

**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?

Francisco de Elizalde Ibarbia

Profesor de Derecho civil
IE Universidad

TITLE: *Directive 2019/2161 on modernisation of consumer law that enshrines individual remedies against unfair commercial practices. A step further towards the standardisation of EU private law?*

RESUMEN: La Directiva (UE) 2019/2161 reforma la Directiva 2005/29/CE, sobre prácticas comerciales desleales (DPCD), e introduce un nuevo art. 11bis por el que se conceden a los consumidores afectados los remedios de indemnización de daños y perjuicios, reducción del precio y resolución del contrato. La regulación de estos remedios se difiere a los Estados miembros, que han de cumplir con los principios de equivalencia y efectividad del Derecho europeo. La armonización de las acciones que se conceden a los consumidores puede conllevar efectos sustanciales para los Derechos internos debido a las peculiaridades de la DPCD. En especial, el uso del estándar jurídico del «consumidor medio» como parámetro de deslealtad de una práctica comercial. A diferencia del Derecho privado tradicional, la DPCD recurre a un criterio abstracto de imputación. La importancia de la reforma se constata al enlazar las características de la DPCD con la noción objetiva de consumidor que emana del Derecho europeo y que ignora circunstancias personales de las partes. Todo ello demarca los límites que los legisladores de los Estados miembros han de respetar al transponer la Directiva (UE) 2019/2161 a los Derechos nacionales y sirve de parámetro para medir la corrección de la transposición que, en España, llevó a cabo el Real Decreto-ley 24/2021.

ABSTRACT: *Directive (EU) 2019/2161 amends Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices (UCPD) and introduces a new Article 11a granting affected consumers the remedies of damages, price reduction and termination of the contract. The regulation of these remedies is deferred to the Member States, which must comply with the principles of equivalence and effectiveness of European law. The harmonisation of the remedies granted to consumers may have substantial effects for national laws due to the peculiarities of the UCPD. In particular, the use of the legal standard of the «average consumer» as a benchmark for unfairness of a commercial practice. Unlike traditional private law, the UCPD uses an abstract criterion to determine a breach. The importance of the reform can be seen by linking the characteristics of the UCPD with the objective notion of consumer from European law, which ignores the personal circumstances of the parties. All of this sets the limits that the legislators of the Member States must respect when transposing Directive (EU) 2019/2161 into national law. It also serves a parameter to assess the transposition of the Directive into Spanish law, a task that the Royal Decree-law 24/2021 undertook.*

PALABRAS CLAVE: Directiva (UE) 2019/2161; Directiva 2005/29/CE; Real Decreto-ley 24/2021; art. 20 bis TRLGDCU; prácticas comerciales desleales; remedios; indemnización de daños y perjuicios; reducción del precio; resolución del contrato; consumidor; consumidor medio; estandarización.

KEY WORDS: *Directive (EU) 2019/2161; Directive 2005/29/EC; unfair commercial practices; remedies; damages; reduction of price; termination; consumer; average consumer; standardization.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. UNA APROXIMACIÓN A LA DIRECTIVA 2005/29/CE, SOBRE PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES. 3. LA DPCD Y EL DERECHO DE CONTRATOS. 3.1. *La situación hasta la Directiva de modernización*. 3.2. *La introducción de remedios individuales contra las prácticas comerciales desleales en la Directiva de modernización*. 4. EL CONSUMIDOR MEDIO COMO CRITERIO DEFINIDOR DE UNA PRÁCTICA COMERCIAL DESLEAL. SU INFLUENCIA EN EL SISTEMA DE REMEDIOS. 4.1. *El consumidor medio en la definición de la deslealtad y en la determinación de la causalidad. Novedades para la tutela privada*. 4.2. *La definición y el alcance del consumidor medio en la DPCD y en el Derecho europeo*. 4.2.1. El consumidor medio en la DPCD: antecedentes y justificación. 4.2.2. La lógica de la posición contractual y la noción de consumidor en el Derecho europeo. a. La lógica de la «posición contractual». b. La noción de consumidor en el Derecho europeo: objetiva y funcional. 4.3. *¿Pueden los Estados miembros individualizar la causalidad en los remedios de la DPCD?* 4.4. *La transposición de la Directiva de modernización en España*. 5. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El 11 de abril de 2018 la Comisión Europea publicó tres importantes iniciativas para el Derecho de consumo. La primera de ellas fue la Comunicación «Un nuevo marco para los consumidores» (en adelante, «Nuevo marco»)¹ en la cual se delineó el enfoque que adoptaría la Comisión respecto del desarrollo del acervo comunitario en materia de consumo. El Nuevo marco tuvo en consideración el informe sobre el «Control de adecuación» de la normativa de consumo que la Comisión llevó a cabo en 2017² respecto de los siguientes instrumentos legislativos: la Directiva de prácticas comerciales desleales (DPCD),³ la Directiva de cláusulas abusivas (DCA),⁴ la Directiva sobre indicación de los precios de los productos de consumo,⁵ la Directiva de compraventa de consumo,⁶ la Directiva sobre acciones de cesación⁷ y la Directiva sobre

¹ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, «Un nuevo marco para los consumidores», 11.04.2018, COM(2018) 183 final.

² CIVIC CONSULTING para la Comisión Europea, «Study for the Fitness Check of EU Consumer and Marketing Law» (2017), Parte I, ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=59332. Existe un resumen ejecutivo de la Comisión de 23.05.2017 (SWD [2017] 208 final).

³ 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) 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, [2005] DOUE L149/22.

⁴ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, [1993] DOCE L95/29.

⁵ Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores, [1998] DOCE L80/27.

⁶ Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, [1999] DOCE L171/12.

publicidad engañosa y publicidad comparativa.⁸ El Nuevo marco también tuvo en cuenta la evaluación⁹ de la Directiva sobre derechos de los consumidores (DDC).¹⁰

Una de las conclusiones principales del Control de adecuación fue que el Derecho europeo de consumo requería una mejora en su aplicación.¹¹ A tal efecto, el informe sugirió una revisión de la tutela pública del Derecho de consumo mediante la imposición de sanciones y, para el caso de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales, se indicó la posibilidad de conceder acciones individuales al consumidor perjudicado y se señalaron sus riesgos.¹² Asimismo, el Control de adecuación puso de manifiesto la necesidad de revisar la Directiva sobre acciones de cesación para mejorar la protección de los intereses colectivos de los consumidores.¹³

El Nuevo marco recogió esas sugerencias y, junto con otros aspectos, las plasmó en dos propuestas de directiva que la Comisión publicó el mismo día 11 de abril de 2018: una de ellas sobre acciones representativas para la protección de los intereses colectivos de los consumidores¹⁴ y la otra sobre mejora en la aplicación y modernización del Derecho de consumo.¹⁵ Tras el proceso legislativo oportuno, las dos propuestas se convirtieron en instrumentos vinculantes.

⁷ Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, [2009] DOUE L110/30.

⁸ Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, [2006] DOUE L376/21.

⁹ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores, 23.05.2017, COM(2017)259; Documento de trabajo de los servicios de la Comisión sobre la evaluación de la Directiva sobre los derechos de los consumidores, 23.05.2017, SWD(2017)169.

¹⁰ Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, [2011] DOUE L304/64.

¹¹ Civic Consulting para la Comisión Europea, «Study for the Fitness Check...», I, *op. cit.*, p. 251.

¹² *Ibid.*, p. 270.

¹³ *Ibid.*, pp. 267 y 285-89.

¹⁴ COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, 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, 11.04.2018, COM(2018) 184 final.

¹⁵ COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, la Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la UE, 11.04.2018, COM(2018) 185 final.

De este modo, en el mes de noviembre de 2019 se adoptó la Directiva (UE) 2019/2161, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores (en adelante, la Directiva de modernización, también conocida como «Directiva ómnibus»)¹⁶ que, según ordena su art. 7, debía transponerse antes del 28 de noviembre de 2021 y ser aplicable a partir del 28 de mayo de 2022. Un año después, se adoptó la Directiva (UE) 2020/1828 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores (en adelante, la Directiva de acciones colectivas),¹⁷ que los Estados miembros deben transponer antes del 25 de diciembre de 2022 y aplicar a partir del 25 de junio de 2023.¹⁸

Ambas directivas son revulsivas para la aplicación pública y privada, individual y colectiva, del Derecho europeo de consumo.

La Directiva de acciones colectivas introduce un régimen armonizado de protección colectiva de los consumidores que incluye medidas de cesación y resarcitorias. En la justificación de este nuevo régimen, el Nuevo marco mencionó supuestos litigiosos notorios como el «*Dieseltgate*» (derivado de la instalación de un software que alteraba los resultados de los controles de contaminación de vehículos Volkswagen) y la muy española litigación de cláusulas abusivas en contratos bancarios.¹⁹ En los dos casos, se trataba de situaciones que involucraban a numerosos consumidores afectados por supuestos idénticos o similares, para los cuales, entiende la Comisión, las acciones colectivas mejorarían la tutela del consumidor.

Por su parte, la Directiva de modernización refuerza la aplicación pública del Derecho de consumo con la introducción de sanciones administrativas por la infracción de las siguientes directivas: la Directiva sobre cláusulas abusivas (art. 8 ter), la Directiva sobre indicación de los precios de los productos de consumo (Dir. 98/6, art. 8), la Directiva de prácticas comerciales desleales (DPDC, art. 13) y la Directiva sobre los derechos de los consumidores (art. 24).²⁰

¹⁶ 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, [2019] DOUE L328/7.

¹⁷ 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, [2020] DOUE L409/1.

¹⁸ Art. 24 de la Dir. 2020/1828.

¹⁹ Nuevo marco, 1.1.

²⁰ Dir. 2019/2161, arts. 1-4.

Además, «moderniza» el Derecho de consumo al adaptar al entorno digital, en consonancia con las Directivas sobre compraventa de consumo²¹ y sobre suministro de contenidos y servicios digitales,²² adoptadas también en 2019. Así, por ejemplo, en la definición de «producto» se incluyen los servicios y el contenido digital (art. 2.c), se regula la clasificación de ofertas en mercados digitales (arts. 2.m, 2.n, 7.4bis y 7.6) y se exigen nuevos deberes de información para la contratación en línea (art. 6 bis).

Por otra parte, la Directiva de modernización armoniza a nivel europeo la tutela privada contra las prácticas comerciales desleales al ofrecer remedios individuales para el consumidor. En concreto, se añade el art. 11 bis a la DPCD, por el cual se reconocen los remedios de indemnización de daños y perjuicios, reducción del precio y resolución del contrato.

La DPCD, cuyas disposiciones, en España, se incorporaron principalmente a la Ley de Competencia Desleal (LDC),²³ había dejado sin armonizar la tutela individual contra las prácticas comerciales desleales. No obstante, se exigió que los Estados miembros concedieran remedios adecuados y eficaces para combatirlas.²⁴ Esta regla se encuentra en consonancia con el principio de autonomía procesal, según el cual corresponde a la Unión establecer el contenido y alcance de los derechos sustantivos y a los Estados miembros, definir los remedios, sujeto a los principios de equivalencia, efectividad y proporcionalidad.²⁵ Al transponer la DPCD a sus Derechos internos, la mayoría de los Estados miembros optó por la tutela pública como remedio, mediante la aplicación de sanciones administrativas. Otros países, como Polonia, el Reino Unido o Bélgica,

²¹ Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE, y se deroga la Directiva 1999/44/CE, [2019] DOUE L136/28.

²² Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, [2019] DOUE L136/1.

²³ Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal (BOE núm. 10 de 11.01.1991). La DPCD se traspuso al Derecho español por 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).

²⁴ Dir. 2005/29, art. 11.1.

