercial practice ≠ unfair contract term ≠ void contract: The CJEU's judgment in the case C-453/10 (*Pereničová and Perenič*)”, *Ars Aequi*, vol. 61/6, 2012, pp. 428 y ss.; HULMÁK, M., “The consequences of unfair terms in consumer contracts”, *The Lawyer Quarterly*, 2022, vol. 12, n. 1, pp. 53 y ss.

²⁷ STJUE de 2 de febrero de 2023, *K.D. contra Towarzystwo Ubezpieczeń Ż S.A.*, C-208/21, ECLI:EU: C:2023:64.

²⁸ Así, en el ámbito del contrato de seguro, véase mi trabajo “Cláusulas limitativas y sorprendentes en contratos de seguro: protección de las expectativas y el consentimiento de los asegurados”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 761, 2027, pp. 1151 y ss.; y más en general, mi estudio “El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria”, *InDret*, núm. 2, 2018, pp. 1 y ss.

²⁹ *Ibidem*; en particular, véanse los apdos. 48 a 72 de esta STJUE. Más información, entre otros, en SZCZEPAŃSKA, M., “Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiejz dnia 2 lutego 2023 r., C-208/21, w sprawach nieuczciwych praktyk handlowych w zakresie obowiązków informacyjnych w ubezpieczeniach na życie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym, zwanych „unit-linked”, *Prawo Asekuracyjne*, 2/2023, pp. 115 y ss. A propósito de esta STJUE, he de poner de manifiesto (aunque sea aquí, en nota, por no ser objeto de estudio en este trabajo el control de transparencia material de las cláusulas predispuestas en contratos B2C) que, desde mi punto de vista, la forma de razonar del TJUE en esta resolución no se concilia bien con otra línea jurisprudencial seguida por este mismo tribunal en el ámbito de los contratos de consumo celebrados a través de clausulados predispuestos. Me explico: 1º) Según la STJUE de 2 febrero 2023, el clausulado contractual no transparente, analizado desde la perspectiva que ofrece la Directiva 2005/29/CE, en la medida en que no permite al consumidor comprender la naturaleza y configuración del producto contratado (un seguro colectivo) y de los riesgos que a él se anudan, ha de considerarse una práctica desleal engañosa y, por ende, ilícita. 2º) Sin embargo, cuando el TJUE analiza las cláusulas negociales no transparentes desde la perspectiva del Derecho contractual de consumo, la conclusión a la que llega puede ser

— 3º. Finalmente, la STJUE de 22 de septiembre de 2022, relativa al asunto C-335/21, *Vicente/Delia*³⁰. En lo que aquí interesa, en esta sentencia se planteó al TJUE la cuestión prejudicial de si puede considerarse una práctica comercial desleal, de conformidad con la Directiva 2005/29, la incorporación a un contrato celebrado entre un abogado y un consumidor de una cláusula que fija los honorarios del abogado mediante la mera remisión a un baremo de un Colegio de Abogados, el cual establece distintas reglas a aplicar según cada supuesto concreto, y al que no se efectuaba mención alguna ni en la oferta comercial ni en la información precontractual. Para responder a esta cuestión, el TJUE parte de dos datos relevantes. Por un lado, aprecia que el artículo 2, letra d), Directiva 2005/29 define en términos amplios el concepto de *práctica comercial*. Por otro lado, constata que el artículo 3.1 Directiva 2005/29 establece la aplicación de sus preceptos a las prácticas desleales desarrolladas “antes, durante y después de una transacción comercial en relación con cualquier bien o servicio”. Finalmente concluye, sobre la base de ambos datos, que la Directiva 2005/29/CE debe interpretarse en el sentido de que la incorporación a un contrato celebrado entre un abogado y su cliente de una cláusula como la litigiosa “debe calificarse de práctica comercial *engañosa*, en el sentido del artículo 7 de esta Directiva,

distinta. Como se sabe, desde esta otra óptica, el TJUE ha optado por sostener que la no transparencia material de una cláusula predispuesta conlleva la reactivación del control de contenido o abusividad. Razón por la cual nada impide que una cláusula relativa al objeto principal del contrato merezca considerarse no transparente (en sentido material) y, sin embargo, se reputa finalmente lícita por superar el control de contenido o abusividad. Esta forma de enfocar el asunto no parece razonable. En los dos casos, esto es, tanto si el análisis se realiza desde el punto de vista que ofrece la Directiva 2005/29/CE como se si se hace desde el ángulo que proporciona la Directiva 93/13/CE, el bien jurídico protegido es el mismo: el derecho del consumidor a elegir con conocimiento de causa (libertad de saber) el bien o servicio que desea contratar. Por ello, si dicho bien jurídico resulta lesionado, las cláusulas causantes de la lesión, ya sea en su condición de prácticas comerciales o de estipulaciones negociales predispuestas, habrían de merecer la sanción de la ilicitud. Al respecto, no cabe perder de vista el carácter unitario del ordenamiento y su necesaria coherencia valorativa interna. Es cierto que en la Comunicación relativa a las Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE se realizan unas consideraciones interesantes acerca de la abusividad de una cláusula predispuesta por falta de transparencia; en concreto, en su apartado 3.4.6. intitulado “Pertinencia de la falta de transparencia para el carácter abusivo de las cláusulas contractuales” (págs. 34 y ss.). En él, tras exponerse (en la dirección del TJUE) que “[l]a falta de transparencia no supone automáticamente que una cláusula contractual sea considerada abusiva”, se añade que “en la medida en que las cláusulas contractuales no sean claras ni comprensibles (...), esta circunstancia puede contribuir a concluir que una cláusula contractual es abusiva (...), o incluso puede indicar su carácter abusivo”. Y en esta misma dirección se afirma más adelante que, “dependiendo del contenido de la cláusula del contrato en cuestión y a la luz del efecto de la falta de transparencia, *el posible carácter abusivo de una cláusula contractual puede estar estrechamente relacionado con la falta de transparencia, o incluso indicar esta un carácter abusivo*” (la cursiva se corresponde con la letra en negrita que figura en la Comunicación). Y lo anterior se completa con la siguiente afirmación: “Este puede ser el caso, por ejemplo, cuando los consumidores no pueden entender las consecuencias de una cláusula o son engañados. De hecho, cuando los consumidores se encuentran en una posición desventajosa a causa de cláusulas contractuales poco claras, ocultas o engañosas, o cuando no se proporcionan las explicaciones necesarias para comprender sus implicaciones, es poco probable que el profesional esté tratando de manera justa y equitativa al consumidor y tomando en cuenta sus legítimos intereses”. Sobre esto puede encontrarse más información en MIRANDA SERRANO, L.M., “Consecuencias de la falta de transparencia material de las cláusulas no negociadas individualmente. A propósito de algunas experiencias en el sector financiero”, *Revista de Derecho del Sistema Financiero (RDSF)*, núm. 4, 2022, pp. 137 y ss., y en ORLANDO, S., “The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice”, *European Review of Contract Law (ERCL)*, vol. 7, núm. 1, 2011, pp. 25 y ss.

³⁰ STJUE de 22 de septiembre de 2022, *Vicente/Delia*, C-335/21, ECLI:EU:C:2022:720.

siempre que haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado”³¹.

B) Argumentos contrarios a esta interpretación: exposición y crítica

En contra de la solución expuesta, favorable a entender que las cláusulas de los contratos B2C encajan en los conceptos de práctica comercial (Directiva 2005/29/CE) o acto de competencia (LCD), cabría alegar dos argumentos principales: 1º) De un parte, el artículo 19.2 *in fine* TRLGDCU, en el que se dispone que carecen de la condición de prácticas comerciales las relaciones de naturaleza contractual, que se regularán conforme a lo establecido en el artículo 59 TRLGDCU [*infra*, 1º)]. 2º) De otra parte, el artículo 2.1 LCD, en la medida en que este precepto exige para la aplicación de la LCD que los actos de competencia (o prácticas comerciales) estén provistos de finalidad concurrencial (“se realicen en el mercado y *con fines concurrenciales*”, dice de modo expreso esta disposición) [*infra*, 2º)]. Ahora bien, ninguno de estos argumentos me parece decisivo —a la luz de la Directiva 2005/29/CE— para negar a una cláusula de un contrato B2C la condición de práctica comercial (Directiva 2005/29) o acto de competencia (LCD). A continuación expongo las principales razones que me conducen a esta aseveración:

Primera: relativa al artículo 19.2 in fine TRLGDCU. Desde mi punto de vista, el artículo 19.2 TRLGDCU lo que pretende es incorporar a nuestro ordenamiento la regla del artículo 3.2 Directiva 2005/29/CE que no niega a un contrato o cláusula contractual la condición de práctica comercial desleal, pues ello sería contrario al modo en que la jurisprudencia del TJUE interpreta la noción de práctica comercial en el sentido ya analizado. En rigor, el artículo 3.2 Directiva 2005/29/CE, al disponer que su articulado “se entenderá sin perjuicio del Derecho contractual, y en particular de las normas relativas a la validez, la formación o el efecto de los contratos”, ha de interpretarse en el sentido de que la comprobación de que un empresario o profesional ha recurrido a una práctica comercial desleal no incide de modo directo en la cuestión de la validez o invalidez del contrato concluido sobre la base de dicha práctica, sin perjuicio de que puedan existir disposiciones nacionales que lo consideren nulo en su conjunto³².

³¹ Extremo que, según el TJUE, “corresponde comprobar al juez nacional”: *ibidem*; en concreto, apdos. 82 a 87 de esta STJUE. Sobre ella, más información, *ad ex.*, en NOMS HEREDIA, N., et alii, “Diálogos para el futuro judicial LXVIII. Abogacía y honorarios profesionales”, *Diario La Ley*, núm. 10343, Sección Justicianext, 7 de Septiembre de 2018, disponible para consulta en <https://diariolaley-stg.externalnaw.es>; ARROYO APARICIO, A., “Cláusula sobre honorarios de abogado: procedimiento sumario de reclamación de honorarios y su apreciación como abusiva o engañosa: Sentencia del Tribunal de Justicia 9ª de 22 de septiembre de 2022 as. C-335/21: Vicente y Delia”, *La Ley Unión Europea*, núm. 109, 2022, *passim*.

³² Apartado 1.3.4 de la *Guía de prácticas comerciales desleales*; entre nosotros, véase, *ad ex.*, ELIZALDE IBARBIA, F., “La Directiva 2019/2161, de Modernización del Derecho de Consumo, por la que se conceden remedios individuales contra las prácticas comerciales desleales. ¿Un paso más hacia la estandarización del derecho privado de la Unión Europea?”, *Revista de Derecho Civil (RDC)*, vol. 8, núm. 4, 2021, pág. 79. Afirma este autor (pp. 59 y 60) que la aplicación de la Directiva 2005/29/CE “sin perjuicio del Derecho contractual nacional no debía interpretarse como una separación infranqueable de la normativa de prácticas comerciales desleales respecto del Derecho de contratos, sino como una excepción a la armonización máxima de esa directiva. Es decir, los Estados miembros permanecieron libres en ese aspecto, pudiendo darle relevancia contractual o no a las prácticas comerciales desleales. Algunos Estados miembros así lo hicieron, reconduciendo expresamente las

Ahora bien, al incorporar el artículo 3.2 Directiva 2005/29/CE al Derecho español, el artículo 19.2 *in fine* TRLGDCU lo ha hecho de una forma tan desafortunada que parece negar a las cláusulas contractuales la condición de prácticas comerciales. Sin embargo, no es este el sentido que ha de conferirse a dicha norma. La interpretación del Derecho interno de conformidad con las Directivas comunitarias (en concreto, en este caso, con el artículo 3.2 Directiva 2005/29/CE) exige conferir al artículo 19.2 *in fine* TRLGDCU un sentido diferente³³. En mi opinión, esta disposición debe interpretarse en la dirección de que, dada la ausencia en la LCD de acciones individuales específicas encaminadas a remover los efectos negociales que sean consecuencia de un contrato influenciado por prácticas comerciales desleales (engañosas o agresivas), las acciones contractuales a ejercitar frente a él habrán de seguir el procedimiento común³⁴.

Se explica así la remisión que dicho precepto efectúa al artículo 59 TRLGDCU, donde se dispone, entre otras cosas, que los contratos de consumo (es decir, los B2C) “se regirán, en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma o en leyes especiales, por el derecho común aplicable a los contratos”. De modo que ha de darse la razón a la doctrina que confiere al artículo 19.2 *in fine* TRLGDCU el sentido de que las acciones contractuales a ejercitar frente a un contrato influenciado por conductas desleales (como, *ad ex.*, la nulidad, la anulabilidad o la resolución contractual) han de seguir el procedimiento común y sujetarse a la jurisdicción ordinaria, dada la ausencia en la LCD de acciones individuales específicas encaminadas a remover los efectos negociales que sean consecuencia de un contrato que trae causa de una práctica comercial desleal (engañosa o agresiva)³⁵.

A mi juicio, apoya esta interpretación el propio artículo 19.2 TRLGDCU que, previamente a efectuar *in fine* la declaración objeto aquí de comentario, reproduce una definición de práctica comercial sustancialmente idéntica a la formulada por la Directiva 2005/29/CE. En concreto, según el artículo 19.2 TRLGDCU, “se consideran prácticas comerciales de los empresarios con los consumidores y usuarios todo acto, omisión, conducta, manifestación o comunicación comercial, incluida la publicidad y la comercialización, directamente relacionada con la promoción, la venta o el suministro de bienes o servicios, incluidos los

consecuencias de las prácticas comerciales desleales sobre las relaciones privadas a los remedios contractuales tradicionales. En otros, como España, la aplicación de dichos remedios contractuales clásicos se dio por supuesto. En este sentido, si bien los consumidores ostentan legitimación activa para ejercer las acciones de la Ley de Competencia Desleal contra las prácticas comerciales desleales, no parecen especialmente diseñadas para la tutela individual del consumidor. En un tercer bloque, algunos Estados miembros como Polonia, el Reino Unido (entonces parte de la UE) y Bélgica, crearon remedios contractuales novedosos como tutela contra las prácticas comerciales desleales”.

³³ Al respecto: FUENTESECA DEGENEFEE, C., *Prácticas comerciales desleales y validez del contrato. El último inciso del artículo 19.2 TRLGDCU*, Ed. J.M. Bosch, 2021, pp. 19 y ss.

³⁴ Conformes, *ad ex.*, BUSTO LAGO, J.M., “Artículo 19. Principio general y prácticas comerciales”, en BERCOVITZ, R. (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley general de defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, 2ª ed., Ed. Aranzadi, Cizur Menor 2015, p. 245; CASADO NAVARRO, A., “Consecuencias negociales de las prácticas desleales con consumidores: soluciones de Derecho comparado y recientes desarrollos normativos en la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm. 1, marzo de 2022, p. 120; DOMÍNGUEZ PÉREZ, E.M., “Prácticas desleales con consumidores: ilícito de consumo e ilícito desleal”, en TATO PLAZA, A. y COSTAS COMESAÑA, J., *et alii*, *Nuevas tendencias en el Derecho de la competencia y de la propiedad industrial e intelectual IV*, Ed. tirant lo blanch, 2024, p. 484 (esta última autora siguiendo a CASADO NAVARRO).

³⁵ *Ibidem*.

bienes inmuebles, así como los derechos y obligaciones, *con independencia de que sea realizada antes, durante o después de una operación comercial*³⁶.

Segunda: referente a la finalidad concurrencial del artículo 2.1 LCD. Por otro lado, la exigencia de finalidad concurrencial del acto de competencia formulada por el artículo 2.1 de nuestra LCD no es impedimento para negar a una cláusula negocial de un contrato B2C encaje en el concepto de práctica comercial de la Directiva 2005/29. Es cierto que si interpretamos literalmente el artículo 2 LCD, la conclusión a la que llegamos ha de ser que esta norma solo se aplica a los actos con fines concurrenciales, lo que se presume cumplido —como aclara el legislador en el artículo 2.2 LCD— en todo comportamiento que, merced a las circunstancias en que se lleva a cabo, se revela “objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero”³⁷. Pero esta interpretación literal ha de descartarse. Sobre todo, porque la Directiva 2005/29/CE no establece una exigencia similar. Es verdad que en su artículo 2 se hace una alusión expresa a la promoción de los productos. Pero no es menos cierto que la misma se acompaña de una referencia —también explícita— a prácticas directamente relacionadas con la venta o el suministro de productos³⁸.

Esto explica que la doctrina que entre nosotros mayor atención ha prestado al requisito de la finalidad concurrencial (me refiero, en concreto, al profesor Rafael García Pérez) advierta que de la definición de práctica comercial que ofrece el artículo 2 Directiva 2005/29/CE se infiere que la finalidad promocional es solo “una de las posibilidades” que puede presentar la práctica comercial, en la medida en que dicha finalidad no es, sin embargo, requerida en las fases de venta y suministro a las que también se refiere expresamente dicha Directiva³⁹. De hecho, como acertadamente añade este autor⁴⁰, así lo corrobora la presencia en esta Directiva de prácticas sin finalidad concurrencial, como

³⁶ Cursiva propia.

³⁷ Que se trata de una presunción lo deja especialmente claro el Preámbulo LCD, en el que se dice que “[p]ara que exista acto de competencia desleal basta, en efecto, con que se cumplan las dos condiciones previstas en el párrafo primero del artículo 2: Que el acto se *realice en el mercado* (es decir, que se trate de un acto dotado de trascendencia externa) y que se lleve a cabo con *finés concurrenciales* (es decir, que el acto —según se desprende del párrafo segundo del citado artículo— tenga por finalidad *promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero*»”.

³⁸ En concreto, el artículo 2 Directiva 2005/29 define las “prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consumidores” como “todo acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con *la promoción, la venta o el suministro* de un producto a los consumidores” (la cursiva es propia).

³⁹ GARCÍA PÉREZ, R., “La finalidad concurrencial como requisito de aplicación de la Ley de competencia desleal. Hacia una interpretación uniforme”, *InDret*, núm. 4, 2025, pp. 130 y 131. En apoyo de esta idea, este autor cita a KÖHLER y FRANZKE, en cuyos trabajos pueden encontrarse ulteriores referencias bibliográficas en relación con este asunto (así, en concreto: p. 131, nota 65 del referido trabajo de GARCÍA PÉREZ). Por cierto que estas reflexiones de GARCÍA PÉREZ (a mi juicio, muy atinadas) acerca del artículo 2 Directiva 2005/29/CE son también predicables del artículo 19.2 TRLGDCU cuando —tras los pasos de la Directiva 2005/29/CE— dispone que “se consideran prácticas comerciales de los empresarios con los consumidores y usuarios todo acto, omisión, conducta, manifestación o comunicación comercial, incluida la publicidad y la comercialización, *directamente relacionada con la promoción, la venta o el suministro de bienes o servicios, incluidos los bienes inmuebles*, así como los derechos y obligaciones, con independencia de que sea realizada antes, durante o después de una operación comercial” (cursiva propia).

⁴⁰ *Ibidem*, p. 131.

la recogida en el número 27 de su Anexo, que coincide con la regulada por el artículo 31 LCD a la que más arriba me referí, relativa a la imposición de obstáculos al consumidor para disuadirlo del cobro de la indemnización derivada de un siniestro cubierto por un contrato de seguro⁴¹.

Parece evidente que esta práctica, ubicada en la fase de ejecución contractual, es susceptible de proporcionar un beneficio al operador económico que la ejecuta. Pero también es claro que no está orientada a “promover o asegurar la difusión de las prestaciones”. Más bien ocasionará a quien la realiza una posible pérdida de clientela, ya que el consumidor que la sufre previsiblemente no estará dispuesto a contratar con él en el futuro⁴². En suma, al igual que expuse acerca del artículo 19.2 TRLGDCU, procede llevar a cabo una interpretación del artículo 2.1 LCD de conformidad con la Directiva 2005/29/CE, lo que conduce a restar entidad al argumento de la finalidad concurrencial como contrario a admitir la equivalencia entre las figuras de la cláusula contractual —de un contrato B2C— y de la práctica comercial (Directiva 2005/29/CE) o el acto de competencia (LCD)⁴³.

2.1.2.4. Consideraciones finales sobre las implicaciones derivadas del artículo 2.3 de la Ley de Competencia Desleal

Una vez superados los obstáculos expuestos en el sentido que acabo de expresar, cabe concluir que la Directiva 2005/29/CE permite hablar de una *aproximación del Derecho de la competencia desleal y el Derecho contractual de consumo*, que ya no se consideran compartimentos estancos e incommunicados, como venía sucediendo con anterioridad a la entrada en vigor de esta norma de armonización europea. Así lo corrobora el que cláusulas negociales referentes a toda la vida del contrato, que llevan anudadas sus correspondientes prácticas comerciales —pues, por ejemplo, una estipulación negocial sobre cómo ha de efectuarse el pago origina la práctica de pagar—, quedan sometidas al

⁴¹ El tenor del número 27 del Anexo de la Directiva 2005/29/CE es este: se considera práctica desleal *per se* “[e]xigir al consumidor que desee reclamar una indemnización al amparo de una póliza de seguro que presente documentos que no puedan razonablemente considerarse pertinentes para determinar la validez de la reclamación o dejar sistemáticamente sin responder la correspondencia al respecto, con el fin de disuadirlo de ejercer sus derechos contractuales”.

⁴² GARCÍA PÉREZ, R., “La finalidad concurrencial como requisito...”, *cit.*, p. 131.

⁴³ A favor de esta solución —que me parece la única aceptable— se manifiesta expresamente el profesor GARCÍA PÉREZ, quien señala que “[s]i bien es cierto que lo ideal hubiese sido una reforma más profunda del ámbito objetivo de la Ley (con referencia a la LCD), una vez que el legislador ha optado por una transposición de mínimos, solo resta la posibilidad, para asegurar la compatibilidad con la Directiva, de realizar una interpretación muy amplia de la frase «promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero»”. Y para ello —añade este autor— “puede recurrirse, adaptándola a las particularidades de nuestro Derecho, a la definición de finalidad concurrencial que ofreció KNÖPFLE ya en 1966: «un acto tiene finalidad concurrencial cuando tiene por objetivo promover el éxito comercial de un empresario»”. En palabras de GARCÍA PÉREZ, esta idea, trasladada a las peculiaridades de nuestra Ley, conduciría a entender que “un acto tiene finalidad concurrencial cuando, por las circunstancias en que se realice, el mismo tenga por finalidad objetiva promover el éxito de su autor o de un tercero en el mercado (aunque sea de forma mínima, ya que la Directiva no establece ningún umbral, y se aplica incluso frente a prácticas aisladas que afecten a un único consumidor)” (“La finalidad concurrencial como requisito...”, *cit.*, pp. 131 y 132).

Derecho de la competencia desleal por tener encaje en su ámbito de aplicación material u objetivo⁴⁴.

Además, en relación con esta idea se ha de tener en cuenta el *Libro Verde de 2001 sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea*, que sentó las bases para la elaboración de la Directiva 2005/29/CE⁴⁵. Sobre todo, porque su redactor tuvo el mérito de proporcionar algunos ejemplos de prácticas desleales estrechamente conectadas con el contrato, que posteriormente pasaron a la Directiva 2005/29/CE. Nos referimos, en concreto, a conductas relacionadas con el pago, el objeto del contrato, las estimaciones de precios, el cumplimiento, la ejecución, la entrega, la tramitación de reclamaciones o los servicios postventa. No parece complicado colegir que todos estos ejemplos de posibles prácticas desleales demuestran con cierta claridad la existencia de una relación muy estrecha entre una práctica comercial y un contrato o cláusula contractual⁴⁶.

Por otra parte, la experiencia legislativa comparada corrobora la certeza de lo que acabo de exponer. Especialmente ilustrativo se muestra el ordenamiento alemán. En él, la incorporación de la Directiva 2005/29/CE ha comportado el reemplazamiento del término "acto de competencia" (*Wettbewerbshandlung*) por el más amplio de "acto comercial" (*geschäftliche Verhandlung*). Como es natural, dicho cambio terminológico no ha obedecido a un mero capricho del legislador. Antes bien, ha respondido a la relevante idea que está presente en el artículo 3.1 Directiva 2005/29/CE —del que proviene el artículo 3.2 de nuestra LCD—, según la cual la disciplina de la competencia desleal se ocupa de comportamientos de mercado que tienen lugar antes, durante y después de la celebración de los contratos⁴⁷.

Lo anterior explica que, a consecuencia de estos cambios legislativos, la doctrina alemana estudiosa de la deslealtad concurrencial ya no venga refiriéndose a este sector del ordenamiento como "Derecho de la competencia desleal", sino como "Derecho de la deslealtad comercial" o "de la lealtad comercial" (*Lauterkeitsrecht*). Y ello, además, se ha traducido en una revitalización de los estudios doctrinales relativos a las relaciones entre la normativa de la competencia desleal y la reguladora de los contratos⁴⁸.

2.1.3. Atribución de la condición de infracciones de consumo a las prácticas comerciales contra los consumidores

⁴⁴ Sobre la interconexión y comunicación entre cláusulas y prácticas abusivas: AVILÉS GARCÍA, J., "Contratación y competencia: la reforma de las prácticas comerciales como elemento indispensable del buen funcionamiento del mercado", *Revista CefLegal*, CEF, núm. 154, noviembre de 2013, págs. 35 y ss.

⁴⁵ Accesible para consulta en la siguiente dirección electrónica: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0531:FIN:ES:PDF>

⁴⁶ DUROVIC, M., *European law on unfair...*, cit., passim.

⁴⁷ Más información en GARCÍA PÉREZ, R., "Nuevo texto de la Ley de Competencia Desleal alemana (UWG). Traducción con anotaciones", *Actas de Derecho Industrial (ADI)*, t. 29, 2008-2009, págs. 719 y 720.

⁴⁸ GARCÍA PÉREZ, R., "La reforma contra el Derecho de la competencia desleal: ¿hacia el Derecho de la lealtad?", en GÓMEZ SEGADÉ, J.A. y GARCÍA VIDAL, A. (Dirs.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI. Estudios homenaje a Fernández-Nóvoa* [Ed. Marcial Pons], Madrid, 2010, págs. 323 y ss.

Por otro lado, la reforma de 2009 modificó el TRLGDCU para insertar en su articulado una norma de conformidad con la cual se reputa infracción de consumo “el uso de prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios” (artículo 47.1, letra m, TRLGDCU). No es difícil advertir que esta disposición tiene una doble naturaleza. De una parte, se trata de una norma *preventiva*, al desincentivar el uso de prácticas comerciales contrarias a la buena fe (o, si se prefiere, abusivas del derecho a la libertad de empresa y competencia), cuando producen efectos lesivos especialmente para quienes actúan en el mercado en condición consumidora (prácticas engañosas y agresivas). De otra parte, posee carácter *correctivo o punitivo*, al permitir la imposición de sanciones económicas (de naturaleza administrativa) a quienes cometan dichas prácticas en perjuicio de los intereses de los consumidores y usuarios.

Esta declaración (ex TRLGDCU) posee varias implicaciones. La principal es que las prácticas desleales contra los consumidores (engañosas y agresivas) tienen una doble cara, como el *Dios Jano*. Por un lado, son *ilícitos de deslealtad* frente a los que pueden ejercitarse las acciones por competencia desleal reguladas por la LCD. Por otro lado, son *ilícitos de consumo* frente a los cuales las autoridades públicas competentes pueden actuar para interponer las sanciones administrativas previstas en el TRLGDCU. Dicho de otro modo: por una parte, en su condición de actos de competencia desleal, son *ilícitos civiles* (LCD), pero, al mismo tiempo, en su condición de infracciones de consumo, son también *ilícitos administrativos* (TRLGDCU)⁴⁹.

Obviamente, la consideración de que una conducta desleal es un ilícito de consumo, puede contribuir a hacer más eficaz la represión de las prácticas desleales contra los consumidores. Ahora bien, hemos de tener en cuenta que desgraciadamente en nuestro país las actuaciones de la inspección de consumo brillan por su ausencia; especialmente por la insuficiencia de medios humanos y materiales. Razón por la cual existen razones para dudar razonablemente de la eficacia práctica de esta medida. Precisamente, esto explica que abundan en el mercado actuaciones contrarias a los intereses de los consumidores y usuarios que, al estar prohibidas, deberían ser debidamente erradicadas⁵⁰.

Por otra parte, la existencia de una pluralidad de órganos de control para hacer frente a un mismo tipo de prácticas (la jurisdicción ordinaria —ex LCD— y los órganos administrativos de consumo —ex TRLGDCU—) es susceptible de provocar *decisiones contradictorias o no enteramente coincidentes* en relación con unos mismos supuestos de hecho⁵¹. Además, introduce un *cierto grado de descentralización* en la aplicación del Derecho de la deslealtad concurrencial. En este sentido, han de tenerse en cuenta dos datos. Por un lado, que, de conformidad con nuestra Constitución, las competencias en

⁴⁹ TATO PLAZA, A., “Breves reflexiones sobre algunas tendencias en el actual Derecho contra la competencia desleal”, en *La Ley Mercantil*, núm. extraordinario 130 dedicado a “Una década de Derecho Mercantil: Diez años de Derecho Mercantil”, 2025. También, *ad ex.*, se refiere a esta doble dimensión de las prácticas desleales contra los consumidores: DOMÍNGUEZ PÉREZ, E.M., “Prácticas desleales con consumidores...”, *cit.*, pp. 452 y ss.

⁵⁰ A modo de ejemplo, pueden tenerse en cuenta las muchas y diferentes tipologías de conductas desleales que tienen lugar en el sector del transporte aéreo, de las que doy cuenta en MIRANDA SERRANO, L.M., “Prácticas desleales en el transporte aéreo de pasajeros cometidas por plataformas digitales”, *Revista Lex Mercatoria*, núm. 31, 2025, pp. 1 y ss.

⁵¹ TATO PLAZA, A., “Breves reflexiones...”, *cit. supra*.

materia de protección de los consumidores y usuarios son asumidas por las Comunidades Autónomas. Por otro lado, que en supuestos no infrecuentes, corresponde a la Administración autonómica el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora sobre algunos casos de publicidad ilícita por infracción de normas especiales en materia publicitaria (como ocurre, por ejemplo, con las relativas a la publicidad de los productos alimenticios)⁵².

De esto último se desprende un riesgo más que evidente para la *unidad de mercado* del que parece ser consciente el legislador⁵³. Así lo corrobora el artículo 52 bis TRLGDCU cuando atribuye a los órganos de consumo de la Administración General del Estado la competencia para conocer de las infracciones de consumo (entre las cuales han de incluirse las prácticas desleales frente a los consumidores ex artículo 47.1, letra m, TRLGDCU) que generen "lesiones o riesgos para los intereses de los consumidores o usuarios de forma generalizada en el territorio de más de una comunidad autónoma, de tal forma que se pueda ver afectada la unidad de mercado nacional y la competencia en el mismo"⁵⁴.

En otro orden de cosas, ante la pregunta de si a un concreto consumidor engañado o presionado a contratar le compensa acudir a los tribunales de justicia para restablecer sus derechos, la respuesta ha de ser lamentablemente negativa. En la mayoría de los casos, no le compensará interponer una demanda judicial por una cuantía económica poco relevante. Solo en supuestos muy excepcionales se decidirá a hacerlo; en especial, cuando la cuantía de la lesión económica sufrida no sea despreciable o, más excepcionalmente, cuando persiga sentar precedentes en relación con alguna cuestión, casos estos últimos mucho menos frecuentes, pero de los que la práctica judicial nos ofrece algún que otro ejemplo.

Sí puede ser más atractivo para el consumidor individual acudir a los mecanismos de resolución alternativa de conflictos, esto es, a los conocidos como procedimientos ADR (*Alternative Dispute Resolution*), según sus siglas en inglés. Sobre todo, por tratarse de procedimientos menos costosos y más rápidos que los judiciales. Como se sabe, los más relevantes son la mediación, el arbitraje y la conciliación⁵⁵. Además, podría también resultar eficaz el recurso a la plataforma ODR (*Online Dispute Resolution*) que, aunque basada en los procedimientos ADR, se caracteriza por efectuar dichos procedimientos enteramente en línea, lo que comporta ciertas ventajas para las partes, al permitirles

⁵² *Ibidem*.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Cursiva propia. La incorporación de esta disposición al TRLGDCU tuvo lugar a través del Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre (BOE núm. 263, de 03.11.2021). Pero su redacción actual es resultado de las reformas incorporadas al TRLGDCU por la Ley 23/2022, de 2 de noviembre, por la que se modifica la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego: BOE núm. 264, de 3.11.2022. Con buen criterio, se ha señalado que "una medida de estas características deberá acompañarse en el futuro de un adecuado reconocimiento y desarrollo de los principios de control en origen y reconocimiento mutuo para aquellas infracciones que no encajen en los presupuestos de aplicación del nuevo artículo 52 bis TRLGDCU" (TATO PLAZA, A., "Breves reflexiones...", *cit. supra*).

⁵⁵ Al respecto, entre otros: CATALÁN CHAMORRO, M.J., *El Acceso a la justicia de consumidores: los nuevos instrumentos del ADR y ODR de consumo*, Ed. tirant lo blanch, 2019, *passim*.

resolver sus disputas sin tener que reunirse físicamente en un lugar determinado⁵⁶. De todos modos, estos mecanismos tampoco son la panacea, dadas sus nada desdeñables limitaciones. Entre ellas, cabe resaltar la no obligatoriedad de la adhesión para los empresarios y profesionales. Así acontece, por ejemplo, en España, donde —como se sabe— el Sistema Arbitral de Consumo solo puede ser verdaderamente útil al consumidor si el empresario o profesional con el que contrata se encuentra adherido al sistema⁵⁷. Lógicamente, esta situación podría cambiar sustancialmente si se implementara el arbitraje obligatorio, como sistema vinculante de heterocomposición extrajudicial de controversias⁵⁸.