²⁵ CAFAGGI, F. y IAMICELI, P., «The Principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness in the Enforcement of EU Consumer Law: The Impact of a Triad on the Choice of Civil Remedies and Administrative Sanctions», *European Review of Private Law* (2017), p. 577.

concedieron acciones individuales a los consumidores perjudicados,²⁶ aparentemente, con escasa aplicación en la práctica.²⁷

Con esos antecedentes, la Directiva de acciones colectivas y la de modernización persiguen una mejora en la aplicación privada del Derecho de consumo europeo. La Directiva de modernización armoniza los remedios a nivel europeo, asegurando acciones de Derecho privado en todos los Estados miembros. Por su parte, la Directiva de acciones colectivas vencería la apatía racional de los consumidores, habitualmente carentes de incentivos para reclamar individualmente deudas de escasa cuantía.

La concesión de remedios individuales por la ocurrencia de prácticas comerciales desleales podría transformar de modo significativo el Derecho privado clásico. Las prácticas comerciales desleales incluyen la información engañosa o que induce a error,²⁸ las omisiones engañosas, consistentes en la omisión de información sustancial²⁹ y, entre otras, las prácticas agresivas, mediante acoso o coacción, incluyendo el uso de la fuerza y la influencia indebida.³⁰ Todas ellas, en la medida en que afectan o pueden afectar una decisión transaccional del consumidor medio.³¹

La influencia de esas conductas en la vida del contrato es notoria y plantea cuestiones de compatibilidad con los remedios individuales del Derecho nacional. Al respecto, ¿cómo convivirán los remedios que concede la Directiva de modernización con las acciones por vicios del consentimiento? Por ejemplo, las conductas que subyacen en el dolo pueden coincidir con las prácticas comerciales de información engañosa y de omisión engañosa. ¿Cómo afectarán estos nuevos remedios a las acciones contractuales? ¿Qué importancia reviste, para dichos remedios, la referencia que la DPCD hace al «consumidor medio», como parámetro para medir la deslealtad de una conducta? Cabe recordar que las acciones contractuales tradicionales se ciñen a las partes del contrato. La eficacia horizontal de la tutela contra las prácticas comerciales desleales amplifica la relevancia de la cuestión.

Este artículo persigue, precisamente, delinear los remedios individuales que reconoce la Directiva de modernización contra las prácticas comerciales desleales y analizar el

²⁶ CIVIC CONSULTING para la Comisión Europea, «Study for the Fitness Check of EU Consumer and Marketing Law» (2017), Parte III, pp. 75, 901-2 y 1226-30.

²⁷ Ibid., p. 75 (para Bélgica).

²⁸ Dir. 2005/29, art. 6.1.

²⁹ Dir. 2005/29, art. 7.1.

³⁰ Dir. 2005/29, art. 8.1.

³¹ Dir. 2005/29, arts. 6.1, 7.1 y 8.1.

efecto que conllevan para el Derecho interno. La justificación constitucional del Derecho privado europeo, el carácter de norma reguladora del mercado de la DPCD y la evolución jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) podrían determinar una diferencia insoslayable entre los remedios contractuales tradicionales y los nuevos que garantiza la Directiva de modernización. De ser así, constituiría un factor que los legisladores nacionales deberían considerar para transponer debidamente la Directiva de modernización a los Derechos internos.

El trabajo se estructura de la siguiente manera. En primer lugar, se presentan someramente las prácticas comerciales desleales y el funcionamiento intrínseco de la DPCD. Luego, se estudia la relación entre la DPCD y el Derecho de contratos hasta y tras la Directiva de modernización. A continuación, se analiza el «consumidor medio» como criterio definidor de una práctica comercial desleal y su influencia en el sistema de remedios individuales. Este estándar jurídico se enmarca en la justificación constitucional de la DPCD, en la noción de consumidor según la interpretación del TJUE, y en la autonomía procesal de los Estados miembros para definir el alcance de los remedios individuales de la DPCD. Con esas premisas se analiza la transposición de la Directiva de modernización en España. El artículo termina con unas conclusiones.

2. UNA APROXIMACIÓN A LA DIRECTIVA 2005/29/CE, SOBRE PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES

La Directiva sobre Prácticas Comerciales Desleales es un instrumento importante del acervo comunitario en materia de consumo. Al igual que la Directiva sobre cláusulas abusivas y la Directiva sobre los derechos de los consumidores, la DPCD regula las relaciones entre empresarios y consumidores de forma transversal, a través de distintos sectores de actividad.³² Desde un punto de vista subjetivo, la DPCD aplica a las prácticas comerciales de un empresario o profesional en sus relaciones con un consumidor (relaciones «*business-to-consumer*» o B2C).

El ámbito de aplicación objetivo de la DPCD es amplio ya que abarca «todo acto, omisión, conducta o manifestación, 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».³³

³² Dir. 2005/29, art. 3.1.

³³ Dir. 2005/29, art. 2.d.

Por su parte, la noción de producto también es extensa ya que comprende «cualquier bien o servicio, incluido los bienes inmuebles, así como los derechos y obligaciones».³⁴ La Directiva de modernización extiende el concepto de producto todavía más para incluir los servicios y contenidos digitales.³⁵

El TJUE, intérprete final de la normativa europea, ha confirmado este significado amplio, al entender que la DPCD aplica a todas las prácticas comerciales que distorsionan o pueden afectar el comportamiento económico de los consumidores.³⁶ Las prácticas comerciales pueden acaecer «antes, durante y después de una transacción comercial».³⁷ En términos del Derecho de contratos se podría traducir en una aplicación de la DPCD en la fase precontractual, durante la formación y ejecución de un contrato y en la fase postcontractual.³⁸ La DPCD también aplica a situaciones no contractuales.

La evaluación de la deslealtad de una práctica comercial debe seguir un orden jerárquico de tres niveles.³⁹ El primer paso consiste en comprobar si la práctica comercial está incluida en el listado de aquellas que se consideran desleales en cualquier circunstancia. Es una «lista negra» de prácticas que la DPCD detalla en su Anexo I, comprendiendo originalmente 31 prácticas prohibidas. Entre ellas, que el comerciante afirme incorrectamente ser signatario de un código de conducta,⁴⁰ exhibir un sello de calidad sin haber obtenido la necesaria autorización,⁴¹ realizar una invitación a comprar productos a un precio para luego negarse a aceptar pedidos⁴² o, entre otras, proclamar falsamente que un producto puede curar enfermedades.⁴³

La Directiva de modernización amplía el listado a 35 prácticas, adaptándolo al entorno digital. En este sentido, se regulan las reseñas de usuarios de productos o servicios en

³⁴ Dir. 2005/29, art. 2.c.

³⁵ Dir. 2019/2161, art. 3.1., que reforma el art. 2.c. de la Dir. 2005/29.

³⁶ STJUE 19.12.2013, Asunto C-281/12, *Trento Sviluppo srl y Centrale Adriatica Soc. coop. arl. vs. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, ECLI:EU:C:2013:859, § 32.

³⁷ Dir. 2005/29, art. 3.1.

³⁸ WHITTAKER, S., «The Relationship of the Unfair Commercial Practices Directive to European and National Contract Laws», en S. WEATHERILL y U. BERNIZ (dirs.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques*, Hart, Oxford, 2007, p. 155.

³⁹ DUROVIC, M., *European Law on Unfair Commercial Practices and Contract Law*, Hart, Oxford, 2016, p. 12.

⁴⁰ Dir. 2005/29, Anexo I, 1.

⁴¹ Dir. 2005/29, Anexo I, 2.

⁴² Dir. 2005/29, Anexo I, 6.b.

⁴³ Dir. 2005/29, Anexo I, 17.

internet, prohibiéndose la manipulación⁴⁴ e, incluso, sancionándose la falta de diligencia en afirmar, sin comprobarlo, que las reseñas de un producto han sido añadidas por consumidores que lo han utilizado.⁴⁵ Además, se regula la clasificación de resultados de un buscador en línea, prohibiendo ocultar las remuneraciones recibidas para que un producto clasifique mejor.⁴⁶ Por otra parte, se reprime la reventa de entradas para espectáculos que hayan sido adquiridas utilizando medios automatizados para sortear los límites de compra por persona.⁴⁷

Si una práctica no se halla prohibida en el listado del Anexo I de la DPCD, su deslealtad debe comprobarse en virtud de una de las tres cláusulas especiales sobre acciones engañosas, omisiones engañosas y prácticas agresivas (arts. 6, 7, 8 y 9 de la DPCD).⁴⁸ En estos supuestos, la práctica comercial sería desleal si provoca o puede provocar que un «consumidor medio» tome una «decisión sobre una transacción» (definida en el art. 2.k de la DPCD) que no habría tomado de otro modo.⁴⁹

Una práctica comercial es una «acción engañosa» (art. 6 DPCD) si contiene información falsa o, siendo correcta, induce o puede inducir a error al consumidor medio sobre ciertas características del producto y derechos del consumidor, que se detallan en el art. 6.1 DPCD, incisos a-g, incluyendo la existencia y características principales del producto, su precio y el alcance de los compromisos del comerciante. En cualquiera de los casos, para que la práctica comercial sea engañosa ha de influir en ese consumidor medio, haciéndole o pudiendo hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera adoptado.⁵⁰

La «omisión engañosa» es la segunda de las cláusulas especiales de prácticas comerciales desleales (art. 7 DPCD). Consiste en la omisión de información sustancial que necesite el consumidor medio para tomar una decisión sobre una transacción. Al igual que para las acciones engañosas, la deslealtad de la práctica exige que, por ella, el consumidor medio tome o pueda tomar una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera adoptado.⁵¹

⁴⁴ Dir. 2019/2161, art. 3.7.b, que añade el inciso 23 quater al Anexo I de la Dir. 2005/29.

⁴⁵ Dir. 2019/2161, art. 3.7.b, que añade el inciso 23 ter al Anexo I de la Dir. 2005/29.

⁴⁶ Dir. 2019/2161, art. 3.7.a, que añade el inciso 11 bis al Anexo I de la Dir. 2005/29.

⁴⁷ Dir. 2019/2161, art. 3.7.b, que añade el inciso 23 bis al Anexo I de la Dir. 2005/29.

⁴⁸ Sobre la autonomía de esas «cláusulas especiales» respecto de la cláusula general del art. 5 DPCD, vid. STJUE 16.04.2015, Asunto C-388/13, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság vs. UPC Magyarország kft*, ECLI:EU:C:2014:225, § 63.

⁴⁹ STJUE 19.12.2013, *Trento Sviluppo*, § 36.

⁵⁰ Dir. 2005/29, art. 6.1.

⁵¹ Dir. 2005/29, art. 7.1.

La tercera de las cláusulas especiales de deslealtad (art. 8 DPCD) regula las «prácticas comerciales agresivas», entendidas como aquellas que mermen o puedan mermar de forma importante, mediante el acoso o la coacción (incluyendo la fuerza y la influencia indebida) la libertad de elección o conducta del consumidor medio. Al igual que las dos cláusulas especiales anteriores, para que la práctica se califique de desleal debe hacer o ser susceptible de hacer tomar al consumidor medio una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera adoptado.⁵² El art. 9 DPCD establece algunos factores a tener en cuenta para determinar la existencia de una práctica comercial agresiva, como el momento y el lugar en el que se produce, el lenguaje utilizado, o la explotación de circunstancias.

Por último, si la práctica supera los dos primeros filtros (el listado de cláusulas prohibidas y las tres cláusulas especiales de deslealtad), aún puede resultar desleal en aplicación de la cláusula general del art. 5 DPCD. En su virtud, una práctica comercial se considera desleal si:

«(a) es contraria a los requisitos de la diligencia profesional y (b) distorsiona o puede distorsionar de manera sustancial, con respecto al producto de que se trate, el comportamiento económico del consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica, o del miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores».