Igualmente, podría presentar una mayor utilidad el ejercicio de acciones colectivas en defensa de un conjunto (determinado o no) de consumidores o usuarios. Es sabido que la LCD permite el ejercicio de estas acciones frente a prácticas desleales que afecten a una pluralidad de consumidores o usuarios. En concreto, de conformidad con el artículo 32 LCD, cuentan con legitimación activa para el ejercicio de la acción por competencia desleal las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas conforme a la legislación vigente, así como el Ministerio Fiscal cuando existan intereses generales de los consumidores comprometidos. A esto el artículo 33 LCD añade que dicha acción podrá ejercitarse aunque no puedan ser identificados individualmente los consumidores afectados, siempre que el acto de competencia desleal perjudique de manera general sus intereses. Bien entendido que estas acciones no pueden ir dirigidas a reclamar la reparación de los daños y perjuicios causados (pues, según la LCD, dicha acción únicamente puede ejercitarla quien haya sufrido un daño directo derivado de la conducta desleal), sino únicamente a obtener la cesación o prohibición de la conducta y a solicitar la remoción de sus efectos⁵⁹.

Tal vez esta situación pueda cambiar cuando se incorpore a nuestro ordenamiento la Directiva (UE) 2020/1828, que permite que el objeto de las acciones colectivas comprenda tanto la cesación como la reparación⁶⁰. Hasta que ello ocurra —lo que de momento no ha acontecido—, hay quien ha propuesto que podría ser útil, con vistas a dotar de una mayor

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Mas información, entre otros muchos, en COLOMER HERNÁNDEZ, I., "Hacia un arbitraje obligatorio de consumo: límites y posibilidades", en CHACÓN CÁRDENAS, M.J. (Dir.), *Proceso y consumo*, Ed. Atelier, 2022, pp. 43 y ss.

⁵⁸ Por todos, TOMILLO URBINA, J., *El arbitraje obligotio*, Ed. Colex, La Coruña, 2025, *passim*.

⁵⁹ Sobre las acciones por competencia desleal pueden verse, entre la muy aplia bibliografía existente, *ad ex.*, BENEYTO PALLÁS, K., "Acciones, legitimación y prescripción en materia de competencia desleal", en BENEYTO PALLÁS, K. (Dir.), *Actos de competencia desleal y su tratamiento procesal: un estudio práctico de la Ley de competencia desleal (LCD)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020; CERVERA MARTÍNEZ, M., "Acciones y legitimación ante un acto de competencia desleal", en GARCÍA-CRUCES, J., *Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014; HERRERA PETRUS, C., "Acciones frente a la competencia desleal", en TATO PLAZA *et alii* (Dirs), *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, 1ª ed., Ed. La Ley, Madrid, 2010.

⁶⁰ Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE: DOUE núm. 409, de 4 de diciembre de 2020. Al respecto, muy recientemente, entre otros: SÁNCHEZ RIVERA, P., "Derecho de la competencia y tutela colectiva de los derechos de los consumidores y usuarios", *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 37, 2025, *passim*.

efectividad práctica a la normativa de la deslealtad concurrencial protectora de los consumidores, realizar una aplicación analógica al ámbito del Derecho de la competencia desleal de la STJUE de 4 de julio de 2024 (asunto C-450/22), en la que el TJUE se manifiesta a favor de que puedan ejercitarse acciones colectivas frente a cláusulas contractuales intransparentes (y, por ende, engañosas)⁶¹. Esta propuesta se formula en atención principalmente a la equiparación que el TJUE viene realizando en su jurisprudencia antes referida entre los conceptos de *práctica comercial desleal* (ex Directiva 2005/29/CE) y de *cláusula contractual engañosa o no materialmente transparente* (de un contrato B2C)⁶².

2.2. La reforma de 2021 requerida por la Directiva 2019/2161/UE

2.2.1. Consideraciones preliminares

El legislador europeo parece consciente de la ineficacia práctica de la normativa reguladora de las prácticas desleales contra los consumidores. Por ello, entre otras medidas, se decidió a introducir en la Directiva (UE) 2019/2161 sobre una mejor aplicación y modernización de las normas en materia de protección de los consumidores (conocida como *Directiva Ómnibus* por modificar varias Directivas clave sobre consumo—)⁶³ una nueva disposición para ser incorporada al artículo 11 bis Directiva 2005/29/CE. Este precepto concede al consumidor medidas correctoras de carácter negocial frente a contratos derivados de prácticas comerciales desleales. La preocupación del legislador europeo por este asunto queda patente en el considerando (16) Directiva 2019/2161/UE. En él, en concreto, se afirma lo que sigue:

“Los 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. *Un marco inequívoco respecto a las medidas correctoras individuales*

⁶¹ STJUE de 4 de julio de 2024, *Caixabank SA y otros contra Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas de Ahorros y Seguros de España (Adicae)*, C-450/22, ECLI:EU:C:2024:577. Sobre esta STJUE, entre otros: MARTÍN FABA, J.M., “El TJUE privilegia la transparencia en acciones colectivas. Comentario a la STJUE de 4 de julio de 2024 asunto C-450/22”, *Revista CESCO de Derecho de consumo*, n. 51, 2024, p. 10.

⁶² En esta dirección: RAMÍREZ BENAVENTE, M.D., “Utilidad de la STJUE C-450/22 para una protección más eficaz de los consumidores y usuarios frente prácticas desleales engañosas”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 53, 2025, pp. 37 y ss. A juicio de esta autora, esta STJUE puede tener importantes implicaciones en el caso de que extendamos su aplicación, por vía analógica, al ámbito de las prácticas comerciales desleales. A lo que añade que dicha extensión analógica estaría justificada por las SSTJUE en las que el TJUE equipara las cláusulas negociales intransparentes con las prácticas comerciales engañosas (por acción u omisión), toda vez que “cabe aquí apreciar, empleando la terminología de nuestro Código civil (artículo 4.1), la *identidad de razón* que es necesaria para que pueda tener lugar el recurso a la analogía. Y es que, ciertamente, el control de transparencia material tiene como razón de ser garantizar el conocimiento efectivo por el consumidor del contenido esencial del contrato, esto es, de los aspectos del contrato que resultan decisivos para obtener el consentimiento del consumidor. Del mismo modo, la razón de la deslealtad de una determinada práctica comercial engañosa reside en su potencial lesividad sobre la libre decisión del consumidor, esto es, su capacidad para tomar una decisión con pleno conocimiento de causa (artículo 4 LCD)” [pp. 49 y 50].

⁶³ 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: DOUE núm. 328, de 18.12.2019.

facilitaría la ejecución privada. El consumidor debe tener acceso a una *indemnización por daños y perjuicios* y, cuando sea pertinente, a una *reducción del precio* o a la *resolución del contrato de manera proporcionada y eficaz*. No 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. Al aplicar las medidas correctoras, se podría 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 contrato⁶⁴.

El tenor del artículo 11 bis Directiva 2005/29/CE es bastante claro en cuanto a lo que persigue. Se dispone en él, en la dirección ya anunciada por el considerando (16), que “[l]os consumidores perjudicados por prácticas comerciales desleales tendrán acceso a *medidas correctoras proporcionadas y eficaces*, incluida una *indemnización por los daños y perjuicios* sufridos por el consumidor y, cuando proceda, una *reducción del precio* o la *resolución del contrato*”⁶⁵.

No es difícil colegir que con esta disposición se trata de conferir al consumidor que celebra un contrato derivado de una práctica comercial engañosa o agresiva la posibilidad de ejercitar medidas negociales de carácter corrector frente a la contraparte (empresario o profesional), sin tener que acudir para ello a los remedios decimonómicos clásicos de los vicios del consentimiento contractual, pensados para situaciones muy distintas. Porque es innegable que el Código Civil es bastante más exigente que la disciplina de la competencia desleal con vistas a constatar que ha habido un vicio determinante del consentimiento negocial y, por consiguiente, suficiente para que la parte afectada pueda pretender la anulación del negocio.

2.2.2. La no incorporación del artículo 11 bis de la Directiva 2005/29 al ordenamiento español

Ahora bien, el Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, por el que se incorporó a nuestro Derecho —entre otras— la Directiva (UE) 2019/2161, al modificar la LCD y otras normas internas para adaptarlas a la realidad del mercado digital, no llegó a introducir el artículo 11 bis Directiva 2005/29 en el ordenamiento español. Es verdad que aparentemente puede parecer lo contrario, pues el artículo 20 bis TRLGDCU lleva como rúbrica “(m)edidas correctoras como consecuencia de las prácticas comerciales desleales a disposición de los consumidores y usuarios perjudicados”. Ahora bien, su lectura permite advertir con facilidad que a través de él no se incorpora a la legislación española una norma similar al artículo 11 bis Directiva 2005/29/CE⁶⁶.

⁶⁴ Cursiva propia.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ En concreto, el artículo 20 bis TRLGDCU dispone lo que sigue en sus tres apartados: “1. Para el ejercicio de las acciones contempladas en el artículo 32.1, 1.ª a 4.ª de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia

Por ello, en nuestro Derecho, el consumidor que concluye un contrato derivado de una práctica desleal engañosa o agresiva se ve obligado a recurrir a la regulación decimonónica de los vicios del consentimiento contractual en caso de que desee atacar el negocio para restaurar sus derechos, lo que —con toda razón— ha sido valorado negativamente por la doctrina que ha prestado mayor atención a este asunto⁶⁷. Porque puede ocurrir perfectamente que lo que es declarado ilícito, en cuanto engañoso o agresivo, por la normativa de la competencia desleal, sin embargo, sea considerado lícito o, al menos, no invalidante por las normas reguladoras de los vicios del consentimiento negocial. Y al respecto es especialmente chocante que uno de los factores que se toman en consideración a los efectos de calificar una determinada práctica comercial como desleal sea justamente su idoneidad para distorsionar la conducta negocial del consumidor, induciéndole a celebrar un contrato que de otro modo no habría concluido, o a hacerlo en otros términos o con una contraparte distinta⁶⁸.

Esta solución no parece razonable. El bien jurídico protegido por ambas normativas es el mismo: la *libre decisión negocial del consumidor*, esto es, su *libertad de saber* (prácticas engañosas, error y dolo) y *de querer* (prácticas agresivas, violencia e intimidación)⁶⁹.

Desleal, se considerará acreditado, salvo prueba en contrario, el uso de prácticas comerciales desleales contra los consumidores y usuarios que haya sido constatado en una resolución firme de una autoridad competente o de un órgano jurisdiccional. 2. Las 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. 3. En ningún caso, la existencia de una práctica comercial desleal puede ser utilizada en contra de los intereses de los consumidores y usuarios”.

⁶⁷ Entre la que sobresale el profesor CASADO NAVARRO, A., “Consideraciones críticas sobre la opción del Real Decreto-ley 24/2021 de no incorporar medidas correctoras individuales frente a prácticas desleales con consumidores”, *La Ley Mercantil*, núm. 88, 2022, *passim*.

⁶⁸ MIRANDA SERRANO, L. M. y PAGADOR LÓPEZ, J., “La necesidad de establecer conexiones...”, *cit.*, *passim*; también al respecto (de los mismos autores): “Misleading and aggressive practices...”, *cit.*, *passim*.

⁶⁹ En efecto, la libertad de saber del sujeto que participa en el mercado es protegida en el ámbito contractual por las normas reguladoras del error y el dolo, y en el ámbito concurrencial por las que disciplinan las prácticas engañosas (por acción u omisión). Por su parte, la libertad de querer de ese mismo sujeto es tutelada en el Derecho de contratos por las normas que regulan la violencia y la intimidación, y en el Derecho de la competencia por las que disciplinan las prácticas agresivas (tanto de acoso como de coacción). Es verdad que entre estos dos sectores del ordenamiento existen diferencias significativas 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 éste cuente con una especial formación o capacidad. 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. Precisamente, estas consideraciones han llevado a la doctrina que ha analizado este asunto en profundidad 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 decimonónicas de la violencia y la intimidación (al compartir todas ellas como denominador común la lesión de la libertad de querer del consumidor). En opinión de esta doctrina, dicho proceder no resulta adecuado. Sobre todo, por los cuatro motivos siguientes: 1º) la diversidad de intereses

Razón por la cual parece procedente reivindicar que estas situaciones cuenten con una respuesta adecuada por parte del legislador contemporáneo, que podría haber venido dada por la incorporación efectiva a nuestro Derecho del artículo 11 bis Directiva 2005/29/CE⁷⁰.

Sin embargo, la situación es distinta en otros ordenamientos que, siguiendo los dictados de la Directiva (UE) 2019/2161, sí confieren al consumidor que se encuentra en estas situaciones medidas correctoras específicas de carácter negocial. Es cierto que las soluciones adoptadas no son homogéneas. Hay legisladores que han optado por la *anulabilidad del contrato* de consumo, aunque con peculiaridades propias de cada ordenamiento (solución vigente en Polonia, Portugal, Luxemburgo y Países Bajos). En algún otro caso, la solución elegida ha sido la *nulidad plena o absoluta*, pero solo para los contratos resultantes de prácticas comerciales agresivas (caso de la solución francesa). No ha faltado tampoco algún legislador que se ha decantado por una solución original consistente en conceder al consumidor el *derecho a solicitar el reembolso del precio o a no efectuar el pago sin obligación de devolver el bien objeto del contrato* (como acontece en Bélgica). Por último, en algún otro ordenamiento se ha optado por permitir al consumidor o usuario afectado *rescindir el contrato o solicitar una reducción del precio y, en todo caso, instar la correspondiente reclamación de los daños y perjuicios sufridos* (como ocurre en Inglaterra)⁷¹.

El conocimiento de estas soluciones de Derecho comparado puede resultar de utilidad para el legislador español que, como he indicado más arriba, no ha adoptado hasta la fecha ninguna solución sobre esta materia. Esta situación debería corregirse lo antes posible en aras de conferir una adecuada protección a los consumidores y usuarios que celebran

tutelados; 2º) su diferente ámbito de aplicación; 3º) su distinto enfoque de apreciación; y 4º) los desiguales parámetros de ilicitud aplicables (CASADO NAVARRO, A., *Consecuencias negociales...*, cit., pp. 117 y ss. —error y dolo— y 130 y ss. —violencia e intimidación—). Esto explica que se rechacen algunas de las propuestas formuladas en esta materia por determinados autores, 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 necesarios (en esta dirección, aunque con algunas diferencias: MIRANDA SERRANO, L. Y PAGADOR LÓPEZ, J., “La necesidad de establecer conexiones...”, cit., *passim*; y en la doctrina italiana: ZORGI GALGANO, N., *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, Padova, CEDAM, 2012, pp. 196 y ss. —quien defiende que la apreciación de la comisión de una práctica comercial desleal con consumidores integra *per se* la concurrencia de un vicio del consentimiento y, en consecuencia, que una vez que el consumidor haya demostrado la existencia de dicha práctica, competirá al empresario demostrar que no concurren los requisitos que el Derecho común exige para la anulación del contrato por vicios de la voluntad negocial—; GILIBERTI, L., “Il danno da pratica commerciale scorretta”, en CENDON y PONCIBÓ (Dirs.), *Il risarcimento del danno al consumatore*, Milano, Giuffrè, 2014, pág. 390; SEMINARA, A., “La tutela civilistica del consumatore di fronte alle pratiche commerciali scorrette”, *I Contratti*, núm. 6, 2018, pág. 700; MAUGERI, M.R., “Violazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali”, *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2009, pp. 6 y ss. —quienes sostienen que la constatación de una práctica comercial desleal puede servir para establecer la presunción de la concurrencia de algunos requisitos del régimen de los vicios del consentimiento, tales como la intención de engañar en el dolo, o la esencialidad o excusabilidad en el engaño—).

⁷⁰ CASADO NAVARRO, A., “Consideraciones críticas...”, cit. *supra*.

⁷¹ CASADO NAVARRO, A., *Consecuencias negociales de las prácticas desleales contra los consumidores. Relaciones entre el Derecho contractual de consumo y el Derecho de la competencia desleal*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2023, pp. 152 y ss.

contratos directamente influenciados por prácticas comerciales desleales (engañosas o agresivas). Ahora bien, hasta que ello no ocurra, habrá de interpretarse el Derecho español de conformidad con la Directiva 2005/29/CE. Así lo hace la doctrina que mayor atención ha prestado a este asunto (me refiero, en concreto, al profesor Antonio Casado Navarro). A su juicio —que comparto—, mientras el legislador español no incorpore a nuestro Derecho una solución legislativa en aplicación del art. 11 bis Directiva 2005/29/CE, podría revestir utilidad en esta materia la *acción de remoción* prevista en la LCD que, como se sabe, es complementaria de la acción de cesación y tiene como finalidad que el juez ordene las medidas necesarias para que se eliminen los efectos producidos por la práctica desleal y se restablezca, en la medida de lo posible, la situación anterior⁷².

Además, esta misma doctrina formula una propuesta de *lege ferenda* para el ordenamiento español centrada en la *acción de remoción*. En mi opinión, se trata de una propuesta razonable. Consiste básicamente en incorporar un nuevo inciso al precepto de la LCD que regula esta acción en el que se fijen los diversos *presupuestos* aplicativos, así como el *alcance de las medidas contractuales a adoptar*. En cuanto a lo primero, esto es, a los *presupuestos*, se trataría de condicionar la aplicación de estas medidas al cumplimiento de tres concretas exigencias: 1ª) la constatación de la existencia de una práctica desleal; 2ª) la celebración de un contrato; y 3ª) la verificación de 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*, estas habrían de consistir en permitir al consumidor decantarse por aquella solución 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 quiera mantener sus efectos⁷³.

A lo anterior se añaden 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, 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, expedita en última instancia la vía judicial⁷⁴.

Esta propuesta de *lege ferenda* conecta con un relevante sector doctrinal favorable a entender que la acción de remoción permite instar la anulación o ineficacia de los contratos que se hayan celebrado como consecuencia de una práctica comercial desleal, con la única cautela de que queden salvaguardados los derechos de terceros de buena fe⁷⁵. Aunque,

⁷² *Ibidem*, pp. 187 y ss.

⁷³ *Ibidem*, pp. 197 y 198.

⁷⁴ *Ibidem*

⁷⁵ Así, entre otros: MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la ley de competencia desleal*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 536; MARIMÓN DURÁ, R., "La OPS como acto de competencia desleal. Fundamentación de una acción colectiva", en Marimón (Dir.), *La oferta pública de suscripción de acciones desde la perspectiva judicial: análisis*

en honor a la verdad, lo cierto es que esta medida ha tenido escasa aplicación práctica ante los tribunales de justicia, tal vez a causa de la parquedad con la que es regulada por la LCD.

Puede ser opinable determinar si la acción a ejercitar en caso de que la reducción del precio no sea procedente habría de ser la *anulación del contrato* o, en cambio, su *resolución*. A favor de esta última medida, cabría invocar que el empresario que comete una práctica desleal que conduce a la celebración de un contrato de consumo está incumpliendo una obligación fundamental, como es la de actuar de conformidad con la buena fe; razón por la cual frente a dicho incumplimiento procede la acción resolutoria. Porque, como se sabe, la resolución presupone la validez del contrato y conforma la facultad que corresponde ejercitar al contratante cumplidor frente al incumplidor, con la finalidad de poner fin a la relación contractual⁷⁶.

Pero también habría razones para decantarse por la solución de la *anulabilidad*. Especialmente, porque en los casos a los que aquí me refiero (contratos derivados de —o influenciados por— prácticas desleales engañosas o agresivas) cabe hablar de la comisión de conductas desleales de las que deriva la afectación de la *libertad de saber* (prácticas engañosas) o *de querer* (prácticas agresivas) de los contratantes consumidores. Razón por la cual no sería inapropiado conceder al sujeto afectado por este tipo de comportamientos el remedio de la anulabilidad. No obstante, en caso de adoptarse esta solución, parece conveniente abogar por la reducción del plazo de cuatro años previsto en el Código Civil (artículo 1301) para el ejercicio de esta acción de invalidez negocial. En concreto, a fin de no perturbar excesivamente la seguridad del tráfico jurídico, podría ser razonable limitar dicho plazo a varios meses y, en todo caso, a un *intervallo temporis* no superior a un año⁷⁷.

2.2.3. La regulación de nuevas prácticas desleales en el mercado digital

En rigor, el objetivo principal de la reforma de 2021 consistió en incorporar al ordenamiento español la regulación de nuevas prácticas desleales surgidas en el mercado digital. En síntesis, merced a esta reforma se incorporaron a nuestro Derecho —en concreto, tanto a la LCD como al TRLGDCU— nuevas reglas sobre reseñas de bienes y servicios (*infra*, 2.3.1), criterios para la elaboración de rankings (*infra*, 2.3.2) y actuaciones consistentes en la compra de entradas a través de *software* automatizados —bots— (*infra*, 2.3.3.).

de la OPS de Bankia de 2011, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 90; CERVERA MARTÍNEZ, M., "Acciones y legitimación ante un acto...", *cit.*, p. 1855; BENEYTO PALLÁS, K., "Acciones, legitimación y prescripción...", *cit. supra*; PÉREZ BENÍTEZ, J. Y GARCÍA-CHAMÓN, E. "La competencia desleal (II): Acciones y procedimiento. Falseamiento de la competencia por actos desleales", en CARBAJO CASCÓN (Coord.), *Manual práctico de derecho de la competencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 418.

⁷⁶ CASADO NAVARRO, A., *Consecuencias negociales de las prácticas desleales...*, *cit.*, pp. 181 y ss.

⁷⁷ En la dirección que propone RAMÍREZ BENAVENTE, M.D., "Sobre la necesidad de incorporar al Derecho español remedios negociales específicos frente a contratos derivados de prácticas desleales con consumidores", *La Ley Mercantil*, núm. 123, 2025.

2.2.3.1. Reseñas y valoraciones de bienes y servicios

A los efectos que aquí interesan, por reseña ha de entenderse toda valoración, opinión o crítica pública emitida por un consumidor o usuario en relación con un bien o servicio. Esta puede adoptar formas muy diversas que van desde expresiones desarrolladas y argumentadas hasta manifestaciones sintéticas o simbólicas, como puntuaciones numéricas, estrellas, emoticonos o simples “me gusta”. Y su expresión puede tener lugar por medios escritos, audiovisuales o multimedia⁷⁸.

En la actualidad, las reseñas de bienes y servicios se han convertido en un instrumento importante para la toma de decisiones de los consumidores y usuarios. Ahora bien, para que puedan desempeñar correctamente este cometido han de ser fiables, lo que acontece cuando son respetuosas con el *principio de veracidad*. De ahí que su manipulación o falsificación represente una amenaza tanto para los derechos de los consumidores y usuarios como para el correcto funcionamiento del mercado.

Entre los casos en que las reseñas presentan disfunciones o irregularidades, cabe citar los siguientes: a) empresarios que se hacen pasar por consumidores y emiten reseñas positivas sobre sus propios bienes, servicios o establecimientos; b) empresarios que adquieren reseñas a cambio de un precio; c) empresarios que ofrecen incentivos (como descuentos o regalos) a consumidores por reseñas positivas (las llamadas reseñas incentivadas); y, por último, d) empresarios que distorsionan o manipulan las reseñas negativas para convertirlas en positivas⁷⁹.

Con la finalidad de combatir estas malas prácticas vinculadas a las reseñas, la Unión Europea se ha valido de la Directiva (UE) 2019/2161 que reforma la Directiva 2005/29/CE en una doble dirección: por un lado, imponiendo un nuevo deber de información a los empresarios que facilitan el acceso a reseñas [1]; y, por otro, tipificando dos prácticas sobre reseñas que se consideran *per se* desleales [2]⁸⁰.

1) De un parte, la Directiva (UE) 2019/2161 ha introducido en el artículo 7 Directiva 2005/29/CE una nueva obligación para los empresarios que ofrecen acceso a reseñas: el deber de informar acerca de si garantizan o no que las mismas proceden de consumidores reales. Dado que esta información se considera sustancial, su omisión constituye una práctica engañosa por omisión. En España, dicho deber no se ha incorporado a la LCD

⁷⁸ Acerca del concepto de reseña y su nuevo régimen jurídico incorporado en 2021 a la LCD me remito a lo que expongo en MIRANDA SERRANO, LM., “Prácticas desleales sobre reseñas online de bienes y servicios”, *InDret*, núm. 2 de 2023, *passim*.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ Sobre lo que se expone a continuación, véase más información, entre otros, en MIRANDA SERRANO, “Prácticas desleales sobre reseñas...”, *cit. passim*; CASADO NAVARRO, A., *Prácticas desleales en entornos...*, *cit.*, pp. 261 y ss.; MALDONADO MOLINA, F.J., “El marco legal de los sitios de reseñas y de las reseñas en línea de consumidores”, *Revista Lex Mercatoria*, vol. 22. 2022, pp. 60 y ss.; DIÉGUEZ AGUILERA, L., “Sobre las nuevas normas relativas a la deslealtad de las reseñas de consumidores y usuarios en el entorno digital”, en TATO PLAZA, A., COSTAS COMESAÑA, J., y OTROS, págs. 409 y ss.; RAMÍREZ BENAVENTE, M.D., “Protección de consumidores y usuarios frente a prácticas comerciales desleales en el mercado digital”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 37, 2025, pp. 6 y ss. y 16 y ss.

(como, a mi juicio, hubiera sido lo deseable) sino al artículo 20.4 TRLGDCU. Este, pese a reproducir en términos generales la norma europea, presenta algunas diferencias. Entre ellas, la más significativa consiste en que, aunque especifica que debe ofrecerse información sobre cómo se procesan las reseñas, omite mencionar los mecanismos concretos utilizados para verificar su autenticidad, a los que sí aluden, en cambio, el Considerando 47 Directiva (UE) 2019/2161, así como las legislaciones francesa o alemana sobre la materia⁸¹. Efectivamente, en estos ordenamientos, además de exigirse que se informe sobre si se garantiza o no la autenticidad de las reseñas, se impone el deber de explicar de qué modo se ha realizado su verificación. Por ello, entiendo que ha de proponerse una interpretación del artículo 20.4 TRLGDCU que lo alinee con la norma europea de la que trae causa —y con los apuntados Derechos francés y alemán—, en el sentido de exigir que, cuando un empresario afirme garantizar la autenticidad o veracidad de las reseñas, deba también informar sobre las medidas concretas adoptadas para comprobar dicha circunstancia.

Además, el TRLGDCU establece que el incumplimiento de esta obligación constituye una práctica desleal por omisión conforme al artículo 7 LCD (artículo 20.6 TRLGDCU). Esta última regla puede ser objeto de una doble interpretación. Por un lado, cabe entender que dicho incumplimiento constituye automáticamente una práctica engañosa por omisión. Por otro, cabe considerar —más matizadamente— que es necesario valorar en cada caso si la falta de información ha podido influir en la decisión económica del consumidor. Esta última interpretación me parece la más correcta, por encajar mejor con el criterio general de la LCD acerca de cuándo una omisión es considerada desleal. Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que el incumplimiento del deber impuesto por el artículo 20.4 TRLGDCU puede dar lugar no solo a una práctica desleal, sino también a una infracción administrativa en materia de consumo (ex artículo 47.1, letra m, TRLGDCU) y a un acto de competencia desleal por infracción de norma concurrencial (ex artículo 15.2 LCD).

2) De otra parte, la Directiva (UE) 2019/2161 ha incorporado al Anexo I Directiva 2005/29/CE dos prácticas relativas a reseñas que se consideran desleales *per se*, es decir, sin necesidad de acreditar si inducen a error o alteran el comportamiento económico del consumidor:

1ª. La primera de estas prácticas consiste en afirmar que las reseñas provienen de consumidores reales sin adoptar medidas razonables y proporcionadas para comprobarlo. Su incorporación al ordenamiento español se ha realizado a través del artículo 27.7 LCD, cuya redacción es prácticamente idéntica a la de la norma europea. La deslealtad viene aquí configurada a partir de dos elementos: a) uno objetivo, consistente en la afirmación, explícita o implícita, de que las reseñas provienen de consumidores reales; b) otro circunstancial, que estriba en la falta de adopción de medidas razonables y proporcionadas

⁸¹ En concreto, el tenor del 20 TRLGDCU es el que sigue: “(l)as prácticas comerciales en las que un empresario facilite el acceso a las reseñas de los consumidores y usuarios sobre bienes y servicios deberán contener información sobre el hecho de que el empresario garantice o no que dichas reseñas publicadas han sido efectuadas por consumidores y usuarios que han utilizado o adquirido realmente el bien o servicio. A tales efectos, el empresario deberá facilitar información clara a los consumidores y usuarios sobre la manera en que se procesan las reseñas”.

para verificar dicha autenticidad. Aunque la norma califica esta conducta como desleal *per se*, su correcta aplicación exige valorar las circunstancias del caso, considerando aspectos tales como el modelo de negocio, el tamaño de la empresa o el riesgo de fraude. Entre las medidas razonables y proporcionadas a las que alude la norma, cabe incluir las siguientes: solicitar datos de compra, verificar la identidad del autor, establecer normas claras de publicación, usar herramientas de detección automática de fraude o disponer de sistemas eficaces de reclamación. También existen empresas especializadas en validar reseñas, así como tecnologías automatizadas que permiten detectar con mayor eficacia reseñas falsas. En definitiva, la norma no exige demostrar la autenticidad de cada reseña, sino acreditar que se han aplicado medios adecuados para evitar que el consumidor sea engañado.

2ª. La segunda práctica estriba en añadir o encargar reseñas o aprobaciones falsas, así como en distorsionar aquellas que ya existen, cuando estas acciones se llevan a cabo con fines promocionales. Esta conducta ha sido incorporada al ordenamiento español mediante el artículo 27.8 LCD. En esta otra práctica la deslealtad deriva de la concurrencia de dos elementos: *a)* uno objetivo, consistente en la generación, encargo o manipulación de reseñas o aprobaciones; *b)* otro teleológico, relativo a la finalidad promocional de tales prácticas. No se requiere demostrar la existencia de un perjuicio concreto, ya que la norma presume la idoneidad de estas conductas para falsear el comportamiento económico del consumidor. En concreto, las conductas que se prohíben incluyen la publicación directa de reseñas falsas por parte del empresario, el encargo de dichas reseñas a terceros —como empresas especializadas o usuarios incentivados—, y la alteración de reseñas auténticas, ya sea modificándolas, suprimiendo las negativas, retrasando su publicación o manipulando su visibilidad. En este contexto, se inscriben prácticas como el *astroturfing*, consistente en la simulación de un respaldo popular o espontáneo inexistente, identificado tanto en la doctrina como en resoluciones de autoridades de consumo como ejemplo paradigmático de manipulación de reseñas. Por otra parte, aunque la norma no sanciona expresamente la venta de reseñas falsas, esta puede ser perseguida mediante la aplicación de otras disposiciones, incluso penales. La finalidad promocional se presume por el hecho mismo de que la reseña se utiliza en el marco de la oferta comercial, sin necesidad de probar una intención dolosa. Por otro lado, la norma no impone responsabilidad a las plataformas digitales que se limitan a alojar y mostrar reseñas sin intervenir en su contenido⁸².

2.2.3.2. Rankings y sistemas de clasificación

⁸² Esta exclusión de responsabilidad se fundamenta en el principio de neutralidad del intermediario, conforme al régimen de exención previsto en el Derecho (europeo y nacional) vigente. Así, mientras la plataforma actúe como un mero canal pasivo de difusión —sin seleccionar, editar, modificar ni priorizar el contenido de las reseñas—, no puede exigírsele una obligación general de supervisión o control previo sobre la veracidad o autenticidad de los comentarios publicados por terceros. En consecuencia, su papel se asimila al de un simple hospedador (*hosting*), lo que limita su responsabilidad siempre que, una vez tenga conocimiento efectivo de una reseña falsa o manipulada, actúe con diligencia para retirarla o inutilizar su acceso. No obstante, esta exención no se aplica cuando la plataforma actúa de forma activa, por ejemplo, promoviendo determinadas reseñas, destacando solo las positivas o beneficiándose directamente de la creación o manipulación de opiniones con finalidad promocional.

Otra práctica ilícita del mercado digital es la manipulación opaca de rankings o sistemas de clasificación. Por ejemplo, un bien o servicio o un establecimiento puede aparecer en la primera posición de un ranking no por ser la opción más económica o mejor valorada por los usuarios a través de sus reseñas y opiniones, sino porque una empresa pagó para ello, o porque el algoritmo utilizado para la confección de dicho ranking prioriza factores ajenos a la calidad real de los bienes o servicios.

El redactor de la Directiva (UE) 2019/2161 toma consciencia de la relevancia que tienen los rankings y sistemas de clasificación en el ámbito digital. Razón por la cual decide legislar sobre esta materia. Y ello se traduce en una reforma de la Directiva 2005/29/CE mediante la cual se incorporan las dos medidas siguientes⁸³:

1ª.- La primera consiste en imponer al empresario o profesional la obligación de proporcionar información clara y accesible sobre los criterios o parámetros utilizados para llevar a cabo la clasificación de los resultados, así como sobre la relevancia atribuible a cada uno de ellos. En concreto, este deber resulta formulado en estos términos: “[c]uando se ofrezca a los consumidores la posibilidad de buscar productos ofrecidos por distintos comerciantes o consumidores sobre la base de una consulta en forma de palabra clave, expresión u otro tipo de dato introducido, independientemente de dónde se realicen las transacciones en último término, se considerará esencial *facilitar, en una sección específica de la interfaz en línea que sea fácil y directamente accesible desde la página en la que se presenten los resultados de la búsqueda, información general relativa a los principales parámetros que determinan la clasificación de los productos presentados al consumidor como resultado de la búsqueda y la importancia relativa de dichos parámetros frente a otros*. El presente apartado no se aplicará a proveedores de motores de búsqueda en línea, tal como se definen en el artículo 2, punto 6, del Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo”⁸⁴.