La cláusula general del art. 5 DPCD tiene en cuenta a los consumidores vulnerables por dolencia física, trastorno mental, edad o credulidad. Respecto de ellos, la deslealtad de una práctica comercial ha de compararse con el consumidor medio de ese grupo.⁵³

3. LA DPCD Y EL DERECHO DE CONTRATOS

3.1. *La situación hasta la Directiva de modernización*

La DPCD exigió a los Estados miembros que velaran por la existencia de medios adecuados y eficaces para luchar contra las prácticas comerciales desleales.⁵⁴ La definición de esos medios se difirió, con carácter general, a los Derechos nacionales.

⁵² Dir. 2005/29, art. 8.1.

⁵³ Dir. 2005/29, art. 5.3.

⁵⁴ Dir. 2005/29, art. 11.1.

Además, se impuso la obligación de reconocer una acción de cesación de la práctica desleal, que incluyera la orden de abstenerse y la prohibición de una práctica de ejecución inminente.⁵⁵ Como presupuesto de la acción de cesación se exigió que se valorasen los intereses en juego y, en especial, el interés general. Cumplidos estos, la acción debía prosperar incluso en ausencia de perjuicio y sin necesidad de acreditar negligencia o intención del empresario. Por otra parte, los Estados miembros podían incluir, como remedios, la publicación de la resolución de cesación y la publicación de comunicados rectificativos.⁵⁶

La DPCD también contempló la imposición de sanciones administrativas, cuya regulación se difirió originalmente a los Estados miembros.⁵⁷

En relación con la tutela privada individual, el art. 3.2 DPCD separó las prácticas comerciales desleales del Derecho de contratos, afirmando que: «la presente Directiva 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».

Razones concurrentes podrían explicar esta disposición que, aunque razonable desde la perspectiva del Derecho privado tradicional, se aleja de una doble aplicación (privada y pública), que no es infrecuente en el acervo comunitario en materia de consumo.⁵⁸ Destaca WHITTAKER el impacto que tuvo, en esa decisión legislativa, el debate sobre la armonización del Derecho contractual europeo que, con el respaldo de la Comisión Europea,⁵⁹ se encontraba en auge al tiempo de adoptarse la DPCD.⁶⁰ La separación de las prácticas comerciales desleales de sus efectos sobre el contrato habría tenido por fin evitar entorpecer los trabajos de armonización del Derecho contractual en Europa.

⁵⁵ Dir. 2005/29, art. 11.2. Vid. MASSAGUER, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*, Thomson Civitas, Madrid, 2006, p. 142.

⁵⁶ Dir. 2005/29, art. 11.2.

⁵⁷ Dir. 2005/29, art. 13. La Directiva de modernización avanza en el detalle de dichas sanciones, restringiendo la autonomía procesal de los Estados miembros. Vid. Dir. 2019/2161, art. 3.6, por el que se da nueva redacción al art. 13 Dir. 2005/29.

⁵⁸ Vid. WHITTAKER, «The Relationship...», *op. cit.*, pp. 140-141, que usa como ejemplo, entre otras, la Directiva sobre cláusulas abusivas (93/13).

⁵⁹ Hubo tres Comunicaciones de la Comisión Europea al Consejo y al Parlamento que fueron contemporáneas al proceso legislativo de la DPCD. Me refiero a las siguientes: (i) «sobre Derecho contractual europeo» (COM [2001] 398 final), (ii) «Un derecho contractual europeo más coherente - Plan de acción» (COM [2003] 68 final) y (iii) «Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro» (COM [2004] 651 final).

⁶⁰ WHITTAKER, «The Relationship...», *op. cit.*, pp. 141-144.

Sin embargo, como también señala WHITTAKER, la aplicación de la DPCD «*sin perjuicio*» del Derecho de contratos no podía conllevar que la separación de ambos mundos fuera radical.⁶¹ Las prácticas comerciales desleales pueden impactar la vida del contrato y, por ello, conllevar efectos sobre los remedios contractuales de Derecho nacional, así como aquellos previstos en la legislación europea.⁶² Ello con independencia de la convivencia con una tutela pública del Derecho de consumo.

En efecto, las tres cláusulas especiales de la DPCD (acciones engañosas, omisiones engañosas y prácticas comerciales agresivas), requieren que la práctica afecte o pueda afectar una «decisión sobre una transacción» del consumidor medio. La DPCD define la «decisión sobre una transacción» como «cualquier decisión tomada por un consumidor sobre si, cómo y en qué condiciones comprar, pagar total o parcialmente, conservar o disponer de un producto o ejercer un derecho contractual en relación con el producto, tanto si el consumidor decide actuar como abstenerse de hacerlo».⁶³

Así entendida, una «decisión sobre una transacción» puede concernir la vida del contrato desde su formación («cómo y en qué condiciones comprar»; «disponer de un producto») hasta su cumplimiento («pagar total o parcialmente (...) un producto o ejercer un derecho contractual en relación con el producto»). En este sentido, el TJUE en *Trento Sviluppo* entendió que la noción de «decisión sobre una transacción» comprende, entre otras, «toda decisión relacionada directamente con la de adquirir o no un producto».⁶⁴

No sorprende, por consiguiente, que los supuestos fácticos que subyacen a las prácticas comerciales desleales puedan coincidir con aquellos que dan lugar a los remedios precontractuales y contractuales de Derecho nacional. En este sentido, la comunicación de información incorrecta o que, siendo correcta, induce a error es una práctica comercial desleal de acción engañosa (art. 6 DPCD) pero también constituye un supuesto habitual de vicio del consentimiento que da lugar a la acción de anulación por error o por dolo (arts. 1266 y 1269 CC). Lo mismo puede predicarse de la práctica comercial de omisión engañosa por no comunicar información sustancial (art. 7 DPCD). De modo semejante, las prácticas comerciales agresivas, que restringen la libertad de

⁶¹ Ibid., p. 145.

⁶² DUROVIC, M., «The Subtle Europeanization of Contract Law. The Case of Directive 2005/29 EC on Unfair Commercial Practices», *European Review of Private Law* (2015), p. 716.

⁶³ Dir. 2005/29, art. 2.k.

⁶⁴ STJUE 19.12.2013, *Trento Sviluppo*, § 38.

elección mediante el acoso o la coacción, pueden solaparse (aunque no en todos los casos) con los vicios de violencia e intimidación (art. 1267 CC).⁶⁵

Por otra parte, una práctica comercial desleal es susceptible de generar una responsabilidad precontractual incluso si no llegara a celebrarse un contrato. Entre muchos supuestos posibles, esto ocurriría cuando mediante información engañosa se atrajera a un consumidor que, por ella, abandonara una mejor posición contractual con otro empresario (en un contrato de suministro, por ejemplo) y, aunque no suscribiera el segundo contrato, sufriría por ese motivo un daño. Asimismo, una práctica comercial desleal podría originar una responsabilidad contractual cuando, por ejemplo, se denegara el pago de la indemnización debida en un contrato de seguro mediante el requerimiento injustificado de documentación.⁶⁶

Por tanto, la aplicación de la DPCD «*sin perjuicio*» del Derecho contractual nacional⁶⁷ 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.⁶⁸ Algunos Estados miembros así lo hicieron, reconduciendo expresamente las consecuencias de las prácticas comerciales desleales sobre las relaciones privadas a los remedios contractuales tradicionales.⁶⁹ En otros, como España, la aplicación de dichos remedios contractuales clásicos se dio por supuesto.⁷⁰ 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,⁷¹ no parecen especialmente diseñadas para la tutela individual del consumidor.⁷² En un tercer bloque, algunos Estados miembros como Polonia, el Reino Unido (entonces

⁶⁵ Vid. WHITTAKER, «The relationship...», *op. cit.*, p. 152. DUROVIC, «The Subtle...», *op. cit.*, p. 743.

⁶⁶ Dir. 2005/29, Anexo I, 27.

⁶⁷ Dir. 2005/29, art. 3.2.

⁶⁸ WHITTAKER, S., «Consumer contracts», en H. BEALE (dir.), *Chitty on Contracts*, II, Sweet & Maxwell, Londres, 2015, § 38-148.

⁶⁹ CIVIC CONSULTING para la Comisión Europea, «Study for the Fitness Check...», I, *op. cit.*, pp. 212-213.

⁷⁰ Vid. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Información precontractual obligatoria, error, prácticas comerciales desleales», en Á. CARRASCO PERERA (dir.), *Tratado de la compraventa: homenaje a Rodrigo Bercovitz*, I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 386-387.

⁷¹ Art. 33.1 LCD. CERVERA MARTÍNEZ, M., «Acciones y legitimación ante un acto de competencia desleal. Prescripción», en J. A. GARCÍA CRUCES, *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, II, Tirant, Valencia, 2014, pp. 1890-1891.

⁷² CARRASCO PERERA, Á., «Un mapa de situación: Directivas de cláusulas abusivas, de prácticas desleales y de "derechos" de los consumidores», *Revista Cesco de Derecho de consumo* (2012), 1, p. 88.

parte de la UE) y Bélgica, crearon remedios contractuales novedosos como tutela contra las prácticas comerciales desleales de la DPCD.⁷³

La influencia de la DPCD en el Derecho de contratos se dio, también, por su interacción con otras normas del acervo comunitario de consumo.

En este sentido, la DPCD interactúa con la Directiva sobre cláusulas abusivas cuando una práctica comercial desleal afecta a una cláusula del contrato inserta en unas condiciones generales de la contratación. Por ejemplo, cuando se indica una T.A.E. (tasa anual equivalente) inferior a la real en un contrato de préstamo, lo cual constituye una práctica comercial desleal de información engañosa.⁷⁴ Al respecto, el TJUE determinó en el caso *Pereničová* que el juez nacional ha de tener en cuenta la existencia de una práctica comercial desleal al apreciar la abusividad de una cláusula, sin que la deslealtad de la práctica suponga, automáticamente, la abusividad de la cláusula afectada.⁷⁵

Además, la DPCD interactúa con la Directiva sobre compraventa de consumo ya que, por ejemplo, una información precontractual engañosa⁷⁶ puede suponer una falta de conformidad debido a la inexactitud de la declaración pública del vendedor, que habilita remedios contractuales.⁷⁷ La DPCD enlaza con la Directiva de viajes combinados dado que una omisión engañosa⁷⁸ puede hacer vinculante la realidad representada.⁷⁹ La DPCD se relaciona, también, con la Directiva sobre los derechos de los consumidores, entre otros extremos, respecto de los suministros de bienes no solicitados, que la DPCD prohíbe⁸⁰ y la DDC sanciona al establecer que, en ese supuesto, el consumidor no es deudor de contraprestación alguna.⁸¹

Por consiguiente, la falta de armonización en la DPCD de los remedios contractuales derivados de una práctica comercial desleal no supuso ignorar sus efectos sobre el

⁷³ CIVIC CONSULTING para la Comisión Europea, «Study for the Fitness Check... », III, *op. cit.*, pp. 75, 901-2 y 1226-30.

⁷⁴ Dir. 2005/29, art. 6.1.

⁷⁵ STJUE 15.03.2012, Asunto C-453/10, *Jana Pereničová and Vladislav Perenič y SOS financ spol. s.r.o.* ECLI:EU:C:2012:144, § 43.

⁷⁶ Dir. 2005/29, art. 6.

⁷⁷ Dir. 1999/44, art. 2.2.d y Dir. 2019/771, art. 7.1.d. Vid. también el art. 6.1.g Dir. 2005/29.

⁷⁸ Dir. 2005/29, art. 7.

⁷⁹ Art. 6.2 de la Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, por la que se modifican el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE del Consejo, [2015] DOUE L326/1.

⁸⁰ Dir. 2005/29, Anexo I, inciso 29.

⁸¹ Dir. 2011/83, art. 27.

contrato, sino que aquellos quedaron sujetos a la autonomía procesal de los Estados miembros. Esto sin perjuicio de las acciones previstas en otras normativas europeas de consumo que priman en caso de conflicto, por el principio de especialidad que recoge el art. 3.4 DPCD.

3.2. La introducción de remedios individuales contra las prácticas comerciales desleales en la Directiva de modernización

La Directiva de modernización actualiza la tutela pública y privada contra las prácticas comerciales desleales, reformando la DPCD.