El último inciso de esta norma (que excluye su aplicación a los proveedores de motores de búsqueda en línea, tal como son definidos por el Reglamento 2019/1150) ha de interpretarse en el sentido de que quedan fuera de su campo de acción los proveedores de motores de búsqueda en línea, con referencia a “toda persona física o jurídica que proporciona a los consumidores la posibilidad de realizar búsquedas en principio en todos los sitios web, o en todos los sitios web de un idioma concreto, sobre la base de una consulta en forma de palabra clave, frase u otro tipo de dato, y que ofrece los resultados en los que pueden figurar enlaces a sitios web de terceros” (artículo 2, punto 6, Reglamento 2019/1150). Sin embargo, esto no significa que los proveedores de motores de búsqueda queden al margen de cualquier obligación de información en relación con esta materia, toda vez que el artículo 5.3 del Reglamento 2019/1150 les exige que informen de manera clara y accesible de los principales criterios que usan para ordenar o clasificar los productos buscados por los consumidores, indicando la importancia imputable

⁸³ Más información, entre otros, en CASADO NAVARRO, A., *Prácticas desdeales en entornos...*, cit., pp. 362 y ss.

⁸⁴ Cursiva propia.

a cada uno de ellos y si la clasificación puede haber estado influenciada por pagos directos o indirectos por parte de los usuarios profesionales al proveedor⁸⁵.

Esta disposición de la Directiva (UE) 2019/2161 ha sido incorporada a nuestro Derecho interno en el artículo 20.3 TRLGDCU. Ambas normas poseen un contenido sustancialmente idéntico. Aunque el artículo 20.3 no se inserta en un texto represor de la deslealtad concurrencial (como la LCD), sino en la regulación que el TRLGDCU dedica a los deberes de información que los empresarios han de cumplir cuando formulan su ofertas comerciales. Ahora bien, esto no significa que la omisión del deber de información que esta norma establece no pueda reputarse desleal. Podrá serlo por una doble vía. Por un lado, por aplicación del artículo 7 LCD relativo a las prácticas engañosas por omisión, como se infiere del artículo 20.6 TRLGDCU, donde se establece que el incumplimiento de los deberes impuestos por el artículo 20 TRLGDCU “será considerado una práctica desleal por engañosa en el sentido del artículo 7 LCD”. Por otro lado, por aplicación del artículo 15.2 LCD, pues la infracción de este concreto deber de información ha de considerarse una violación de norma concurrencial.

2ª.- La segunda intervención realizada por la Directiva (UE) 2019/2161 en la materia que ahora se analiza estriba en añadir al Anexo I Directiva 2005/29/CE un nuevo supuesto de práctica desleal *per se*. Según esta disposición, se considera en todo caso desleal —esto es, al margen de las circunstancias concurrentes— “(f)acilitar resultados de búsquedas en respuesta a las consultas en línea efectuadas por un consumidor sin revelar claramente cualquier publicidad retribuida o pago dirigidos específicamente a que los productos obtengan una clasificación superior en los resultados de las búsquedas” (artículo 11 bis). Dicha norma ha sido incorporada a nuestro Derecho en el artículo 26.2 LCD. Bajo la rúbrica “Prácticas comerciales encubiertas”, este precepto reputa desleales por engañosas las prácticas que “[f]aciliten resultados de búsquedas en respuesta a las consultas en línea efectuadas por un consumidor o usuario sin revelar claramente cualquier publicidad retribuida o pago dirigidos específicamente a que los bienes o servicios obtengan una clasificación superior en los resultados de las búsqueda, entendiendo por clasificación la preeminencia relativa atribuida a los bienes o servicios, en su presentación, organización

⁸⁵ El artículo 5 del Reglamento 2019/1150 es muy claro en el sentido que acabo de indicar. En concreto, en su apartado 1 dispone: “[c]uando un proveedor de un servicio de intermediación en línea facilite a los consumidores la posibilidad de buscar productos ofrecidos por distintos comerciantes o consumidores en función de una consulta en forma de palabra clave, expresión u otro tipo de dato introducido, dicho proveedor facilitará en la interfaz en línea una descripción general de los principales parámetros que determinan la clasificación de los productos presentados al consumidor como resultado de la búsqueda, así como de la importancia relativa de dichos parámetros frente a otros”. Por su parte, el apartado 2 aclara que “[l]a descripción a que se refiere el apartado 1 se presentará de forma clara y comprensible, y estará accesible desde la página en la que se presentan los resultados de la búsqueda, sin perjuicio de que pueda facilitarse en una sección específica distinta dentro de la misma interfaz en línea”. Finalmente, el apartado 3 establece que “(s)i entre los parámetros principales figura la posibilidad de que los usuarios profesionales o los usuarios de sitios web corporativos influyan en la clasificación remunerando directa o indirectamente al proveedor correspondiente, este también expondrá una descripción de dicha posibilidad y de los efectos que surta la remuneración en la clasificación, de conformidad con los requisitos que figuran en los apartados 1 y 2”.

o comunicación por parte del empresario, independientemente de los medios tecnológicos empleados para dicha presentación, organización o comunicación”.

El objetivo que está detrás de estas intervenciones legislativas no puede ubicarse en la prohibición de los rankings o sistemas de clasificación cuando son remunerados, ya sea de forma directa o indirecta. El propósito perseguido estriba en garantizar un mínimo de transparencia que posibilite al consumidor la adopción de decisiones informadas, reforzando así su confianza en el mercado digital⁸⁶. El tenor de estas normas es claro en el sentido que acabo de indicar. Sin ir más lejos, si se centra la atención en la nueva práctica considerada *per se* desleal, es fácil advertir que la ilicitud de la conducta reside en la ocultación del carácter retribuido del posicionamiento, lo que constituye una forma de publicidad encubierta perjudicial para los intereses de los consumidores y usuarios y para el entero juego competitivo del mercado⁸⁷.

A lo expuesto conviene añadir que el Reglamento de Servicios Digitales (en sus artículos 27 y 38) complementa estas exigencias, al imponer a las plataformas la obligación de informar a los usuarios sobre los principales parámetros de sus sistemas de recomendación, así como ofrecerles la posibilidad de elegir criterios alternativos de clasificación⁸⁸. Estas previsiones resultan especialmente relevantes frente a los riesgos derivados de la *autopreferenciación* y la *publicidad encubierta*, al reforzar la transparencia algorítmica más allá de lo previsto en la Directiva 2019/2161⁸⁹.

2.2.3.3. Compra de entradas a través de bots

Otra práctica a la que ha querido poner remedio la Directiva (UE) 2019/2161 estriba en la utilización de sistemas de software automatizados (bots) para la adquisición masiva de entradas con fines especulativos. Se trata de una conducta fácil de explicar: mediante el uso de bots se realizan compras masivas de entradas de espectáculos de diversa naturaleza (deportivos, artísticos, etc.) o de otro tipo de eventos de gran demanda (como conferencias tecnológicas) con el propósito de acudir posteriormente a otros mercados de reventa (*Seatwave* o *Stubhub*, entre otros) para colocarlas a precios considerablemente más elevados. Lógicamente, este proceder tiene consecuencias perjudiciales para los consumidores a quienes obliga a pagar precios superiores a los que hubiesen tenido que abonar si no hubieran tenido que recurrir a la reventa.

⁸⁶ Así, MASSAGUER FUENTES, J., “La reforma de la Ley de Competencia Desleal de 2021: una reforma menor, coyuntural y continuista del tratamiento de las prácticas comerciales con los consumidores”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 324, 2022, p. 19; y tras él: CASADO NAVARRO, A., *Prácticas desleales en entornos...*, cit., p. 374, y RAMÍREZ BENAVENTE, M.D., “Protección de consumidores y usuarios frente a prácticas...”, cit., p. 11.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ Mas información en CASADO NAVARRO, A., *Prácticas desleales en entornos...*, cit., pp. 386 y ss.

⁸⁹ Sobre la problemática de la *autopreferenciación*, véase, *ad ex.*, HERRERO SUÁREZ, C., “Posibilidades jurídicas de actuación frente al *self-preferencing*. ¿Un escenario nuevo para un conflicto de intereses clásico?”, en CARBAJO CASCÓN, F. y CURTO POLO, M. (Dirs.), *Derecho digital y mercado*, Ew. tirant lo blanch, Valencia, 2024, pp. 177 y ss. En lo que atañe a la *publicidad encubierta*, entre otros: TOBÍO RIVAS, A.M., “La actual regulación de la publicidad encubierta en España y la práctica publicitaria”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 237, 2000, pp. 1155 y ss.

A esta práctica se refiere la Directiva 2019/2161 en su considerando 50 y en su artículo 23 bis. El referido considerando expresa que ha de prohibirse a los comerciantes “que revendan a los consumidores entradas de espectáculos culturales y deportivos que hayan adquirido empleando programas (software) como bots que les permitan comprar un número de entradas que exceda los límites técnicos impuestos por el vendedor primario de las entradas o eludir cualquier otro medio técnico empleado por el vendedor primario para garantizar la accesibilidad de las entradas a todos los individuos”. Por su parte, el artículo 23 bis modifica el Anexo I Directiva 2005/29 para incorporar a él la práctica desleal *per se* consistente “(r)evender entradas de espectáculos a los consumidores si el comerciante las adquirió empleando medios automatizados para sortear cualquier límite impuesto al número de entradas que puede adquirir cada persona o cualquier otra norma aplicable a la compra de entradas”. Siguiendo los dictados de la Directiva, la LCD introdujo esta nueva práctica comercial desleal en su artículo artículo 27.6, de un tenor idéntico al de la norma armonizadora⁹⁰.

En lo que concierne a la eficacia práctica de esta medida, el Informe de la Comisión al Consejo relativo a la aplicación de la Directiva (UE) 2019/2161 pone de manifiesto que el 33 % de los consumidores consultados expresaron que, al menos en alguna ocasión, habían experimentado una situación en la que, al querer adquirir una entrada para un determinado espectáculo, habían tenido que recurrir a vendedores secundarios que las ofertaban a precios más elevados⁹¹. Además, estos consumidores recomendaron medidas complementarias para hacer más efectiva esta regulación, como el establecimiento de límites a los precios de reventa o el deber de los revendedores de entradas de presentar información adicional (por ejemplo, el valor nominal original de la entrada y cualquier comisión o recargo adicional)⁹². De modo que todo parece indicar que esta normativa no ha servido —al menos, de momento— para poner fin de modo definitivo a este tipo de conductas lesivas de los intereses económicos de los consumidores⁹³.

3. PRINCIPALES TENDENCIAS DE POLÍTICA LEGISLATIVA DEDUCIBLES DE ESTAS REFORMAS

El estudio hasta aquí realizado permite constatar varias *tendencias de política legislativa* en el Derecho español de la competencia desleal protector de los consumidores y usuarios, la mayoría de ellas estrechamente ligadas a la evolución que este sector del ordenamiento económico viene experimentando en la Unión Europea. Desde mi punto de vista, las más

⁹⁰ Una aproximación a esta regulación véase en ORTEGA REDONDO, A., “La modificación de la Ley de Competencia Desleal para adaptarla al Mercado Digital: el Real Decreto Ley 24/2021”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 58, 2022, pp. 132 y ss.; y en RAMÍREZ BENAVENTE, M.D., “Protección de consumidores y usuarios frente a prácticas...”, *cit.*, pp. 14 y ss.

⁹¹ INFORME DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO Y AL CONSEJO relativo a la aplicación 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, disponible en:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52024DC0258>

⁹² *Ibidem*.

⁹³ RAMÍREZ BENAVENTE, M.D., “Protección de consumidores y usuarios frente a prácticas...”, *cit.*, p. 16.

relevantes pueden concretarse en las siguientes: 1ª) acentuación de su fragmentariedad (*infra*, 3.1); 2ª) adopción de una fisonomía cada vez más próxima al Derecho administrativo sancionador (*infra*, 3.2); y 3ª) ruptura de la tradicional separación respecto del Derecho de contratos (*infra*, 3.3). A continuación, las expongo y con ello expreso mi valoración acerca del rumbo que está experimentando en las últimas décadas este sector del ordenamiento en su dimensión protectora de los consumidores y usuarios.

3.1. Acentuación de su fragmentariedad

Como se ha podido constatar, la incorporación de la Directiva (UE) 2019/2161 al Derecho español se ha traducido en la agudización de un problema ya presente en nuestro ordenamiento jurídico desde la reforma acometida en 2009 con vistas a transponer la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales. Me refiero a la *fragmentación normativa del Derecho de la competencia desleal*. Aunque es necesario dejar constancia de que, en verdad, dicha fragmentación es muy anterior al momento en que se incorporó la Directiva 2005/29/CE a nuestro ordenamiento. Así lo corrobora la dilatada coexistencia en el Derecho español de una normativa reguladora de la competencia desleal y otra específica para la publicidad comercial, actualmente contenida —aunque solo parcialmente— en la LGP. En concreto, esto viene ocurriendo en España desde 1964, año en el que fue aprobado el Estatuto de la Publicidad⁹⁴. Y ello pese a las relevantes críticas doctrinales de las que se ha hecho acreedora —con toda razón— esta opción de política legislativa.

Al parecer, el legislador de 2009 opta por refrendar esta solución (convivencia de la LCD y de la LGP) en atención a la relevancia del fenómeno publicitario y a la necesidad de regular ciertas modalidades de publicidad ilícita que tutelan intereses diversos de los protegidos por el Derecho de la competencia desleal, como ocurre —por ejemplo— con la publicidad que atenta contra los valores y derechos reconocidos en la Constitución. Así se desprende de la Exposición de Motivos de la Ley 29/2009, donde se afirma, en lo que aquí interesa, lo siguiente: “la relevancia de la publicidad en la toma de decisiones de los ciudadanos es cada vez mayor y trasciende del mero ámbito consumerista o concurrencial, por lo que una norma con vocación generalista deviene imprescindible, respetando, en todo caso, los objetivos de armonización de las directivas europeas que esta ley incorpora a nuestro ordenamiento jurídico. Por ello, cobra especial sentido la pervivencia del concepto de publicidad ilícita en el ámbito de la Ley General de Publicidad, garantizando acciones y remedios que posibilitan su represión, especialmente frente a la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los derechos y valores reconocidos en la Constitución, significativamente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer”.

Sin embargo, las razones que sustentan esta opción de política legislativa no son convincentes ni razonables. Sobre todo, porque parece que toman en consideración un Derecho de la competencia desleal correspondiente al *modelo profesional o corporativo* y, como tal, orientado unidireccionalmente a la protección de los intereses de los empresarios competidores. Pero, como se sabe, este modelo fue ampliamente superado por la LCD de 1991, que abrazó el *modelo social o institucional*, que adecuaba este sector del ordenamiento

⁹⁴ Ley 61/1964, de 11 de junio, por la que se aprueba el Estatuto de la Publicidad: BOE núm. 143, de 15.6.1964.

al conjunto de derechos, principios y valores reconocidos en la Constitución⁹⁵. Por ello, desde la vigencia de la LCD, cabe sostener que, por ejemplo, una publicidad sexista habría de reputarse ilícita por contravenir la norma fundamental, aun en el caso de que no estuviese en vigor la LGP.

Por otra parte, la incorporación a la LCD del artículo 18, que confiere carácter desleal a la publicidad reputada ilícita por la LCD [“(I)a publicidad considerada ilícita por la Ley General de Publicidad, se reputará desleal”], permite calificar de incoherente la decisión del legislador de 2009 de optar por el mantenimiento de la LGP. Me explico: si, en opinión de dicho legislador, es necesario mantener la vigencia de la LGP para tutelar determinados derechos ajenos a la disciplina de la deslealtad concurrencial, no llegan a comprenderse los motivos que llevan a ese mismo legislador a tipificar la publicidad ilícita como acto de competencia desleal ex artículo 18 LCD⁹⁶.

Además, la declaración de que las conductas publicitarias ilícitas constituyen prácticas desleales (ex artículo 18 LCD) conduce a integrar dentro del Derecho de la competencia desleal toda la normativa sectorial reguladora de la publicidad (en materia, por ejemplo, de tabaco, alcohol, alimentos, servicios sanitarios, etc.). Porque, entre los supuestos de publicidad ilícita formulados por el artículo 3 LGP, se alude expresamente a la publicidad que infrinja la normativa especial reguladora de determinados productos, bienes, actividades o servicios. Y, como es natural, esto se traduce en un considerable aumento de la fragmentariedad del Derecho de la competencia desleal.

En todo caso, tratándose del Derecho de la competencia desleal protector de los consumidores y usuarios, la *fragmentación normativa que presenta mayor interés es la referida al TRLGDCU*. A mi juicio, esta fragmentación constituye un verdadero problema de nuestro Derecho de la competencia desleal, porque la coexistencia de disposiciones importantes sobre la materia no solo en la LCD, sino también en el TRLGDCU, tiene el efecto de comprometer la coherencia sistemática del régimen aplicable a las prácticas desleales con consumidores. Y ello en detrimento de los objetivos perseguidos por estas normas, consistentes en propiciar una adecuada protección a los consumidores y usuarios frente a conductas desleales que distorsionan ilícitamente el rol arbitral que corresponde al consumidor y usuario en los sistemas de economía de mercado: decidir libremente (esto es, sin merma de su libertad de saber y de querer o, si se prefiere, con pleno conocimiento de causa) los bienes y servicios que desea contratar.