En relación con la tutela pública, la Directiva de modernización añade detalle a la regulación de las sanciones administrativas de la DPCD, armonizando aspectos que anteriormente se diferían a los Estados miembros.⁸²

Para la tutela privada contra las prácticas comerciales desleales, la Directiva de modernización resulta innovadora ya que armoniza ciertos remedios individuales, sin eliminar aquellas acciones que pudieran existir en los Derechos nacional o europeo. Al respecto, se introduce un nuevo art. 11 bis a la DPCD, del siguiente tenor literal:

«Reparación

1. Los 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. Los Estados miembros podrán establecer las condiciones de la aplicación y los efectos de dichas medidas correctoras. Los Estados miembros podrán tener en cuenta, cuando proceda, la gravedad y la naturaleza de la práctica comercial desleal, los daños y perjuicios sufridos por el consumidor y otras circunstancias pertinentes.

2. Dichas medidas correctoras se entenderán sin perjuicio de la aplicación de otras medidas correctoras de que dispongan los consumidores en virtud del Derecho de la Unión o nacional».⁸³

Por consiguiente, en virtud de la Directiva de modernización, los consumidores habrán de contar con un remedio individual de resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de una práctica comercial desleal. Además, «cuando proceda», se concede el derecho a una reducción del precio y a la resolución del contrato.

⁸² Dir. 2019/2161, art. 3.6, que da nueva redacción al art. 13 Dir. 2005/29.

⁸³ Dir. 2019/2161, art. 3.5.

En todos los casos, se indica, los Estados miembros pueden determinar las condiciones de aplicación de estos remedios. Cuando proceda, el Derecho nacional podrá tener en cuenta la gravedad y la naturaleza de la práctica comercial, los daños sufridos, así como otras circunstancias pertinentes. En la Exposición de motivos de la Directiva de modernización se enumera, con carácter meramente enunciativo, que dichas circunstancias pertinentes podrían ser la mala praxis del comerciante o el incumplimiento del contrato.⁸⁴

El reconocimiento de remedios individuales contra las prácticas comerciales desleales supone una reforma de gran calado para el Derecho privado. En especial, si se tiene en cuenta el alcance de la DPCD que destaca por su ámbito de aplicación: horizontal a las relaciones de consumo (es decir, no restringida a un tipo contractual), a relaciones contractuales (y, en estas, durante toda la vida del contrato) y no contractuales, y respecto de cualquier bien o servicio. Las particularidades de la DPCD en comparación con los remedios tradicionales de Derecho privado, que se abordarán en el siguiente apartado, refuerzan la singularidad de la reforma.

Al introducir remedios individuales contra las prácticas comerciales desleales, la Directiva de modernización se aparta del objetivo de armonización máxima de la DPCD⁸⁵ y, en cambio, exige una armonización mínima.⁸⁶ En este sentido, se reconocen tres remedios comunes a nivel europeo: la indemnización de daños y perjuicios, la reducción del precio y la resolución del contrato. Sin embargo, se delega en los Estados miembros el diseño de las condiciones de aplicación de dichos remedios y de sus efectos.

No obstante, esa implementación en el Derecho interno queda sujeta al principio de equivalencia, según el cual los remedios que se concedan para salvaguardar un derecho reconocido en el Derecho europeo no han de ser menos favorables que aquellos previstos para la infracción del Derecho nacional. También se ha de cumplir con el principio de efectividad, que exige que dichos remedios nacionales no impidan o hagan excesivamente complicado ejercitar una acción derivada del Derecho de la UE.⁸⁷ A

⁸⁴ Dir. 2019/2161, Expositivo 16.

⁸⁵ Dir. 2005/29, Expositivo 15. STUYCK, J., TERRY, E. y VAN DYCK, T., «Confidence through fairness? The new Directive on unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market», *Common Market Law Review*, 2006, p. 115.

⁸⁶ Loos, M., «The Modernization of European Consumer (Continued): More Meat on the Bone After All», *European Review of Private Law* (2020), 2, p. 410.

⁸⁷ Para ambos principios, vid. CAFAGGI y IAMICELI, «The Principles of Effectiveness...», *op. cit.*, p. 577.

pesar de lo escueto de la armonización de los remedios individuales de la DPCD, no sería extraño que el TJUE desarrollara su contenido en aplicación del principio de efectividad, de forma análoga a lo que sucedió con el remedio de «no vinculación» de la Directiva sobre cláusulas abusivas, el cual ha sido objeto de un profuso desarrollo jurisprudencial.⁸⁸

El tenor literal de los remedios que concede la Directiva de modernización frente a las prácticas comerciales desleales suscita tres reflexiones adicionales respecto de su interacción con los Derechos internos de los Estados miembros.

En primer lugar, resulta llamativo que la Directiva de modernización haya optado por armonizar, siquiera mínimamente, la indemnización de daños y perjuicios. Se trata de un remedio que suele escapar a los esfuerzos de armonización del Derecho privado europeo. En este sentido, el mismo año en el que se adoptó la Directiva de modernización (2019) se aprobaron otros instrumentos relevantes para el Derecho de contratos: la nueva Directiva de compraventa de consumo⁸⁹ y la Directiva sobre contenidos y servicios digitales.⁹⁰ Ambas directivas regulan un amplio abanico de remedios, incluyendo la ejecución en especie, la resolución del contrato y la reducción del precio, pero dejan sin armonizar la indemnización de daños y perjuicios.

En segundo lugar, la exigibilidad de los otros dos nuevos remedios que se incorporan a la DPCD, la reducción de precio y la resolución del contrato, se sujetan en el nuevo art. 11 bis DPCD al requisito de «cuando procedan». De esa redacción del precepto podría inferirse que la autonomía procesal de los Estados miembros alcanzaría la decisión de reconocer o no dichos remedios en el Derecho nacional. No obstante, considero que dicha interpretación no sería acertada. El art. 11 bis DPCD, inciso 1, oración primera, delimita el ámbito de intervención de la Unión Europea en la materia, reconociendo los tres remedios. La autonomía de los Estados miembros se regula a continuación respecto de las condiciones de aplicación y los efectos de dichos remedios. El margen de actuación del Derecho nacional no alcanza la decisión de conceder los tres remedios, sino que se limita a regularlos. El requisito para conceder los remedios de reducción del precio y de resolución del contrato «cuando procedan» o «cuando sea pertinente» (Expositivo 16 de la Directiva de modernización) se vincula al hecho de que la DPCD sanciona las prácticas comerciales desleales, con independencia de que exista

⁸⁸ Vid. LESKINEN, C. y DE ELIZALDE, F., «The Control of Terms That Define the Essential Obligations of the Parties under the Unfair Contract Terms Directive: Gutiérrez Naranjo», *Common Market Law Review*, 2018, pp. 1607–1610.

⁸⁹ Dir. 2019/771.

⁹⁰ Dir. 2019/770.

un contrato en vigor. Si lo hubiera, entonces «procederían» o «serían pertinentes» dichos remedios contractuales.

Una tercera observación suscita la autonomía que el art. 11 bis DPCD, inciso 1, concede a los Estados miembros para tener «en cuenta, cuando proceda, la gravedad y la naturaleza de la práctica comercial desleal, los daños y perjuicios sufridos por el consumidor y otras circunstancias pertinentes» en las medidas correctoras que se ofrezcan, incluyendo los remedios de indemnización de daños y perjuicios, reducción del precio y resolución del contrato. El abanico de medidas correctoras es amplio, por lo que esta parte del precepto puede afectar tanto la disponibilidad de acciones que no se han armonizado como las condiciones de acceso a ellas y a los remedios armonizados, así como la regulación de sus efectos.

En relación con los remedios armonizados, la autonomía procesal de los Estados miembros puede actuar por referencia al Derecho nacional existente. En ese sentido, se podrían vincular las condiciones de acceso y la regulación de los efectos de los remedios de la DPCD a los requisitos que el Derecho nacional exige para la indemnización de daños y perjuicios, la reducción del precio y la resolución del contrato. Esta solución tendría cobertura legal por los parámetros de modulación que indica el art. 11 bis DPCD, inciso 1, siempre que se cumpliera con los principios de equivalencia y efectividad. De este modo, los remedios de la DPCD podrían no ser de aplicación automática, por el mero acaecimiento de una práctica comercial desleal. Por ejemplo, la acción de resolución contractual de la DPCD podría funcionar como la acción resolutoria de Derecho nacional, exigiendo que el incumplimiento del empresario sea grave. Esto sería posible con el matiz de que se ha de considerar el marco específico de las prácticas comerciales desleales y los mencionados principios de equivalencia y efectividad.

Sin embargo, también cabe contemplar que el legislador nacional estableciera unas condiciones de acceso a dichos remedios y les dotara de unos efectos, en ambos casos novedosos para el Derecho interno, teniendo en cuenta «la gravedad y la naturaleza de la práctica comercial desleal, los daños y perjuicios sufridos por el consumidor y otras circunstancias pertinentes», que menciona el art. 11 bis DPCD, inciso 1.

En este sentido, destaca el antecedente del Derecho belga. Cuando Bélgica transpuso la DPCD, en su redacción original, el legislador belga diseñó un remedio específico contra las prácticas comerciales desleales. En virtud de este remedio, el consumidor puede

exigir el reembolso del precio o denegar su pago, sin obligación de restituir el bien adquirido ni de compensar por el servicio recibido.⁹¹ Se trata de un remedio gravoso para el empresario que exige una aplicación cuidadosa. Ese remedio se concede automáticamente en siete supuestos de prácticas comerciales desleales que serían las más graves.⁹² En los demás, la concesión del remedio queda sujeto a discreción judicial. Apunta STEENNOT que, en ausencia de criterios preestablecidos, el juez ha de considerar «la severidad de la infracción, la influencia de la práctica comercial desleal en la conducta del consumidor, las consecuencias financieras de la violación para el consumidor, y la proporcionalidad del remedio en relación con la infracción y los daños sufridos por el consumidor».⁹³

El art. 11 bis DPCD, inciso 1, recoge varios de estos parámetros. La modulación permite tutelar al consumidor en función de la seriedad de las circunstancias, evitando el abuso de derecho en perjuicio del empresario. El abuso se daría si, por ejemplo, un remedio como el belga se concediera por una práctica comercial desleal menor respecto de un bien de valor elevado.⁹⁴

4. EL CONSUMIDOR MEDIO COMO CRITERIO DEFINIDOR DE UNA PRÁCTICA COMERCIAL DESLEAL. SU INFLUENCIA EN EL SISTEMA DE REMEDIOS

4.1. *El consumidor medio en la definición de la deslealtad y en la determinación de la causalidad. Novedades para la tutela privada*

Conforme se indicó anteriormente,⁹⁵ la evaluación de la deslealtad de una práctica comercial debe seguir un orden jerárquico de tres niveles. En primer lugar, se ha de comprobar si la práctica se encuentra entre las que el Anexo I de la DPCD prohíbe. Si no

⁹¹ Art. VI.38 *Code de droit économique*.

⁹² STEENNOT, R., «Belgium: Private Law Remedies for Breach of the Prohibition of Unfair Commercial Practices», *Journal of European Consumer and Market Law* (2015), 5, p. 189. Las prácticas comerciales que habilitan este remedio son: (1) realizar una afirmación incorrecta respecto de la naturaleza y extensión del riesgo para la seguridad del consumidor o su familia para el caso de que no se adquiriera un producto, (2) afirmar que cierto producto facilita ganar en juegos de azar, (3) afirmar que un producto puede curar enfermedades, disfunciones o malfuncionamientos, (4) crear la impresión de que el consumidor no puede abandonar el establecimiento hasta que se celebre un contrato, (5) realizar visitas personales al domicilio del consumidor, ignorando su pedido de que no se realicen, (6) crear la impresión de que el consumidor ha ganado, ganará o puede ganar si realiza una determinada acción, un premio o beneficio equivalente, cuando dicho premio no existe o conlleva un desembolso para el consumidor, (7) requerir un pago inmediato o diferido para la devolución o cuidado de productos suministrados por el empresario pero no solicitados por el consumidor.