Las consecuencias negativas de esta opción de política legislativa no son difíciles de advertir. Esta fragmentariedad normativa añade una dificultad innecesaria a la aplicación del Derecho de la deslealtad concurrencial, al forzar la realización de conexiones interpretativas entre diversas disposiciones no siempre fáciles de llevar a cabo, como, por ejemplo, la que vincula el incumplimiento del deber de información sobre la autenticidad de las reseñas (ex artículo 20.4 TRLGDCU) con las omisiones engañosas del artículo 7 LCD.

⁹⁵ TATO PLAZA, A., “Breves reflexiones...”, *cit. supra*.

⁹⁶ *Ibidem*.

Por otro lado, como tuve ocasión de apuntar más arriba, la fragmentación que pivota sobre el TRLGDCU se traduce en que los actos de deslealtad frente al consumidor se presentan en nuestro ordenamiento como *ilícitos civiles* (LCD) y *administrativos* (TRLGDCU), lo que genera efectos nada positivos. Entre ellos, cabe mencionar la posibilidad de que se emitan *decisiones contradictorias o no plenamente coincidentes sobre un mismo supuesto de hecho* por parte de las instancias implicadas en la persecución de estos comportamientos: la jurisdicción ordinaria y los órganos de la Administración de consumo.

Por otra parte, al ostentar la competencia en materia de consumo las Comunidades Autónomas, se introduce un *cierto grado de descentralización en la aplicación del Derecho de la competencia desleal*, con un riesgo más que evidente para la *unidad de mercado*. Razón por la cual se ha tenido que incorporar al TRGDCU una disposición dirigida a conferir competencia en esta materia a los órganos de consumo estatales cuando pueda verse afectada “la unidad de mercado nacional y la competencia en el mismo”, en los términos que expuse más arriba con mayor detenimiento⁹⁷.

Desde mi punto de vista, esta opción seguida por el legislador español no es la mejor de todas las posibles. Creo que existen razones no desdeñables para concentrar toda la regulación sustantiva sobre prácticas desleales en la LCD, reservando al TRLGDCU un papel orientado a la vertiente sancionadora y de protección administrativa del consumidor. Este modelo permitiría reforzar la sistematicidad del Derecho de la competencia desleal, evitar solapamientos innecesarios y facilitar una interpretación uniforme en beneficio de todos los sujetos implicados. Porque la coexistencia de reglas relevantes sobre la materia tanto en la LCD como en el TRLGDCU compromete la seguridad jurídica de consumidores y empresarios, al generar incertidumbre sobre el régimen aplicable. Y obviamente esto refuerza la conveniencia de replantear esta opción de política legislativa y avanzar hacia una configuración normativa más unitaria de la disciplina de las prácticas comerciales desleales en su dimensión de tutela de los intereses de los consumidores y usuarios.

3.2. Aproximación al Derecho administrativo sancionador

Aunque es indudable que la incorporación de la Directiva (UE) 2019/2161 al ordenamiento jurídico español ha supuesto un notable esfuerzo por adaptar el Derecho de la competencia desleal a las nuevas realidades presentes en los entornos digitales, cabe preguntarse si la opción de política legislativa seguida, consistente en regular de forma específica cada nueva práctica que surge en estos nuevos entornos, es la más acertada y conveniente de todas las posibles. Porque, aunque la tipificación de algunas prácticas comerciales consideradas desleales *per se* puede dotar de seguridad jurídica a este sector del ordenamiento económico, hay que reconocer al mismo tiempo que, en rigor, esta técnica legislativa, por su propia naturaleza estática, se revela insuficiente para regular un entorno digital en constante evolución, que se transforma con enorme celeridad.

Además, al legislar de este modo se corre el riesgo de convertir el Derecho de la competencia desleal en un *Derecho de intervención económica próximo al Derecho administrativo sancionador*, donde —como se sabe— cobra extraordinaria relevancia el

⁹⁷ *Supra*, epígrafe 2.1.3.

principio de tipicidad propio del Derecho penal. En este sentido, no parece exagerado afirmar, aunque en términos muy generales, que en los recientes desarrollos del Derecho de la deslealtad concurrencial derivados de la Unión Europea se aprecia una cierta involución hacia el *modelo paleoliberal de la competencia desleal*, en el que —como con tanto acierto constató en su momento el profesor Aurelio Menéndez— asumía una especial relevancia el principio de tipicidad⁹⁸.

Esta tendencia de aproximación al Derecho administrativo sancionador ha sido designada por alguna doctrina (en concreto, por el profesor Anxo Tato Plaza) con el término *positivización*. A través de este vocablo, quiere poner de manifiesto que este sector del ordenamiento económico se encuentra inmerso en un proceso claro y ascendente de regulación y, como resultado de ello, de desconfianza hacia las grandes y pequeñas cláusulas generales de la deslealtad, que históricamente han sido las verdaderas protagonistas de este sector del ordenamiento económico⁹⁹. En concreto, según la opinión de este autor —que comparto plenamente—, esta tendencia (llámese de *positivización* o de *aproximación al Derecho administrativo sancionador*) se presenta fundamentalmente como el resultado de la combinación de dos factores¹⁰⁰:

1º) El primero de ellos —y, a mi juicio, el principal— estriba en la introducción de las llamadas “listas negras” en la regulación de la competencia desleal. Como se sabe, este camino lo inició la Directiva 2005/29/CE, que optó por reputar ciertas prácticas *per se* desleales, esto es, al margen de las circunstancias en cada caso concurrentes. Posteriormente, el legislador europeo ha seguido esta misma senda en otras normas. Prueba de ello es la Directiva 2010/2161/UE que amplía el catálogo de prácticas desleales *per se*, como hemos podido comprobar *supra* al referirnos a la novedosa regulación que incorpora en materia de reseñas o valoraciones de consumidores y usuarios, rankings o clasificaciones de resultados y venta automatizada de entradas. Como es natural, esta lista negra de prácticas desleales ha sido incorporada a nuestro ordenamiento. En concreto, al artículo 19, apdo. 2, LCD, donde se dispone que “(l)as prácticas comerciales reguladas en los artículos 21 a 31, ambos inclusive, *son en todo caso y en cualquier circunstancia*, prácticas comerciales desleales con los consumidores”¹⁰¹.

2º) El segundo factor tampoco carece de relevancia. Consiste en la proliferación de normas sectoriales reguladoras de la actividad publicitaria en materias tales como, por ejemplo, los productos alimenticios¹⁰², los medicamentos¹⁰³, el alcohol¹⁰⁴, el tabaco¹⁰⁵, los servicios

⁹⁸ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal*, Ed. Civitas, Madrid, 1988, *passim*.

⁹⁹ TATO PLAZA, A., “Breves reflexiones...”, *cit. supra*.

¹⁰⁰ Sobre ambos, en relación con lo que expongo a continuación: *ibidem*.

¹⁰¹ Cursiva propia.

¹⁰² Real Decreto 1334/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba la Norma general de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios: BOE núm. 202, de 24.08.1999.

¹⁰³ Real Decreto 1416/1994, de 25 de junio, por el que se regula la publicidad de los medicamentos de uso humano: BOE núm. 180, de 29.07.1994.

¹⁰⁴ Ley 2/1995, de 2 de marzo, contra la Venta y Publicidad de Bebidas Alcohólicas a Menores: BOE núm. 56, de 5.3.1996.

¹⁰⁵ Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco: BOE núm. 309, de 27.12.2005

sanitarios¹⁰⁶, los servicios financieros¹⁰⁷, los juegos de azar y apuestas¹⁰⁸, etc. Como se sabe, toda esta normativa no solo es relevante en términos estrictamente publicitarios, sino también en el campo de la competencia desleal. De hecho, se trata de normas de evidente naturaleza concurrencial cuya conculcación constituye un acto de competencia desleal de violación de normas ex artículo 15.2 LCD. Además, la deslealtad de los comportamientos infractores de estas normas es clara en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18 LCD que, como señalé con anterioridad, reputa desleal la publicidad considerada ilícita por la LGP.

Parece evidente que estos dos factores han contribuido decisivamente a marcar esta tendencia. Y lo han hecho, además, sin que exista verdadera necesidad de ello. En rigor, la introducción y posterior ampliación de las referidas listas negras no puede considerarse una intervención legislativa necesaria, pues la mayor parte de los supuestos que las integran pueden ser perseguidos y sancionados a través de las normas del Derecho de la competencia desleal que, en términos generales, regulan las prácticas engañosas (artículos 5 y 7 LCD) y agresivas (artículos 8 y 9 LCD). E idéntica reflexión cabría realizar en relación con las muchas normas que en la actualidad regulan la actividad publicitaria de determinados productos o servicios. En bastantes casos, esta normativa se limita a reiterar la prohibición general de la publicidad engañosa formulada por los artículos 3.e) LGP y 5 LCD o, en su caso, a tipificar supuestos específicos de engaño cuyo enjuiciamiento tampoco sería dudoso a la luz de las normas generales reguladoras de las prácticas engañosas: los artículos 5 y 7 LCD¹⁰⁹.

Frente a esta estrategia del legislador contemporáneo, cobra un papel relevante la *cláusula general de la deslealtad* formulada en nuestro ordenamiento por el artículo 4 LCD, que posibilita valorar la licitud o ilicitud de una conducta atendiendo a criterios tales como la buena fe en sentido objetivo, la diligencia profesional y la afectación al comportamiento económico del consumidor. En manos de los jueces, esta norma, por su carácter general, permite ofrecer una respuesta rápida y adecuada a las nuevas conductas atípicas —en el sentido de carentes de una regulación específica— que emergen en los nuevos entornos digitales, pudiendo dar lugar a la construcción jurisprudencial y doctrinal de grupos de casos bien delimitados.

En apoyo de lo que acabo de sostener, no debe obviarse que buena parte de las recientes prácticas reputadas desleales por la Directiva 2019/2161 (y seguidamente por la LCD y otras legislaciones de los Estados miembros de la Unión Europea) encuentran su origen en sentencias del TJUE o en decisiones de tribunales nacionales. De modo que todas ellas

¹⁰⁶ Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria: BOE núm. 189, de 06.08.1996.

¹⁰⁷ Circular 4/2020, de 26 de junio, del Banco de España, sobre publicidad de los productos y servicios bancarios: BOE 193, de 15.7.2020.

¹⁰⁸ Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego: BOE núm. 127, de 28.05.2011

¹⁰⁹ Conforme: TATO PLAZA, A., "Breves reflexiones...", *cit. supra*. Como —con toda razón— señala este autor a modo de ejemplo, ningún intérprete de la LCD tedería dudas acerca de que merecen la consideración de prácticas engañosas (ex artículo 5 LCD) las conductas consistentes en afirmar que un producto puede ser comercializado legalmente no siendo cierto (artículo 23.1 LCD), o en proclamar falsamente que un producto puede curar enfermedades o disfunciones (artículo 23.3 LCD).

proviene, en rigor, de la cláusula general y de los tipos generales de deslealtad (engaño, omisión, confusión), antes de contar con una regulación legal propia¹¹⁰. Esto evidencia que el desarrollo jurisprudencial a partir de cláusulas generales es, además de eficaz, coherente con los principios que informan esta rama del ordenamiento económico.

Lo anterior me lleva a sostener que la mejor opción de política legislativa para dotar de protección efectiva al consumidor y usuario en entornos digitales no estriba en la proliferación de tipos especiales, sino en llevar a cabo una interpretación evolutiva de las cláusulas generales que posibilite al Derecho de la competencia desleal seguir siendo un instrumento eficaz frente a la innovación constante de prácticas comerciales por parte de los agentes económicos del mercado.

Para ayudar a los aplicadores de la LCD a realizar esta labor, una vía especialmente adecuada podría ser la elaboración de *guías jurídicas interpretativas*, semejantes a las comunicaciones elaboradas por la Comisión Europea. Su utilidad consistiría en orientar a los operadores jurídicos en la aplicación coherente y razonada tanto de la cláusula general de la deslealtad (artículo 4 LCD) como de otras cláusulas que también podrían considerarse generales, pero relativas a determinadas prácticas de especial relevancia en la tutela de los consumidores y usuarios (como, por ejemplo, los artículos 5 y 7 LCD en materia de prácticas engañosas por acción u omisión).

Ahora bien, el legislador europeo parece preferir la opción de la regulación especial o sectorial. De hecho, la misma se verá reforzada con la próxima reforma de la LCD destinada a incorporar a su articulado la Directiva 2024/825/UE sobre el empoderamiento de los consumidores en la transición ecológica¹¹¹. Y es que, aunque la jurisprudencia, la doctrina y los sistemas de autorregulación ya habían calificado como desleales los principales supuestos de *greenwashing*, aplicando para ello la prohibición general de los actos de engaño, el legislador europeo parece decidido a tipificarlos expresamente¹¹². Con

¹¹⁰ En materia de reseñas, véase, por ejemplo, el asunto sobre *Tripadvisor* del que conoció a comienzos de 2012 la autoridad inglesa en materia de publicidad (la *Advertising Standards Authority*: ASA), en su condición de institución autorreguladora de la industria publicitaria en el Reino Unido. O el asunto *Tripadvisor* que llevó a la autoridad italiana de la competencia (la denominada *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*) a imponer a dicho operador del mercado digital (el 19 de diciembre de 2014) una multa de 500000 euros por entender que su conducta era contraria a los artículos 20, 21 y 22 del Código del consumo italiano (actuación contraria a la diligencia profesional y prácticas engañosas por acción y omisión). Al respecto, más ampliamente: MIRANDA SERRANO, L.M., "Prácticas desleales sobre reseñas...", *cit.*, pp. 190 a 194.

¹¹¹ Directiva (UE) 2024/825 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero de 2024, por la que se modifican las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/UE en lo que respecta al empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica mediante una mejor protección contra las prácticas desleales y mediante una mejor información: DOUE núm. 825, de 6.3.2024.

¹¹² Al respecto, consúltese, entre otros: MIRANDA ANGUITA, A., "Declaraciones ambientales, competencia desleal y patrones en la jurisprudencia comparada: A propósito del blanqueo ecológico o *greenwashing*", Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 16, núm. 1, 2024, pp. 423 y ss.; en especial, pp. 435 y ss.; IDEM, "Principales novedades de las iniciativas regulatorias del *greenwashing* de carácter armonizador en la Unión Europea", en TATO PLAZA, A., COSTAS COMESAÑA, J. y otros (Dir.) *Nuevas tendencias en el Derecho de la competencia y de la propiedad industrial en intelectual. IV*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 2024, pp. 487 y ss.; en concreto, p. 523 (donde afirma expresamente, acerca de la Propuesta de Directiva sobre empoderamiento de los consumidores en la economía circular, que las principales herramientas que introduce esta propuesta "ya existen en la regulación

ello, la lista negra de prácticas engañosas seguirá creciendo —en gran medida, de forma innecesaria—, pese a que su contenido actual es ya considerablemente amplio.

Además, en la misma dirección ha de ubicarse la Propuesta de la *Digital Fairness Act* (DFA)¹¹³. En mi opinión, la conveniencia de esta proyectada intervención legislativa suscita dudas importantes. Uno de sus objetivos más relevantes parece consistir en la regulación de los *patrones oscuros* (*dark patterns*), dados sus nocivos efectos sobre la libertad de decisión de los consumidores y usuarios¹¹⁴. Ahora bien, a mi entender, esta regulación no parece necesaria, dada la existencia, tanto en la Directiva 2005/29/CE como en la LCD, de normas jurídicas (como las relativas a las prácticas engañosas y agresivas) susceptibles de combatir este tipo de conductas propias de los entornos digitales. Y algo parecido cabe afirmar de la *personalización de precios* que, según parece, es otra de las conductas a las que persigue hacer frente el legislador europeo a través de la propuesta de DFA¹¹⁵.

3.3. Ruptura de su tradicional separación del Derecho de contratos

Es cierto que la incomunicación entre el Derecho de la competencia desleal —en sentido amplio— y el Derecho de contratos no venía siendo total o absoluta en nuestro ordenamiento con anterioridad a la promulgación de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas desleales

actual a través de la normativa vigente reguladora de la competencia desleal y la protección del consumidor, como lo pone de manifiesto con claridad la Guía sobre la aplicación e interpretación de la Directiva 2005/CE/29”).