⁹³ *Ibid.*, pp. 189-190.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 190.

⁹⁵ Vid. *supra*, apartado 2.

lo estuviera, corresponde analizar la práctica en relación con las tres cláusulas especiales de la DPCD: las acciones engañosas, las omisiones engañosas y las prácticas comerciales agresivas (arts. 6-9 DPCD). Superado este filtro, queda la cláusula general del art. 5 DPCD como control de último recurso.

Tanto las cláusulas especiales como la general conceden una relevancia notoria al consumidor medio o, en su defecto, al miembro medio de un determinado grupo. El consumidor medio determina la deslealtad y la relación de causalidad entre la práctica comercial desleal y la decisión sobre una transacción y respecto del comportamiento económico del consumidor.⁹⁶

En relación con las cláusulas especiales, recordemos que una práctica comercial es una «acción engañosa» cuando una información induce o puede inducir a error al consumidor medio, haciéndole o pudiendo hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otro modo no habría adoptado.⁹⁷ Una práctica constituye una «omisión engañosa» si se omite información sustancial que necesite el consumidor medio para tomar una decisión sobre una transacción, haciéndole adoptar una decisión que ese consumidor medio no habría tomado.⁹⁸ Existirá un supuesto de «prácticas comerciales agresivas», cuando se merme o se pueda mermar la libertad de elección o conducta del consumidor medio, haciéndole tomar una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera adoptado.⁹⁹

La cláusula general del art. 5 DPCD aplica subsidiariamente y sanciona aquella práctica comercial que sea contraria a la diligencia profesional y distorsiona o puede distorsionar el comportamiento económico del consumidor medio.

Si la referencia al consumidor medio se utilizara exclusivamente en un sistema de tutela pública del Derecho de consumo o, incluso cuando fuera privada, se ciñera al ámbito extracontractual, la DPCD no sería excesivamente disruptiva. Esta sería la razón por la que, en mi opinión, ha pasado bastante desapercibida entre los civilistas.

Sin embargo, la Directiva de modernización trastoca la escena al introducir remedios claramente diseñados para el contrato, como la reducción del precio y la resolución contractual, así como la indemnización de daños, que aplica en la esfera contractual y

⁹⁶ SCHEBESTA, H. y PURNHAGEN, K., «Island or Ocean: Empirical Evidence on the Average Consumer Concept in the UCPD», *European Review of Private Law* (2020), 2, p. 303.

⁹⁷ Dir. 2005/29, art. 6.1.

⁹⁸ Dir. 2005/29, art. 7.1.

⁹⁹ Dir. 2005/29, art. 8.1.

en la extracontractual. Lo peculiar de esta reforma reside en que la concesión de esos remedios se determina, respecto de las cláusulas especiales y la general de la DPCD, por referencia al «consumidor medio».

A modo de ejemplo, comparemos el tradicional vicio de dolo (arts. 1269 y 1270 CC) con las prácticas comerciales desleales de acción engañosa (art. 6 DPCD) y omisión engañosa (art. 7 DPCD). El dolo que permite anular el contrato y/o reclamar una indemnización de daños y perjuicios,¹⁰⁰ exige una relación de causalidad individualizada entre la acción u omisión dolosa y la decisión de contratar. Lo relevante es que uno de los contratantes se haya visto afectado por la acción u omisión dolosa.¹⁰¹ En cambio, las prácticas comerciales desleales de acción engañosa y omisión engañosa requieren que la información o la omisión de información lleven a error o sean susceptibles de engañar a un *consumidor medio* y lleven a adoptar una «decisión sobre una transacción» que un consumidor medio no habría tomado. Es decir, la causalidad deja de ser individualizada para adoptar como parámetro el estándar jurídico del consumidor medio. Cumplidos esos requisitos, el consumidor afectado (basta con uno)¹⁰² podrá acceder a los remedios que introduce la Directiva de modernización, según su regulación por los Estados miembros dentro de los márgenes de los principios de equivalencia y efectividad.

Este cambio resulta disruptivo para el Derecho civil español ya que permitiría al consumidor desvincularse del contrato, reclamar una indemnización o una reducción del precio, sobre la base de una causalidad estandarizada. El consumidor afectado por una información u omisión que induce a error (piénsese en los innumerables litigios bancarios con los que ha lidiado nuestro sistema judicial por la contratación de productos financieros),¹⁰³ deberá acreditar que un consumidor medio se habría visto afectado por la práctica comercial que atañe a su contrato, no él mismo. La «decisión sobre una transacción» (arts. 6.1, 7.1 y 8.1 DPCD) y el comportamiento económico (art. 5 DPCD), que se ve afectada por una práctica comercial desleal, ha de medirse por referencia a un consumidor medio, no respecto del consumidor contratante.

La concesión de un remedio contractual sujeto al filtro del «consumidor medio» no es completamente novedoso en el Derecho contractual europeo y, por extensión, español. El TJUE incorporó ese estándar al interpretar la Directiva sobre cláusulas

¹⁰⁰ STS (1ª) 18.01.2007 (RJ 2007, 529).

¹⁰¹ MORALES MORENO, A. M., «Art. 1269», en C. PAZ-ARES, L. DÍEZ-PICAZO, R. BERCOVITZ y P. SALVADOR, *Comentario del Código Civil*, I, Ministerio de Justicia, 1991, p. 469.

¹⁰² STJUE 16.04.2015, Asunto C-388/13, *UPC Magyarország kft*, § 41.

¹⁰³ Vid., por todas, STS (1ª) 20.01.2014 (ECLI:ES:TS:2014:354).

abusivas, pese a que dicho instrumento legislativo no lo menciona.¹⁰⁴ En efecto, a partir del caso *Kásler*,¹⁰⁵ el TJUE refiere al «consumidor medio» para aplicar el control de transparencia en las condiciones generales de la contratación (arts. 4.2 y 5 DCA),¹⁰⁶ entre un empresario y un consumidor, que puede resultar en la invalidez de una cláusula (art. 6.1 DCA).

Los remedios individuales de la DPCD suponen un considerable paso adelante en esa dirección por el amplio ámbito de aplicación de la normativa, que regula todas las relaciones de consumo, afectando relaciones contractuales (desde la formación al cumplimiento del contrato) y extracontractuales y respecto de cualquier bien o servicio. El reconocimiento de remedios individuales para el amplio espectro de la DPCD podría causar que muchas acciones clásicas del Derecho privado cayeran en desuso en el ámbito de una relación de consumo.

4.2. La definición y el alcance del consumidor medio en la DPCD y en el Derecho europeo

Un adecuado entendimiento del estándar del consumidor medio en la concesión de los remedios de la DPCD exige adentrarnos en su definición y en la justificación constitucional de la DPCD, que delimita su alcance. Asimismo, el concepto ha de enmarcarse en el contexto más amplio del Derecho europeo de consumo, el cual introduce nociones específicas que pueden determinar la interpretación de dichos remedios.

4.2.1. El consumidor medio en la DPCD: antecedentes y justificación

La DPCD fue la primera norma europea de Derecho derivado que incorporó el estándar jurídico del «consumidor medio».¹⁰⁷ Sin embargo, la noción distaba de ser novedosa para el Derecho europeo ya que había sido utilizada de forma recurrente por el TJUE, en relación con el Derecho primario de la Unión.¹⁰⁸ Al respecto, el TJUE elaboró el

¹⁰⁴ Dir. 93/13, art. 6.1.

¹⁰⁵ STJUE 30.04.2014, Asunto C-26/13 *Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai v OTP Jelzálogbank Zrt* ECLI:EU:C:2014:282, §§ 71-75.

¹⁰⁶ Para una crítica de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo hacia una «transparencia subjetiva», vid. CÁMARA LAPUENTE, S., «Las (seis) SS.T.S. posteriores a la S.T.J.U.E. 21 diciembre 2016. El control de transparencia sigue en construcción, muta y mutará aún más: hacia la transparencia subjetiva. (Comentario a las SS.T.S. de 24 de febrero 2017, 9 marzo 2017, 20 abril 2017 y 25 mayo 2017)», *Boletín del Colegio de Registradores de España* (2017), núm. 42, pp. 1784-1786.

¹⁰⁷ SCHEBESTA y PURNHAGEN, «Island or Ocean...», *op. cit.*, p. 297.

¹⁰⁸ *Ibid.*, pp. 297 y 300, quienes detectaron 156 casos en los que el TJUE aplica el concepto, de los cuales solo el 10% se refieren a la DPCD.

estándar del «consumidor medio» para determinar la validez de las medidas nacionales que restringieran la libre circulación de bienes (art. 34 TFUE, antiguo art. 28 TCE).¹⁰⁹

En ese contexto, el TJUE definió al consumidor medio como aquel «normalmente informado, razonablemente atento y perspicaz», teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos.¹¹⁰ El Expositivo 18 de la DPCD asumió la definición que la jurisprudencia del TJUE había elaborado del consumidor medio. Además, en coincidencia con el TJUE, el citado expositivo establece que la referencia del consumidor medio no es estadística. Se trata de un estándar jurídico. En la jurisprudencia del TJUE sobre el consumidor medio, el Tribunal indica que ese estándar «*reviste una importancia primordial*» para la DPCD.¹¹¹ Sin embargo, los contornos del estándar se encuentran pendientes de una mayor concreción jurisprudencial.¹¹²

Una adecuada interpretación del estándar del «consumidor medio» en la DPCD exige indagar en la justificación de la norma. Como apuntó la Abogado General Trstenjak en *Mediaprint*, el estándar del «consumidor medio» es un compromiso entre la necesidad de protección del consumidor y el fomento de la libre circulación de bienes, basado en el principio de proporcionalidad.¹¹³

Cabe recordar, al respecto, que la justificación constitucional de la normativa europea de consumo suele encontrarse en el art. 114 TFUE (anteriormente, art. 95 TCE), referido al establecimiento y funcionamiento del mercado interior,¹¹⁴ y no en el art. 169 TFUE (art. 153 TCE) sobre protección de los consumidores. La DPCD no es una excepción.¹¹⁵

La justificación constitucional sobre la que reposa la DPCD y, por consiguiente, el estándar del «consumidor medio» es relevante para comprender el alcance y funcionamiento de los remedios individuales que la Directiva de modernización incorpora contra las prácticas comerciales desleales. La DPCD es una normativa

¹⁰⁹ DUROVIC, *European Law...*, *op. cit.*, pp. 50-51.

¹¹⁰ *Ibid.*, pp. 30-36.

¹¹¹ STJUE 12.05.2011, Asunto C-122/10, *Konsumentombudsmannen y Ving Sverige AB*, ECLI:EU:C:2011:299, § 22; STJUE 12.06.2019, Asunto C-628/17, *Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów y Orange Polska S.A.*, ECLI:EU:C:2019:480, § 30.

¹¹² SCHEBESTA y PURNHAGEN, «Island or Ocean...», *op. cit.*, p. 305.

¹¹³ Conclusiones de la Abogado General TRSTENJAK de 24.03.2010, Asunto C- 540/08, *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG y «Österreich»-Zeitungsverlag GmbH*, ECLI:EU:C:2010:161, § 102.

¹¹⁴ DUROVIC, *European Law...*, *op. cit.*, p. 53.

¹¹⁵ Dir. 2005/29, Expositivo 1.

reguladora del mercado interior de la Unión Europea,¹¹⁶ cuyos objetivos de justicia distributiva¹¹⁷ pueden conllevar cambios en las relaciones privadas, en particular las contractuales, en cuya regulación clásica prima la justicia conmutativa. Una de esas transformaciones se vislumbra en la estandarización del consentimiento,¹¹⁸ que tiene lugar a través de categorías personales objetivas y por medio del «consumidor medio» como parámetro de referencia de las prácticas comerciales desleales y de los remedios contra ellas de la DPCD. Este enfoque ignora las circunstancias individuales de los contratantes, lo que resulta en un apartamiento de la autonomía de la voluntad como criterio de justicia contractual y de los vicios del consentimiento como instrumento de control de una justa vinculación.