¹¹³ Véase: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/090166e51f8cadddc.pdf>

¹¹⁴ Los patrones oscuros pueden definirse como diseños de interfaz, mensajes y estrategias deliberadas que influyen de manera encubierta en el comportamiento del usuario con la finalidad de acelerar y condicionar su proceso de contratación. El Informe elaborado por la OECD (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos) en octubre de 2022 con el título *Dark commercial patterns* (que se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: https://www.oecd.org/en/publications/dark-commercial-patterns_44f5e846-en.html) los define como “prácticas empresariales que emplean elementos propios de la arquitectura de elección digital, en particular en las interfaces de usuario en línea, que subvierten o menoscaban la autonomía, la toma de decisiones o la elección de los consumidores. A menudo engañan, coaccionan o manipulan a los consumidores y pueden causar perjuicios directos o indirectos a los consumidores de diversas formas, aunque en muchos casos puede ser difícil o imposible medir dichos perjuicios” (p. 16, traducción propia). Para una buena aproximación a la problemática que presentan: MATO PACÍN, M.N., *Aspectos jurídicos del diseño de las interfaces digitales. En especial, los patrones oscuros*, Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2024, *passim*; CASADO NAVARRO, A., *Prácticas desleales en entornos...*, *cit.*, pp. 93 y ss.

¹¹⁵ A través de los precios personalizados, los precios se adaptan a cada usuario en consideración al perfil personal de cada uno de ellos. En consecuencia, la diferencia de precios no depende de parámetros externos a los posibles usuarios —como sí ocurre en los precios dinámicos—, sino de circunstancias personales tales como el poder de adquisición del sujeto, su geolocalización, su historial de compras o el tipo de dispositivo utilizado para acceder a una determinada plataforma. Sobre la base de estos criterios, el algoritmo calcula lo que un determinado sujeto está dispuesto a pagar y, en función de dicho cálculo, le asigna un precio diverso del que ofrece a otros posibles clientes. En síntesis, cabría sostener que la personalización de precios estriba en utilizar los datos recopilados por las empresas u ofrecidos de forma voluntaria por los consumidores (los llamados *big data*) en relación con sus características y conductas para, a través de ellos, fijar distintos precios en función de la predisposición a pagar de cada concreto usuario. Para más información: CASADO NAVARRO, A., *Prácticas desleales en entornos...*, *cit.*, pp. 391 y ss. (y la bibliografía que el autor cita). Desde mi punto de vista, esta conducta no es ilícita *per se*, sino que su ilicitud reside en su falta de transparencia, lo que acontece cuando no se informa debidamente a los destinatarios de las ofertas comerciales y negociales de que los precios que en ellas se contienen han sido personalizados (como expongo con mas detalle en mi trabajo “Prácticas desleales en el transporte aéreo de pasajeros...”, *cit.*, pp. 16 y ss.).

contra los consumidores. Así cabe inferirlo de los dos datos siguientes que me limito a exponer de forma breve:

1º) En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que, desde 1991, la infracción de normativa contractual puede ser considerada en ciertos casos como acto de competencia desleal por infracción de normas, en aplicación del artículo 15 LCD. Ello acontece, por ejemplo, cuando un operador económico viola alguno de los deberes de información precontractual que ha de cumplir en favor del consumidor, como el de informar sobre la totalidad del precio a pagar por el bien o servicio objeto del contrato, o sobre la existencia —en ciertos casos— de un derecho de desistimiento negocial que permite poner fin a la relación contractual dentro un plazo determinado¹¹⁶.

2º) En segundo lugar, ha de repararse en que, desde 1984 (artículo 8 LGDCU), la legislación española de consumo incorpora el principio de la integración publicitaria del contrato (actualmente formulado en el artículo 61 TRLGDCU), que confiere relevancia negocial a las declaraciones publicitarias y promocionales emitidas por los empresarios a lo largo del proceso de comercialización de los bienes y servicios en el mercado. Este principio permite al consumidor exigir el cumplimiento del contenido de la publicidad, pese a que el contrato no haga referencia expresa a él (vertiente positiva), o solicitar la expulsión del contrato de aquellas cláusulas que no se correspondan con los contenidos publicitarios y promocionales (vertiente negativa), salvo cuando le resulten más beneficiosos¹¹⁷.

De lo sumariamente expuesto se deduce que tanto el artículo 15 LCD como el principio de la integración publicitaria del contrato actúan como *vasos comunicantes* entre el Derecho de la competencia desleal y el Derecho de la contratación. El primero posibilita que una conducta infractora de una norma de naturaleza contractual sea reconducida al ámbito de la deslealtad

¹¹⁶ Sobre el artículo 15 LCD, entre otros: GARCÍA PÉREZ, R., "Falseamiento de la libre competencia por actos desleales e infracción de normas que tienen por objeto la regulación de la actividad concurrencial", *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 11, 2012, pp. 241 y ss.; CARBAJO GASCÓN, F., "Artículo 15. Violación de normas", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.) *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 411 y ss.; ÍDEM, "Violación de secretos, inducción y aprovechamiento de la infracción contractual e infracción de normas", en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ (Dir.) *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, t. II, 2014, pp. 1599 y ss.; GONZÁLEZ JIMÉNEZ, P.M., "La violación de normas antitrust como acto de competencia desleal (a propósito del art. 15.2 de la Ley de Competencia Desleal)", en MIRANDA SERRANO, L.M., y COSTAS COMESAÑA, J., *Derecho de la competencia: desafíos y cuestiones de actualidad*, Ed. Marcial Pons, 2018, pp. 337 y ss.; PEÑAS MOYANO, B., "La violación de normas concurrenciales y no concurrenciales como actos de competencia desleal", *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, num. 3, 2008, pp. 209 y ss.

¹¹⁷ Recientemente, acerca de este principio pueden verse los siguientes trabajos de MIRANDA ANGUITA, A.: "La noción de publicidad relevante a los efectos de la integración contractual prevista en el artículo 61 del Texto Refundido de Consumidores y en otras normas sectoriales afines", en MIRANDA SERRANO, L.M. y PAGADOR LÓPEZ, J. (Dirs.), *Cuestiones actuales de la contratación y la competencia empresarial ante la digitalización y la sostenibilidad*, Ed. Atelier, 2025, pp. 131 y ss.; ÍDEM, "Sobre la eficacia vinculante de los contenidos publicitarios en la contratación interempresarial y su conexión con el control de transparencia material", *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 35, 2024, *passim*; ÍDEM, "El principio de la integración publicitaria del contrato y la letra pequeña de la publicidad", *La Ley Mercantil*, núm. 83, 2021, *passim*.

concurrencial, proyectando así las exigencias de corrección negocial sobre el correcto funcionamiento del mercado. El segundo, por su parte, opera el desplazamiento inverso, al trasladar al plano obligacional o negocial los efectos jurídicos de actos de competencia, en particular de la actividad publicitaria como práctica comercial paradigmática, integrando en el contenido del contrato las expectativas legítimas y razonables creadas en el consumidor por los mensajes promocionales difundidos por la parte empresarial en la fase previa a la contratación. En suma, el artículo 15 LCD y el principio de integración publicitaria del contrato revelan una *dinámica bidireccional de influencia entre el Derecho de la competencia desleal y el Derecho de la contratación*, en virtud de la cual las infracciones de las reglas negociales pueden adquirir relevancia concurrencial, al tiempo que determinadas prácticas de mercado despliegan efectos directos sobre la configuración del contenido contractual, desdibujando parcialmente las fronteras tradicionales entre ambos sectores normativos.

Ahora bien, la aprobación de la Directiva 2005/29 ha supuesto un punto de inflexión en esta materia. Especialmente, porque —como tuve ocasión de exponer más arriba—, el artículo 2.3 LCD, en la misma dirección que el artículo 3.1 Directiva 2005/29/CE, opta por aplicar esta normativa a los actos de competencia realizados antes, durante y después de una operación comercial o contrato. Además, como también constaté allí, de dicha disposición se desprende que el legislador europeo de 2005 *rompe con la tradicional —y casi absoluta— separación entre el Derecho de la competencia desleal y el Derecho contractual*, que limitaba la aplicación de la LCD a la fase precontractual, promotora de la contratación de bienes y servicios. Según esta nueva perspectiva, la normativa sobre prácticas desleales puede extenderse también a la celebración y ejecución del contrato, dando lugar a un sistema jurídico en el que las normas concurrenciales y contractuales no operan de forma aislada sino complementaria.

Por otra parte —como también se analizó *supra*—, la extensión de la normativa sobre deslealtad concurrencial a las fases de celebración y ejecución de los contratos permite entender que nociones típicas del Derecho contractual, como la de contrato o, más específicamente, la de *cláusula contractual*, pueden encajar dentro de los conceptos de *acto de competencia* (LCD) o *práctica comercial* (Directiva 2005/29), propios del Derecho de la competencia desleal. De hecho, no son pocos los operadores económicos que en la práctica incorporan a los contratos que celebran cláusulas que contienen conductas engañosas o agresivas, integradas formalmente en el clausulado contractual pero materialmente reconducibles a prácticas de mercado. Lógicamente, esto refuerza la necesidad de una interpretación extensiva de la LCD y de la Directiva 2005/29/CE en la dirección expuesta más arriba, que precisamente ha sido la seguida por el TJUE, como también hubo allí ocasión de explicar¹¹⁸.

En definitiva, cabe hablar de una *aproximación del Derecho de la competencia desleal y el Derecho contractual de consumo* que ya no se consideran compartimentos estancos e incommunicados, como venía sucediendo —casi de forma plena— con anterioridad a la Directiva 2005/29/CE. Ambos constituyen más bien sectores normativos complementarios, comprometidos en una misma misión: garantizar del mejor modo posible que los consumidores y usuarios desarrollen rectamente (esto es, sin distorsiones

¹¹⁸ *Supra*, epígrafe 1.2.2.3.

significativas) el *rol arbitral* que les asignan los sistemas de economía de mercado, consistente en *decidir libremente* (sin merma de la *libertad de saber y de querer*) los *bienes o servicios que desean contratar*.

En consecuencia, todo parece apuntar a que la noción de buena fe que informa el Derecho contractual, plasmada en los artículos 1258 Código Civil y 57 Código de Comercio, y la buena fe que actúa como parámetro de valoración en el ámbito concurrencial, consagrada en el artículo 4 LCD, responden a una concepción sustancialmente coincidente y unitaria, en tanto que estándar objetivo de corrección del comportamiento en el tráfico jurídico-económico. En ambos casos, opera como un estándar objetivo de conducta que impone a los operadores jurídicos y económicos un deber de actuación honesta, orientado a proteger las expectativas legítimas generadas en el tráfico jurídico, con independencia del ámbito normativo concreto en el que se proyecte. En realidad, esta identidad conceptual se corresponde con la tradición civilista, que ha tendido históricamente a identificar la buena fe con la lealtad, concibiéndola como un principio general del Derecho llamado a disciplinar el ejercicio de derechos y el desarrollo de relaciones jurídicas y económicas conforme a exigencias de corrección y confianza recíproca, lo que refuerza su vocación transversal¹¹⁹.

No resulta casual, en el sentido indicado, que el propio artículo 4 LCD defina la deslealtad concurrencial como todo comportamiento objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe, empleando una fórmula que reproduce el mismo canon valorativo que rige en el Derecho de la contratación. Ni que cuando ese mismo precepto formula la cláusula general de la deslealtad en su versión consumerista utilice una terminología que evoca claramente la propia del Derecho de obligaciones y contratos: “(e)n las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores”. Por otra parte, tampoco sorprende que en algunos ordenamientos de nuestro entorno, como el francés y el alemán, los términos *bonne foi* y *Treu und Glauben* engloben de manera unitaria tanto el deber de buena fe como el de lealtad contractual¹²⁰.

En suma, la buena fe se revela como un principio transversal que cumple una función ordenadora común tanto en la disciplina de las relaciones contractuales como en la relativa

¹¹⁹ A modo de ejemplo, en este sentido se afirma que “de acuerdo con la tradición que nosotros profesamos, ambas ideas [con referencia a la buena fe y a la lealtad] se funden en un mismo concepto”: DÍEZ PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E. y MORALES, A.M. *Los Principios del Derecho europeo de contratos*, Ed. Civitas, Madrid, 2002, p. 157. En palabras del TS (STS de 20 de marzo de 1996 [RJ 2246]; STS de 16 de junio de 2000 [RJ 5288] y STS de 16 de junio de 2000 [RJ 3306]), la buena fe ojetiva, en cuanto patrón de conducta “obliga a la exigencia en el ejercicio de los derechos, de una conducta ética signficada por los valores de la honradez, lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y atenimiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena”.

¹²⁰ BARRES BENLLOCH, M.P., EMBID IRUJO, J.M. Y MARTÍNEZ SANZ, F., *Principios de Derecho contractual europeo*, Partes I y II, Colegios Notariales de España, Madrid, 2003, p. 151.

a los comportamientos concurrenciales del mercado. En ambos ámbitos, su objetivo es coincidente: evitar la frustración de la confianza legítimamente suscitada en los otros operadores del mercado y garantizar así un marco de corrección en el tráfico jurídico y económico a través del cual las empresas desarrollan su actividad externa, impidiendo conductas oportunistas no basadas en los propios méritos y asegurando la coherencia del sistema normativo en su conjunto. En definitiva, la progresiva convergencia entre Derecho contractual de consumo y Derecho de la competencia desleal responde a una lógica sistemática de protección integral del mercado y de sus participantes más vulnerables.

4. EPÍLOGO

En consideración a todo lo expuesto, cabe concluir que no merecen una valoración muy positiva ni la política ni la técnica legislativas que vienen siendo utilizadas por el legislador español —en parte a impulso del europeo— al refomar la LCD en materia de protección de los consumidores y las malas prácticas digitales. Desde mi punto de vista, sería conveniente realizar cambios significativos en las tendencias de política legislativa expuestas, especialmente en las dos primeras, referentes, por un lado, a la fragmentariedad del Derecho de la competencia desleal y, por otro, a su aproximación al Derecho administrativo sancionador.

Aunque puedo estar equivocado, entiendo que el Derecho de la deslealtad concurrencial no debe renunciar a su configuración histórica como un Derecho de eminente carácter privado en el que gozan de un especial protagonismo las *cláusulas generales de la deslealtad*, a través de las cuales los jueces —auxiliados por la doctrina científica— construyen grupos de casos y adaptan esta disciplina a los cambios que constantemente se suceden en el mercado. No se pierda de vista, en este sentido, que, según expresa nuestro legislador en el Preámbulo de la LCD, de la cláusula general —a la que confiere el calificativo de “generosa”— “va a depender —como muestra la experiencia del Derecho comparado— el éxito de la Ley y la efectiva represión de la siempre cambiante fenomenología de la competencia desleal”.

En realidad, como señala la doctrina, la cláusula general asume un doble papel en el seno de la disciplina de la deslealtad concurrencial. Por un lado, permite explicar el fundamento del sistema. Por otro, sirve de cierre a la prohibición de los actos de competencia desleal. En el primer sentido —se dice—, es útil para explicar y, por ende, para descubrir la *ratio legis* de las distintas conductas expresamente prohibidas por la LCD. En la segunda dirección —se añade—, su utilidad estriba en evitar que, por falta de tipificación, por imprevisión del legislador o por el carácter novedoso de los comportamientos a enjuiciar, no resulten reprimidos actos de competencia desleal que, en rigor, habrían de ser prohibidos¹²¹.

En relación con la segunda función apuntada, se afirma —con acierto— que la cláusula general juega “el papel de válvula de autorregulación del sistema”, en el sentido

¹²¹ VELASCO SAN PEDRO, L., “La buena fe como criterio de delimitación de la competencia desleal en el Derecho español” PDF (uvadoc.uva.es), pp. 14 y 15; también en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 36, 2025.

de que “asegura su adaptación a las cambiantes circunstancias del mercado y de las conductas concurrenciales y, en general, permite especialmente que los comportamientos extravagantes a los tipos actualmente establecidos puedan someterse al control de deslealtad concurrencial sin necesidad de esperar a una modificación legal”¹²².

En otras palabras, pero en la misma dirección, se sostiene que la cláusula general “salva el anquilosamiento de un sistema de competencia desleal construido a partir de unos tipos principalmente referidos a las conductas que, precisamente a la vista de la experiencia del momento, se han considerado necesitadas de una respuesta específica y constreñidos, en consecuencia, por definiciones que necesariamente se han de ajustar a la configuración de las actuaciones consideradas y a las consecuencias que poseen o se conocen al tiempo de su tipificación”¹²³.

A la vista de las reflexiones hasta aquí realizadas, pongo punto final a estas páginas subrayando la necesidad de que el Derecho de la competencia desleal no renuncie a ser lo que ha sido, en esencia, desde su surgimiento y posterior evolución: una parte del Derecho mercantil entendido como *Derecho privado regulador de los empresarios en el ejercicio de sus actividades empresariales en régimen de competencia en el mercado*. Como he tratado de exponer en las páginas precedentes, en las últimas décadas esta fisonomía del Derecho de la competencia desleal se está desdibujando, sobre todo por una innecesaria regulación que está privando de funcionalidad a las tradicionales cláusulas generales de la deslealtad. De hecho, cabría concluir que en el legislador de la competencia desleal contemporáneo se aprecia una especie de *huida hacia el Derecho administrativo de intervención*, en unos tiempos en los que, en líneas generales, el fenómeno generalizado es el inverso: la *huida del Derecho administrativo*, con referencia a la tendencia de la Administración pública a aplicar normas de Derecho privado —en gran parte, mercantiles— en lugar de las propias del Derecho público¹²⁴. Conviene recordar, en fin, que el incremento de la regulación no produce necesariamente una mejor ordenación de la materia regulada, ya que, como advirtiera Cicerón —y tras él otros muchos pensadores y juristas—, *en no pocas ocasiones la producción de más leyes se traduce en menos Justicia*.