El siguiente apartado se adentra en las dos características del Derecho europeo que, en mi opinión, impactan de manera más significativa en los remedios de la DPCD, diferenciándolos de las acciones tradicionales de Derecho privado interno: la lógica de la posición contractual y la noción de consumidor.

4.2.2. La lógica de la posición contractual y la noción de consumidor en el Derecho europeo¹¹⁹

La aproximación del Derecho europeo al contrato, cuya justificación reside en la regulación del mercado interior (art. 114 TFUE), difiere de la tradicional del Derecho español. El Derecho privado europeo es instrumental al objetivo de contribuir al funcionamiento del mercado interior. Dicha finalidad determina el contenido y la interpretación de sus normas. El enfoque conceptual del Derecho europeo respecto del contrato difiere del propio del Código civil, con eje en la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC).

En virtud de lo anterior, las relaciones de Derecho privado que se encuentran reguladas por el Derecho europeo han de analizarse al amparo de su propio marco conceptual. En

¹¹⁶ WEATHERILL, S., «Who is the "average consumer"?, en S. WEATHERILL y U. BERNIZ (dirs.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques*, Hart, Oxford, 2007, p. 119.

¹¹⁷ Sobre el carácter regulatorio del Derecho privado europeo, vid. MICKLITZ, H.-W., «The Visible Hand of European Regulatory Private Law – The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism in Competition and Regulation», *Yearbook of European Law*, 2009, pp. 21-29. Para un análisis más exhaustivo sobre la justicia en el Derecho privado europeo, vid. MICKLITZ, H.-W., *The Politics of Justice in European Private Law. Social Justice, Access Justice, Societal Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.

¹¹⁸ Vid., DE ELIZALDE, F., «Standardisation of Agreement in EU Law. An Adieu to the Contracting Parties?», en T. TRIDIMAS y M. DUROVIC, *New Directions in European Private Law*, Hart, Oxford, 2021, pp. 29-59.

¹¹⁹ Las cuestiones tratadas en este apartado fueron previamente analizadas en *ibid.*, pp. 38-41.

relación con los remedios individuales que reconoce la DPCD, existen dos características del Derecho europeo que pueden resultar determinantes en su divergencia de los remedios clásicos de Derecho español: la lógica de la «posición contractual» y la noción objetiva de consumidor. Se abordan a continuación.

a. La lógica de la «posición contractual»

Una característica recurrente del moderno Derecho de contratos es la lógica de la «posición contractual», por el cual la condición de las partes determina la aplicación del marco jurídico contractual. La versión más extendida de esta lógica es aquella que clasifica a las partes en empresarios, consumidores y particulares, para ofrecer distintos marcos normativos: entre empresarios (B2B, según las siglas en inglés de amplia aceptación), entre empresarios y consumidores (B2C) y entre particulares (C2C).

La importancia de pertenecer a una cierta categoría de personas como determinante del régimen jurídico no es nueva, existiendo numerosos ejemplos en la historia, como el de los comerciantes. Sin embargo, la codificación trajo consigo una cierta igualdad y uniformidad que se ha ido abandonando paulatinamente. Para el Derecho privado patrimonial, las últimas décadas del siglo XX supusieron un resurgimiento de un enfoque normativo inverso, por el que se parte de una desigualdad, marcada por la posición contractual.

El Derecho privado europeo empezó a desarrollarse, precisamente, a finales del siglo pasado y asume de modo preponderante la lógica de la posición contractual. En este sentido, señala HESSELINK que el Derecho privado europeo «casi nunca considera a las partes simplemente como personas, al modo del Derecho privado [tradicional], sino como miembros de una cierta categoría, en particular, consumidores y profesionales».¹²⁰

Todo el Derecho de consumo sigue esta lógica de la posición contractual. La regulación que aplica a las relaciones de consumo se basa en la participación en una de las dos posiciones antagónicas: el consumidor y el empresario. La DPCD, como norma de

¹²⁰ HESSELINK, M., «Contract Theory and EU Contract Law», *Amsterdam Legal Studies Research Paper* (2015), 39, 2005, p. 9. Disponible en: papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2674508 [Consulta 9 de julio de 2021]. Entre corchetes me pertenece. En el mismo sentido, vid. CAFAGGI, F., «From a Status to a Transaction Based Approach? Institutional Design in European Contract Law», *Common Market Law Review* (2013) p. 311.

consumo, asume la lógica de la posición contractual y aplica exclusivamente a una relación entre un comerciante y un consumidor.¹²¹

Sin embargo, este enfoque no se limita al Derecho de consumo. Por ejemplo, la Directiva de agentes comerciales¹²² o la Directiva de lucha contra la morosidad¹²³ regulan exclusivamente relaciones entre empresarios. Asimismo, en la Directiva MiFID II se clasifica a los inversores en minoristas, profesionales y contrapartes eligibles,¹²⁴ según requisitos que se establecen objetivamente y que resultan en regímenes jurídicos distintos.

El hecho de que la regulación de una relación privada se realice en función de la pertenencia a una categoría o posición contractual (consumidor, empresario, etc.) es relevante por cuanto supone una cierta estandarización del marco jurídico aplicable. La posición contractual reemplaza a la persona concreta como parámetro de referencia. A modo de ejemplo, volvamos a la comparativa que hicimos entre la acción de dolo y una acción contra una práctica comercial desleal por engañosa.¹²⁵ Según el art. 1269 CC hay dolo cuando un contratante «*induce*» al otro a contratar. Como vicio del consentimiento, y sin que esto suponga un voluntarismo sino como justa causa de desvinculación,¹²⁶ lo importante es que el dolo afecte la intención común. Las partes del contrato son el parámetro de referencia del dolo.

En cambio, para que prospere una acción contra una práctica desleal por engañosa, corresponde acreditar que se haya inducido a error a un «consumidor medio» y que le haya hecho o pudiera haberle hecho tomar una decisión sobre una transacción (contratar, por ejemplo) que de otro modo no habría tomado (arts. 6.1 y 7.1 DPCD). La norma que transpuso la DPCD en España es igual de contundente al establecer que:

¹²¹ Dir. 2005/29, art. 3.1.

¹²² Directiva 86/653/CEE del Consejo de 18 de diciembre de 1986 relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, [1986] DOCE L382/17, art. 1.2.

¹²³ Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, [2011] DOUE L48/1, art. 1.2.

¹²⁴ Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE, [2014] DOUE L173/349, art. 4.1.10 y 11 y anexo II. KRUIHOF, M., «A Differentiated Approach to Client Protection: The Example of MiFID», en S. GRUNDMANN y Y. ATAMER (dirs.), *Financial Services, Financial Crisis, and General European Contract Law: Failures and Challenges of Contracting*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2011, pp. 114 y 115.

¹²⁵ Vid. *supra*, 4.1.

¹²⁶ Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, I, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, p. 185.

«para la valoración de las conductas cuyos destinatarios sean consumidores, se tendrá en cuenta al *consumidor medio*» (art. 4.2 LCD). Por consiguiente, la referencia de la acción no son las partes contratantes sino el estándar jurídico del consumidor medio, que a su vez presupone que el destinatario de una práctica comercial desleal pertenece a la categoría jurídica de «consumidor». Es una aplicación patente de la lógica de la posición contractual.

A efectos de intentar delimitar el contenido básico de los remedios de Derecho privado de la DPCD, interesa determinar el grado de rigidez de la noción de consumidor en Derecho europeo, para ver hasta qué punto se encuentra estandarizado o si, por el contrario, admite matices que se desprendan de la concreta relación contractual.

b. La noción de consumidor en el Derecho europeo: objetiva y funcional

Una característica de la lógica de la posición contractual que asume el Derecho privado europeo es que la pertenencia a una categoría determinada se define objetivamente.¹²⁷ La legislación europea correspondiente establece las categorías de personas que se incluyen en su ámbito de aplicación, ignorando circunstancias personales.

En las relaciones de consumo, el empresario o comerciante se suele definir de forma positiva mientras que el consumidor se define, de forma negativa, por oposición a aquel. En la DPCD es comerciante «cualquier persona física o jurídica que (...) actúe con un propósito relacionado con su actividad económica, negocio, oficio o profesión».¹²⁸ Es consumidor «cualquier persona física que (...) actúe con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio, oficio o profesión».¹²⁹

Otras normas europeas de consumo, como la Directiva sobre cláusulas abusivas y la Directiva sobre los derechos de los consumidores contienen definiciones semejantes.¹³⁰ No sorprende, por consiguiente, que el TJUE en *Kamenova*, haya decidido que el concepto de «comerciante» de la DPCD y de la Directiva sobre los derechos de los consumidores haya de interpretarse de forma uniforme.¹³¹ Añadió el Tribunal que la

¹²⁷ TERRY, E., «Consumers, By Definition, Include Us All... But Not For Every Transaction», *European Review of Private Law* (2016), pp. 273-274.

¹²⁸ Dir. 2005/29, art. 2.b.

¹²⁹ Dir. 2005/29, art. 2.a.

¹³⁰ Dir. 93/13, arts. 2.b y 2.c; Dir. 2011/83, arts. 2.1 y 2.2.

¹³¹ STJUE 4.10.2018, Asunto C-105/17, *Komisija za zaštitu na potrošitelite y Evelina Kamenova*, ECLI:EU:C:2018:808, §§ 27-29.

interpretación uniforme se justifica en que ambas directivas se basan en el mismo artículo del TFUE (el art. 114 TFUE) y, por tanto, persiguen los mismos objetivos de contribuir al buen funcionamiento del mercado interior y garantizar un elevado nivel de protección de los consumidores.¹³² Dado que el concepto de «consumidor» constituye el reverso de la noción de «comerciante», no sería aventurado asegurar que la interpretación uniforme también le alcanza.

El TJUE en *Kamenova* analizó otras características importantes de las categorías personales de la DPCD (comerciante y consumidor) y reiteró otras específicas de la noción de «consumidor». En relación con las categorías de las DPCD, el Tribunal recuerda que son funcionales, es decir, que varían y dependen del caso concreto. Lo importante es la finalidad con la que se actúa en un determinado contrato o práctica: con o sin relación con una actividad económica, negocio, oficio o profesión.¹³³ En cuanto a la categoría de «consumidor», el TJUE recuerda que éste se encuentra «en una posición de inferioridad, por cuanto debe considerársele menos informado, económicamente más débil y jurídicamente menos experimentado» que el comerciante.¹³⁴

Lo expuesto hasta aquí respecto de la objetividad de las categorías de la DPCD y del Derecho europeo de consumo en general, podría suscitar la duda razonable de si un consumidor que sabe más, que es un experto en la materia o, incluso, que hubo de conocer mejor, sigue siendo un «consumidor», al que se le aplica la protección jurídica correspondiente a esta categoría de personas.

La respuesta la dio el propio TJUE en el caso *Costea*, al interpretar la Directiva sobre cláusulas abusivas.¹³⁵ Al respecto, el Tribunal ratificó que la noción de consumidor es objetiva y funcional, por lo que las circunstancias personales resultan irrelevantes. En este sentido, entiende el TJUE, el concepto de consumidor es «de carácter objetivo y es independiente de los conocimientos concretos que pueda tener la persona de que se trata, o de la información de que dicha persona realmente disponga».¹³⁶

Se es consumidor si se actúa por un fin ajeno a una actividad económica, oficio, negocio o profesión, con independencia de la experiencia o información que se tenga en el caso

¹³² Ibid., § 28.

¹³³ Ibid., § 38.

¹³⁴ Ibid., § 34.