5. BIBLIOGRAFÍA

ARROYO APARICIO, A., “Cláusula sobre honorarios de abogado: procedimiento sumario de reclamación de honorarios y su apreciación como abusiva o engañosa: Sentencia del Tribunal de Justicia 9ª de 22 de septiembre de 2022 as. C-335/21: Vicente y Delia”, *La Ley Unión Europea*, núm. 109, 2022.

¹²² MASSAGUER FUENTES, J., “La cláusula general de la prohibición de la competencia desleal”, *Advocatus*, 7, 2002-II, p. 38; disponible para consulta en la siguiente dirección electrónica: <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/2375/2309>

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ Al respecto, entre otros muchos: MARTÍN-RETORTILLO, S., “Reflexiones sobre la huida del Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 140, 1996, pp. 25 y ss., así como la bibliografía que en este trabajo se cita.

AVILÉS GARCÍA, J., "Contratación y competencia: la reforma de las prácticas comerciales como elemento indispensable del buen funcionamiento del mercado", *Revista Ceflegal, CEF*, núm. 154, noviembre de 2013.

BARRES BENLLOCH, M.P., EMBID IRUJO, J.M. Y MARTÍNEZ SANZ, F., *Principios de Derecho contractual europeo*, Partes I y II, Colegios Notariales de España, Madrid, 2003.

BENEYTO PALLÁS, K., "Acciones, legitimación y prescripción en materia de competencia desleal", en BENEYTO PALLÁS, K. (Dir.), *Actos de competencia desleal y su tratamiento procesal: un estudio práctico de la Ley de competencia desleal (LCD)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., "Artículo 2. Ámbito objetivo", en BERCovITZ, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

BUSTO LAGO, J.M., "Artículo 19. Principio general y prácticas comerciales", en Bercovitz, R. (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley general de defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, 2ª ed., Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

CARBAJO GASCÓN, F., "Violación de secretos, inducción y aprovechamiento de la infracción contractual e infracción de normas", en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ (Dir.) *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, t. II, 2014.

CARBAJO GASCÓN, F., "Artículo 15. Violación de normas", en BERCovITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.) *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

CASADO NAVARRO, A., "El controvertido asunto de la función normativa del falseamiento de la competencia por actos desleales (Artículo 3 LDC)", en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 22, 2018.

CASADO NAVARRO, A., *Consecuencias negociales de las prácticas desleales contra los consumidores. Relaciones entre el Derecho contractual de consumo y el Derecho de la competencia desleal*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2023.

CASADO NAVARRO, A., "Consecuencias negociales de las prácticas desleales con consumidores: soluciones de Derecho comparado y recientes desarrollos normativos en la Unión Europea", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm. 1, marzo de 2022.

CASADO NAVARRO, A., "Consideraciones críticas sobre la opción del Real Decreto-ley 24/2021 de no incorporar medidas correctoras individuales frente a prácticas desleales con consumidores", *La Ley Mercantil*, núm. 88, 2022.

CATALÁN CHAMORRO, M.J., *El Acceso a la justicia de consumidores: los nuevos instrumentos del ADR y ODR de consumo*, Ed. tirant lo blanch, 2019.

CERVERA MARTÍNEZ, M., "Acciones y legitimación ante un acto de competencia desleal", en GARCÍA-CRUCES, J., *Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

COLOMER HERNÁNDEZ, I., "Hacia un arbitraje obligatorio de consumo: límites y posibilidades", en CHACÓN CÁRDENAS, M.J. (Dir.), *Proceso y consumo*, Ed. Atelier, 2022.

DIÉGUEZ AGUILERA, L., "Sobre las nuevas normas relativas a la deslealtad de las reseñas de consumidores y usuarios en el entorno digital", en TATO PLAZA, A., COSTAS COMESAÑA, J., y otros, s, PÁGS. 409-447

DÍEZ PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E. Y MORALES, A.M. *Los Principios del Derecho europeo de contratos*, Ed. Civitas, Madrid, 2002,

DOMÍNGUEZ PÉREZ, E.M., "Prácticas desleales con consumidores: ilícito de consumo e ilícito desleal", en TATO PLAZA, A. y COSTAS COMESAÑA, J., *et alii, Nuevas tendencias en el Derecho de la competencia y de la propiedad industrial e intelectual IV*, Ed. tirant lo blanch, 2024.

DUROVIC, M., *European law on unfair commercial practices and contract law*, Hart Publishing, Oxford, 2016, disponible en la dirección electrónica <https://www.bloomsburycollections.com/book/european-law-on-unfair-commercial-practices-and-contract-law/>

DUROVIC, M., *The impact of the unfair commercial practices directive (2005/29/EC) on contract law*, Florence: European University Institute, EUI PhD theses, 2014, disponible [en línea] en la dirección electrónica <https://hdl.handle.net/1814/34559>

ELIZALDE IBARBIA, F., "La Directiva 2019\2161, de Modernización del Derecho de Consumo, por la que se conceden remedios individuales contra las prácticas comerciales desleales. ¿Un paso más hacia la estandarización del derecho privado de la Unión Europea?", *Revista de Derecho Civil*, vol. 8, núm. 4, 2021.

EMPARANZA, A., "Régimen jurídico de las prácticas comerciales con consumidores y usuarios", *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 7, 2010.

FONT GALÁN, J.I. y MIRANDA SERRANO, L.M., *Competencia desleal y antitrust. Sistema de ilícitos*, Ed. Marcial Pons, 2005.

FUENTESECA DEGENEFTE, C., *Prácticas comerciales desleales y validez del contrato. El último inciso del artículo 19.2 TRLGDCU*, Ed. J.M. Bosch, 2021.

GARCÍA PÉREZ, R., "La finalidad concurrencial como requisito de aplicación de la Ley de competencia desleal. Hacia una interpretación uniforme", *InDret*, núm. 4, 2025.

GARCÍA PÉREZ, R., "Unión Europea: Una cláusula contractual puede constituir una práctica comercial engañosa (Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012, C-453/10, *Perenicová, Perenic y SOS financ*)", *Actas de Derecho Industrial*, t. 32, 2011-2012.

GARCÍA PÉREZ, R., "Falseamiento de la libre competencia por actos desleales e infracción de normas que tienen por objeto la regulación de la actividad concurrencial", *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 11, 2012.

GARCÍA PÉREZ, R., "La reforma contra el Derecho de la competencia desleal: ¿hacia el Derecho de la lealtad?", en GÓMEZ SEGADE y GARCÍA VIDAL, (Dirs.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI. Estudios homenaje a Fernández-Nóvoa*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010.

GARCÍA PÉREZ, R., "Nuevo texto de la Ley de Competencia Desleal alemana (UWG). Traducción con anotaciones", *Actas de Derecho Industrial*, t. 29, 2008-2009.

GILIBERTI, L., "Il danno da pratica commerciale scorretta", en CENDON y PONCIBÓ, c., (Dirs.), *Il risarcimento del danno al consumatore*, Milano, Giuffrè, 2014.

GONZÁLEZ JIMÉNEZ, P.M., "La violación de normas antitrust como acto de competencia desleal (a propósito del art. 15.2 de la Ley de Competencia Desleal)", en MIRANDA SERRANO, L.M., y COSTAS COMESAÑA, J., *Derecho de la competencia: desafíos y cuestiones de actualidad*, Ed. Marcial Pons, 2018.

GONZÁLEZ JIMÉNEZ, P.M., "Aproximación a los requisitos constitutivos del ilícito de falseamiento de la libre competencia por actos desleales según recientes pronunciamientos de las autoridades antitrust", en TATO PLAZA, A., COSTAS COMESAÑA, J. *et alii*, *Nuevas tendencias del Derecho de la competencia y de la propiedad industrial*, Ed. Comares, 2017.

GONZÁLEZ PACANOWSCA, I., "Comentario del Título II: Condiciones generales y cláusulas abusivas", en Bercovitz, R. (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

HERRERA PETRUS, C., "Acciones frente a la competencia desleal", en Tato Plaza y otros (Dirs.), *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, 1ª ed., Ed. La Ley, Madrid, 2010.

HERRERO SUÁREZ, C., "Posibilidades jurídicas de actuación frente al *self-preferencing*. ¿Un escenario nuevo para un conflicto de intereses clásico?", en CARBAJO CASCÓN, F. y CURTO POLO, M. (Dirs.), *Derecho digital y mercado*, Ew. tirant lo blanch, Valencia, 2024.

HULMÁK, M., "The consequences of unfair terms in consumer contracts", *The Lawyer Quarterly*, vol. 12, n. 1, 2022.

KEIRSBILCK, B., "The interaction between consumer protection rules on unfair contract terms and unfair commercial practices: *Perenicová and Perenic*", *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013.

LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho* (traducida por Rodríguez Molinero), Ed. Ariel, Barcelona, 1994.

LEIÑENA MENDIZABAL, E. y IRACULIS ARREGUI, N., "La reforma del Derecho Español en materia de competencia desleal, protección de los consumidores y comercio minorista por la Ley 29/2009", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num.6, 2010.

LUZAK, J., "Unfair commercial practice ≠ unfair contract term ≠ void contract: The CJEU's judgment in the case C-453/10 (Pereničová and Perenič)", *Ars Aequi*, vol. 61/6, 2012.

MALDONADO MOLINA, F.J., "El marco legal de los sitios de reseñas y de las reseñas en línea de consumidores", *Revista Lex Mercatoria*, vol. 22. 2022.

MARIMÓN DURÁ, R., "La OPS como acto de competencia desleal. Fundamentación de una acción colectiva", en Marimón (Dir.), *La oferta pública de suscripción de acciones desde la perspectiva judicial: análisis de la OPS de Bankia de 2011*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

MARIMÓN DURÁ, R., — "Prácticas comerciales desleales con los consumidores", en García-Cruces (Dir.), *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 2014.

MARTÍN FABA, J.M., "El TJUE privilegia la transparencia en acciones colectivas. Comentario a la STJUE de 4 de julio de 2024 asunto C-450/22", *Revista CESCO de Derecho de consumo*, n. 51, 2024

MARTÍN-RETORTILLO, S., "Reflexiones sobre la huida del Derecho administrativo", *Revista de Administración Pública*, núm. 140, 1996

MASSAGUER FUENTES, J., "La reforma de la Ley de Competencia Desleal de 2021: una reforma menor, coyuntural y continuista del tratamiento de las prácticas comerciales con los consumidores", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 324, 2022.

MASSAGUER FUENTES, J., "Treinta años de la Ley de Competencia Desleal", en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 55, enero-abril de 2021.

MASSAGUER FUENTES, J., "Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 27, 2010.

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

MASSAGUER FUENTES, J., "Las prácticas comerciales engañosas en la Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 13, 2006.

MASSAGUER FUENTES, J., "La cláusula general de la prohibición de la competencia desleal", *Advocatus*, 7, 2002-II, p. 38; disponible para consulta (en línea) en <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/2375/2309>

MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la ley de competencia desleal*, Ed. Civitas, Madrid, 1999.

MATO PACÍN, M.N., *Aspectos jurídicos del diseño de las interfaces digitales. En especial, los patrones oscuros*, Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2024.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal*, Ed. Civitas, Madrid, 1988.

MIRANDA ANGUITA, A., "La noción de publicidad relevante a los efectos de la integración contractual prevista en el artículo 61 del Texto Refundido de Consumidores y en otras normas sectoriales afines", en MIRANDA SERRANO, L.M. y PAGADOR LÓPEZ, J. (Dirs.), *Cuestiones actuales de la contratación y la competencia empresarial ante la digitalización y la sostenibilidad*, Ed. Atelier, 2025.

MIRANDA ANGUITA, A., "Sobre la eficacia vinculante de los contenidos publicitarios en la contratación interempresarial y su conexión con el control de transparencia material", *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 35, 2024.

MIRANDA ANGUITA, A., "Declaraciones ambientales, competencia desleal y patrones en la jurisprudencia comparada: a propósito del blanqueo ecológico o *greenwashing*", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 16, núm. 1, 2024.

MIRANDA ANGUITA, A., "Principales novedades de las iniciativas regulatorias del greenwashing de carácter armonizador en la Unión Europea", en TATO PLAZA, A., COSTAS COMESAÑA, J. y otros (Dirs.) *Nuevas tendencias en el Derecho de la competencia y de la propiedad industrial en intelectual. IV*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 2024.

MIRANDA ANGUITA, A. "El principio de la integración publicitaria del contrato y la letra pequeña de la publicidad", *La Ley Mercantil*, núm. 83, 2021.

MIRANDA SERRANO, L.M., "Prácticas desleales en el transporte aéreo de pasajeros cometidas por plataformas digitales", *Revista Lex Mercatoria*, núm. 31, 2025.

MIRANDA SERRANO, L.M., "Prácticas desleales sobre reseñas online de bienes y servicios", *InDret*, núm. 2 de 2023.

MIRANDA SERRANO, L.M., "Consecuencias de la falta de transparencia material de las cláusulas no negociadas individualmente. A propósito de algunas experiencias en el sector financiero", *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, núm. 4, 2022.

MIRANDA SERRANO, L.M., "El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predisuestas en la contratación bancaria", *InDret*, núm. 2, 2018.

MIRANDA SERRANO, L.M.: "Cláusulas limitativas y sorprendentes en contratos de seguro: protección de las expectativas y el consentimiento de los asegurados", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 761, 2027.

MIRANDA SERRANO, L. y PAGADOR LÓPEZ, J., "Misleading and aggressive practices and the defects of transactional consent", publicado en Schulze y Perales Viscasillas (Dirs), *The formation of Contract. New features and developments in contracting*, Ed. Nomos, 2016.

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

NOMS HEREDIA, N., et alii, "Diálogos para el futuro judicial LXVIII. Abogacía y honorarios profesionales", *Diario La Ley*, núm. 10343, Sección Justicianext, 7 de Septiembre de 2018, disponible para consulta en <https://diariolaley-stg.externalnaw.es>

MAUGERI, M.R., "Violazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali", *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2009.

ORLANDO, S., "The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice", *European Review of Contract Law*, vol. 7, núm. 1, 2011.

ORTEGA REDONDO, A., "La modificación de la Ley de Competencia Desleal para adaptarla al Mercado Digital: el Real Decreto Ley 24/2021", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 58, 2022.

PEÑAS MOYANO, B., "La violación de normas concurrenciales y no concurrenciales como actos de competencia desleal", *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, num. 3, 2008.

PÉREZ BENÍTEZ, J. y GARCÍA-CHAMÓN, E. "La competencia desleal (II): Acciones y procedimiento. Falseamiento de la competencia por actos desleales", en Carbajo Cascón (Coord.), *Manual práctico de derecho de la competencia*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 2017.

RAMÍREZ BENAVENTE, M.D., "Protección de consumidores y usuarios frente a prácticas comerciales desleales en el mercado digital", *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 37, 2025.

RAMÍREZ BENAVENTE, M.D., "Sobre la necesidad de incorporar al Derecho español remedios negociales específicos frente a contratos derivados de prácticas desleales con consumidores", *La Ley Mercantil*, núm. 123, 2025.

RAMÍREZ BENAVENTE, M.D., "Utilidad de la STJUE C-450/22 para una protección más eficaz de los consumidores y usuarios frente prácticas desleales engañosas", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 53, 2025.

SEMINARA, A. P., "La tutela civilistica del consumatore di fronte alle pratiche commerciali scorrette", *I Contratti*, núm. 6, 2018.

SZCZEPAŃSKA, M., Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiejz dnia 2 lutego 2023 r., C-208/21, w sprawach nieuczciwych praktyk handlowych w zakresie

obowiązków informacyjnych w ubezpieczeniach na życie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym, zwanych „unit-linked”, *Prawo Asekuracyjne*, 2/2023.

TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. Y HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de competencia desleal*, Ed. La Ley, 2010.

TATO PLAZA, A., “Breves reflexiones sobre algunas tendencias en el actual Derecho contra la competencia desleal”, en *La Ley Mercantil*, núm. extraordinario 130 dedicado a “Una década de Derecho Mercantil: Diez años de Derecho Mercantil”, 2025.

TOBÍO RIVAS, A.M., “La actual regulación de la publicidad encubierta en España y la práctica publicitaria”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 237, 2000.

TOMILLO URBINA, J., *El arbitraje obligatoto*, Ed. Colex, La Coruña, 2025.

VELASCO SAN PEDRO, L., “La buena fe como criterio de delimitación de la competencia desleal en el Derecho español”, en la dirección: PDF (UVADOC.UVA.ES), así como en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 36, 2025.

WHITTAKER, S., “The relationship of the Unfair Commercial Practices Directive to European and national contract Laws», en Weatherill y Berniz (Dirs.), *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29. New rules and new techniques*, Hart, Oxford, 2007.

ZORGI GALGANO, N., *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, Ed. CEDAM, Padova, 2012.