¹³⁵ STJUE 3.09.2015, Asunto C-110/14, *Horățiu Ovidiu Costea y SC Volksbank România SA*, ECLI:EU:C:2015:538.

¹³⁶ Ibid., § 21.

concreto. Incluso una persona con conocimiento y experta puede ser considerada un consumidor y ser protegida como tal. En el caso se trataba de un abogado con experiencia en el Derecho mercantil que había celebrado un contrato de crédito para fines personales.

Si bien es cierto que *Costea* se decidió en el marco de la Directiva sobre cláusulas abusivas, sería razonable extender la interpretación a la DPCD. Al respecto, recordemos, con el propósito de interpretar de modo uniforme la noción de comerciante (la contracara del concepto de consumidor) en la DPCD y la Directiva sobre derechos de los consumidores, el TJUE en *Kamenova* recurrió a un doble criterio: la similitud de dicho concepto en ambas directivas y la justificación de estas (el art. 114 TFUE).¹³⁷ Idénticos argumentos cabe predicar de la Directiva sobre cláusulas abusivas.¹³⁸ Es consistente con este punto de vista que, al interpretar la DPCD, el TJUE haya considerado irrelevante el hecho de que un consumidor determinado pudiera haberse informado.¹³⁹

Es más, el TJUE ratificó la noción objetiva de consumidor, independiente de los conocimientos y la información que la persona de que se trate tenga realmente, en un contexto distinto. Lo hizo en el marco de los Reglamentos de Bruselas I¹⁴⁰ y I bis,¹⁴¹ en los casos *Schrems*¹⁴² y *Jana Petruchová*,¹⁴³ citando a *Costea*.

La noción objetiva de consumidor, que descarta los elementos individuales de una persona en particular, resulta relevante para la DPCD. Las prácticas comerciales desleales que se definen en las cláusulas especiales (arts. 6-9 DPCD) y en la cláusula general (art. 5 DPCD) se determinan por referencia al consumidor medio que, al tratarse de un estándar jurídico, aplica de modo semejante a una multiplicidad de

¹³⁷ STJUE 4.10.2018, *Kamenova*, §§ 27-28.

¹³⁸ La Dir. 93/13 se fundamenta en el art. 100 TCE, según redacción del TCE en el año 1993, que es antecesor del art. 114 TFUE. En este sentido, WEATHERILL, S. y BERNIZ, U., «Introduction» en S. WEATHERILL y U. BERNIZ (dirs.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques*, Hart, Oxford, 2007, p. 1.

¹³⁹ STJUE 16.04.2015, *UPC Magyarország kft*, § 54.

¹⁴⁰ Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, [2001] DOCE L12/1 (Bruselas I).

¹⁴¹ Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, [2015] DOUE L351/1 (Bruselas I bis).

¹⁴² STJUE 25.01.2018, Asunto C-498/16, *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2018:37, § 39. Este caso se decidió bajo el reglamento de Bruselas I.

¹⁴³ STJUE 3.10.2019, Asunto C-2018/18, *Jana Petruchová y FIBO Group Holdings Limited*, ECLI:EU:C:2019:825, § 55. Este caso se decidió al amparo del reglamento de Bruselas I bis.

casos. Si a esa circunstancia se añade que el concepto de consumidor impide tener en cuenta las características personales de las partes, se constata que las prácticas comerciales desleales y la tutela que la DPCD reconoce se encuentran afectadas por una estandarización elevada, que es ajena a los remedios tradicionales de Derecho nacional.

4.3. ¿Pueden los Estados miembros individualizar la causalidad en los remedios de la DPCD?

Las cláusulas especiales y la cláusula general de la DPCD determinan la deslealtad de la práctica por referencia al estándar jurídico del «consumidor medio». Éste resulta relevante para medir si la práctica comercial puede distorsionar el comportamiento económico de su destinatario (art. 5.2.b DPCD), en particular, induciéndole a error (arts. 6.1 y 7.1 DPCD) o siendo susceptible de afectar su libertad de elección (art. 8.1 DPCD). En las cláusulas especiales (arts. 6.1, 7.1 y 8.1 DPCD) se exige, adicionalmente, que la práctica comercial «haga o pueda hacerle tomar» al consumidor medio¹⁴⁴ una decisión sobre una transacción que de otro modo no habría tomado.

La relación entre la práctica comercial y la decisión sobre una transacción es normativa,¹⁴⁵ no fáctica, y por consiguiente no ha de ser objeto de prueba.¹⁴⁶ Esto se desprende del tenor literal de la DPCD que refiere al estándar del «consumidor medio» y, además, no exige que la práctica comercial haya influido en una decisión sobre una transacción, sino que basta con que haya sido susceptible de influir.

La práctica comercial no ha de determinar la conducta de un consumidor particular sino, nuevamente, del «consumidor medio». En este sentido, señala HOWELLS, dado que el control de una práctica comercial desleal es abstracto, el hecho de que un consumidor en particular habría tomado la misma decisión que si la práctica comercial no hubiera existido, es irrelevante.¹⁴⁷

La decisión normativa de que la deslealtad de una práctica comercial se determine de forma abstracta se justifica en un sistema de tutela pública del Derecho de consumo,

¹⁴⁴ Vid. WILHELMSSON, T., «Misleading Practices», en G. HOWELLS, H.-W. MICKLITZ y T. WILHELMSSON, *European Fair Trading Law. The Unfair Commercial Practices Directive*, Ashgate, Aldershot, 2006, pp. 138 y 149. HOWELLS, G., «Aggressive Commercial Practices», en HOWELLS, MICKLITZ y WILHELMSSON, *European Fair Trading...*, op. cit., p. 172.

¹⁴⁵ MICKLITZ, H.-W., «The General Clause on Unfair Practices», en HOWELLS, MICKLITZ y WILHELMSSON, *European Fair Trading...*, op. cit., p. 110.

¹⁴⁶ WILHELMSSON, «Misleading...», op. cit., p. 137.

¹⁴⁷ HOWELLS, «Aggressive...», op. cit., p. 179.

que persiga reprimirlas del mercado. También tiene sentido respecto de acciones privadas de cesación o prohibición de una práctica desleal. La redacción original de la DPCD (art. 11) contemplaba ambas vías. Para eliminar una práctica comercial del mercado puede bastar con su potencialidad de afectar el comportamiento económico de los consumidores.

Sin embargo, un control puramente abstracto resulta más complicado de justificar si se pretende combatir las prácticas comerciales desleales mediante remedios individuales, especialmente si se conceden acciones contractuales, como sucede con el art. 11 bis DPCD, que introdujo la Directiva de modernización. Podría ocurrir que un consumidor en particular fuera consciente de la deslealtad de la práctica y aun así decidiera contratar o tomar otra decisión, por lo que la acción u omisión del empresario no habría afectado su intención. Un control de deslealtad y de causalidad puramente abstracto podría aprovechar a este consumidor, concediéndole los remedios contractuales de la DPCD.

En este punto, el carácter de normativa reguladora del mercado de la DPCD, que es instrumental al fin del buen funcionamiento del mercado interior (art. 114 TFUE),¹⁴⁸ se enfrenta a la justicia conmutativa contractual, fundada en el consentimiento (arts. 1091, 1255, 1262, 1265 y 1293 CC). El buen funcionamiento del mercado podría justificar la concesión de remedios individuales basados en una causalidad puramente abstracta, como medio de reforzar la erradicación de prácticas comerciales desleales. En cambio, desde la perspectiva del Derecho privado, no sería razonable remediar una situación en la que un particular no se hubiera visto afectado.

Al respecto, los Estados miembros se encuentran facultados para establecer las condiciones de aplicación y los efectos de los remedios individuales de la DPCD (art. 11 bis.1 DPCD). En este sentido, las transposiciones de la Directiva de modernización a los Derechos internos podrían considerar la causalidad de forma individualizada.¹⁴⁹ Esto se podría conseguir exigiendo que el consumidor en particular se haya visto afectado por la práctica comercial desleal (y determinando a quién corresponde la carga de la prueba), o bien, por la prohibición de ejercitar un derecho abusivamente (art. 7.2 CC), que haría fracasar la acción de aquél que no se hubiera visto afectado por la práctica comercial desleal.

¹⁴⁸ Vid. *supra*, 4.2.1.

¹⁴⁹ Cf. Loos, «The Modernization...», *op. cit.*, p. 411. Con carácter general, vid. HOWELLS, «Aggressive...», *op. cit.*, p. 179.

Sin embargo, cabe recordar que la DPCD establece los requisitos para que una práctica comercial sea desleal, incluyendo su impacto en el comportamiento económico del consumidor medio y la causalidad abstracta, referida al estándar jurídico del «consumidor medio», al que la práctica comercial le haga o pueda hacerle tomar una decisión transaccional que no habría tomado. Estos elementos de una práctica desleal se encuentran armonizados, con la extensión de armonización máxima. Por consiguiente, existe el riesgo de que el TJUE considere que una normativa nacional que exija una causalidad individualizada es contraria a la DPCD, para la cual basta una causalidad estandarizada.

Incluso cuando se entendiera que la causalidad individualizada forma parte de la regulación del remedio y no de la definición de deslealtad siendo, por ende, un aspecto no armonizado por el Derecho europeo, cabe que el TJUE considerase infringido el principio de efectividad, que actúa como límite de la autonomía procesal de los Estados miembros. En virtud de dicho principio, recordemos, los remedios nacionales no pueden impedir ni hacer excesivamente complicado ejercitar una acción derivada del Derecho de la UE.¹⁵⁰

El conflicto entre la finalidad pública de la DPCD y las acciones individuales se planteó en el Derecho inglés.¹⁵¹ Al trasponer la DPCD, el legislador inglés no previó remedios individuales. No obstante, éstos se introdujeron en 2014, con una reforma que reconoció acciones contra ciertas prácticas comerciales desleales, principalmente las de acciones engañosas y prácticas agresivas. Dichos remedios son semejantes a los que ahora consagra el art. 11 bis DPCD: los remedios de resolución (*rectius*: «*unwind*», término que difiere de los tradicionales «*termination*» o «*rescission*»), reducción del precio y daños y perjuicios.¹⁵² Los nuevos remedios fueron el resultado de recomendaciones de las *Law Commissions* de Inglaterra y Escocia.¹⁵³

En materia de causalidad, las *Law Commissions* entendieron que prescindir de un nexo de causalidad individualizado era «*inconsistente con el fin compensatorio de los derechos privados*».¹⁵⁴ Sin embargo, también rechazaron exigir una causalidad estricta basada en el parámetro «*but for*», según el cual el consumidor debería acreditar que no

¹⁵⁰ Vid. *supra*, 3.2.

¹⁵¹ WHITTAKER, «Consumer...», *op. cit.*, § 38-177.

¹⁵² The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008, regs. 27E-J.

¹⁵³ WHITTAKER, «Consumer...», *op. cit.*, § 38-160.

¹⁵⁴ THE LAW COMMISSION y la SCOTTISH LAW COMMISSION, «Consumer Redress for Misleading and Aggressive Commercial Practices», Law Com No. 332 & Scot Law Com No. 226(2012), 20.02.2012, § 7.108. La traducción es mía.

habría contratado de no haber sido por la práctica comercial desleal.¹⁵⁵ Como solución de compromiso, se adoptó el criterio del «factor significativo».¹⁵⁶ Al respecto, las *Law Commissions* consideraron que:

«[e]n la práctica, esto significa que los consumidores tendrán que aportar alguna prueba de que vieron u oyeron la información engañosa o experimentaron la práctica agresiva antes de tomar la decisión de pagar o comprar y que les influyó. A partir de ahí, bastará si la práctica engañosa o agresiva es suficientemente grave para causar que un consumidor razonablemente bien informado, atento y perspicaz [el consumidor medio] celebre un contrato o realice un pago».¹⁵⁷

El TJUE no tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el criterio de causalidad que eligió el legislador inglés y, tras la salida del Reino Unido de la UE, no sucederá. No obstante, podría ser una solución de compromiso entre la estandarización de la DPCD y la causalidad individualizada, que es tradicional en los Derechos privados nacionales. Le corresponderá al TJUE interpretar el alcance de la DPCD y comprobar si los requisitos que establezcan los Estados miembros respecto de los remedios individuales cumplen con los principios de equivalencia y efectividad.

4.4. *La transposición de la Directiva de modernización en España*

El Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre¹⁵⁸, transpuso la Directiva de modernización en España, junto con otras normas europeas que se encontraban pendientes de incorporación al Derecho español.

En relación con las prácticas comerciales desleales, el referido Real Decreto-ley dota de nueva redacción al Título IV del Libro primero («Potestad sancionadora») del 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 (en adelante, TRLGDCU)¹⁵⁹. La reforma de la potestad

¹⁵⁵ Ibid., §§ 7.107-7.108.

¹⁵⁶ Ibid., § 7.114.

¹⁵⁷ Ibid., § 7.115. La traducción y entre corchetes son míos.

¹⁵⁸ Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes, BOE núm. 263 de 3.11.2021

¹⁵⁹ BOE núm. 287 de 30.11.2007.

sancionadora de las administraciones públicas en materia de consumo excede, naturalmente, el ámbito específico de las prácticas comerciales desleales. No obstante, la nueva redacción del TRLGDCU pretende cumplir con la tutela pública que, en dicha materia, exige la Directiva de modernización¹⁶⁰.

En lo que concierne a la tutela privada individual contra las prácticas comerciales desleales, objeto de este trabajo, el RD-ley 24/2021 introduce un nuevo art. 20 bis al TRLGDCU, del siguiente tenor literal:

«Artículo 20 bis. Medidas correctoras como consecuencia de las prácticas comerciales desleales a disposición de los consumidores y usuarios perjudicados.

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 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».

La transposición de la Directiva de modernización al Derecho español, en lo que respecta a las acciones individuales contra las prácticas comerciales desleales es, a mi juicio, defectuosa.

El RD-ley 24/2021 realiza una transposición insuficiente de la Directiva de modernización ya que omite incorporar al Derecho español la resolución del contrato y la reducción del precio como remedios del consumidor contra las prácticas comerciales desleales, obviando las exigencias del nuevo art. 11 bis DPCD. Como se expuso anteriormente¹⁶¹, dichos remedios integran el contenido armonizado de la Directiva de modernización, lo que excluye que un Estado miembro pueda descartarlos total o parcialmente.

En una lectura alternativa, la ausencia de una transposición específica podría conllevar una remisión implícita a los remedios de Derecho común. Sin embargo, las características particulares de las prácticas comerciales desleales, notoriamente, la

¹⁶⁰ Vid. RD-ley 24/2021, Exposición de motivos, VIII.

¹⁶¹ Vid. supra, 3.2.

relevancia que conceden al «consumidor medio» en su definición (por sobre el consumidor individual) que puede influir en la relación de causalidad entre prácticas y remedios, así como la posibilidad de afectar situaciones precontractuales y contractuales, dificultan dicha remisión.

En relación con la tutela privada contra las prácticas comerciales desleales, el RD-ley 24/2021 sigue casi al pie de la letra, en su articulado y justificación, al Anteproyecto de Ley que se elaboró para transponer la Directiva de modernización¹⁶². La única discrepancia reseñable es, precisamente, la supresión de los remedios de resolución del contrato y de reducción del precio.

Al respecto, el Anteproyecto preveía introducir un apartado tercero en el art. 20 bis TRLGDCU que desapareció del texto final del RD-ley 24/2021 (el actual apartado tercero era el cuarto en el Anteproyecto), cuyo tenor literal era el siguiente:

«En caso de comisión de infracciones graves o muy graves de la presente ley, constatadas por resolución administrativa o judicial firme, que hayan podido afectar al cumplimiento del contrato, el consumidor y usuario podrá resolver el contrato, además de obtener una indemnización mínima del veinte por ciento del precio del contrato. Para el resto de infracciones, el consumidor y usuario tendrá derecho a una reducción del precio del contrato de un diez por ciento. Todo ello con independencia de la plena aplicación del régimen de responsabilidad previsto en el título IV del libro segundo».

Si bien la propuesta del Anteproyecto incorporaba los remedios de resolución del contrato y de reducción del precio tampoco hubiera sido conforme con el Derecho europeo. Recordemos, al respecto, que los Estados miembros pueden establecer las condiciones de aplicación de los remedios contra las prácticas comerciales desleales (art. 11 bis DPCD) pero siempre sujetos al principio de efectividad del Derecho europeo. En su virtud, los Estados miembros no pueden hacer excesivamente complicado ejercitar una acción derivada del Derecho de la UE¹⁶³. La propuesta del Anteproyecto hubiese vulnerado el principio de efectividad ya que, como requisito para ejercitar una acción de resolución contractual o de reducción del precio del contrato, exigía la previa constatación de una infracción administrativa, establecida por

¹⁶² Anteproyecto de ley por el que se modifica el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, para la mejora y modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión Europea y del régimen sancionador en materia de consumo. Disponible en https://www.mscbs.gob.es/normativa/audiencia/docs/APRL_defensa_consumidores_usuarios.pdf [Consulta: 19 noviembre 2021].

¹⁶³ Vid. supra, 3.2.

resolución firme. También podría haberse afectado el principio de equivalencia del Derecho de la UE, según el cual los remedios que se concedan para salvaguardar un derecho reconocido en el Derecho europeo no han de ser menos favorables que aquellos previstos para el Derecho nacional¹⁶⁴. En este sentido, las acciones de resolución del contrato y de reducción del precio del Derecho común español no requieren la previa constatación de una infracción administrativa, por lo que dicha exigencia respecto del Derecho de la UE lo colocaría en una situación desfavorable.

Ciñéndonos al RD-ley 24/2021, el único remedio contra las prácticas comerciales desleales que contempla es el de daños y perjuicios. No obstante, el diseño del remedio es insuficiente y, además, parece incurrir en algunos de los defectos que se han apuntado respecto del Anteproyecto para los remedios resolutorio y de reducción del precio.

El diseño de la acción de daños y perjuicios es insuficiente porque deja sin resolver cuestiones centrales como el de la causalidad entre la práctica comercial desleal y el daño. En un contexto marcado por el estándar jurídico del «consumidor medio» que define una práctica comercial desleal en la cláusula general y en las especiales de la DPCD (arts. 5 y 6, 7 y 8, respectivamente), correspondía que la norma de transposición se hubiera pronunciado sobre cómo cohonestar la estandarización de la DPCD con la individualización característica del resarcimiento en el Derecho nacional. Al respecto, el Derecho inglés hubiera sido un buen parámetro de comparación¹⁶⁵.

Por otra parte, si bien con menor nitidez, el RD-ley 24/2021 podría vulnerar los principios de equivalencia y efectividad del Derecho europeo, por razones similares a las que se apuntaron respecto del Anteproyecto. Cabe recordar que la acción de daños y perjuicios derivada del acaecimiento de prácticas comerciales desleales se regula en el nuevo art. 20 bis TRLGDCU, apartado segundo, que incorpora el RD-ley 24/2021. La regulación es escueta y establece que quienes «hubieran realizado de forma conjunta la infracción referida en el apartado anterior» serán solidariamente responsables de resarcir los daños y perjuicios. El apartado anterior (art. 20 bis TRLGDCU, apartado primero) trata de las acciones declarativa de deslealtad, de cesación, de remoción y de rectificación de la LCD, y no hace mención explícita a una infracción administrativa, como parece desprenderse del apartado segundo. En relación con dichas acciones de la LCD se establece que se considerará acreditado

¹⁶⁴ Ibid.

¹⁶⁵ Vid. supra, 4.3.

«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».

En el Anteproyecto, el apartado tercero del art. 20 bis TRLGDCU dotaba de cierta coherencia interpretativa a todo el precepto al explicitar que el remedio resolutorio procedía en caso de infracción grave o muy grave, constatada por autoridad judicial o administrativa. Para el resto de infracciones se concedía la reducción del precio. La calificación de las infracciones no dejaba margen para la duda respecto del carácter administrativo-sancionador del término «infracción». Ese resorte de interpretación sistemática desaparece en el RD-ley 24/2021, ya que ese apartado del precepto no se incluyó en el texto definitivo.

En cualquier caso, si la lectura correcta del texto final del RD-ley 24/2021 es que la acción de daños y perjuicios requiere una resolución administrativa o judicial firme, del carácter que fuera (sancionadora o no), por la que se constatase el uso de prácticas comerciales desleales con carácter previo al ejercicio de la acción, se vulnerarían los principios de efectividad y equivalencia del Derecho de la Unión. Tal requisito haría excesivamente difícil el ejercicio del remedio indemnizatorio que, para la DCPD, introduce la Directiva de modernización, afectando la efectividad del Derecho de la UE. Además, la exigencia de una resolución administrativa o judicial previa para el ejercicio de la acción de indemnización por daños y perjuicios colocaría al Derecho europeo en una situación desfavorable respecto del Derecho español, que no contempla tal requisito en un escenario comparable.

Alternativamente, podría considerarse que la aplicación del art. 20 bis TRLGDCU, apartado segundo, se ciñe al supuesto de la responsabilidad conjunta por daños y perjuicios, estableciéndose la solidaridad. De este modo, el mencionado artículo no comprendería la responsabilidad individual derivada de la realización de prácticas comerciales desleales.

Por otra parte, podría adoptarse una interpretación laxa de la expresión «infracción» del referido art. 20 bis TRLGDCU, apartado segundo, en relación con el apartado primero de dicho artículo, para asumir que el legislador la utiliza con un sentido impropio, como sinónimo de incurrir en una práctica comercial desleal. De ser así, la acción de daños no requeriría una resolución judicial o administrativa previa.

Ambas interpretaciones conducirían a la conclusión de que el RD-ley 24/2021 no llevó a cabo una transposición expresa de la acción de daños y perjuicios derivada de una

práctica comercial desleal que contempla la Directiva de modernización. De este modo, la indemnización por el perjuicio causado por prácticas comerciales desleales continuaría rigiéndose por el art. 32.1.5ª LCD, si fuera extracontractual¹⁶⁶, o el art. 1101 CC para la acción derivada del contrato.

Ambos preceptos exigirían la prueba del dolo o la culpa del agente que incurre en una práctica desleal. La posibilidad de requerir la culpa o el dolo, en adición a la práctica comercial desleal, cabría dentro de la autonomía procesal de España a la que, como Estado miembro, corresponde establecer las condiciones de aplicación del remedio indemnizatorio¹⁶⁷. Será el TJUE quien, en última instancia, determine si la concurrencia de dolo o culpa es acorde con el principio de efectividad del Derecho de la UE, teniendo en cuenta las peculiaridades de la DPCD.

En conclusión, la transposición de la Directiva de modernización, en lo que respecta a los remedios de Derecho privado, ofrece lagunas significativas. Las urgencias para cumplir con el plazo de transposición de la directiva, aspecto que señala el RD-ley 24/2021, podría encontrarse en la raíz del problema. El legislador español dejó transcurrir casi dos años desde que se publicó la directiva en diciembre de 2019 para transponerla unas semanas antes del vencimiento, previsto para el 28 de noviembre de 2021. La incorrecta transposición de la directiva podrá conllevar aquella consecuencia que quería evitarse: una sanción por falta de transposición en plazo, reconvertida en una sanción por transposición defectuosa. Asimismo, es posible que el RD-ley 24/2021 sea fuente inagotable de planteamientos de cuestiones prejudiciales al TJUE (art. 267 TFUE), en el seno de procedimientos entre particulares.

5. CONCLUSIONES

La DPCD es una norma reguladora del mercado que persigue las prácticas comerciales desleales. Se protege a los consumidores contra dichas prácticas como medio de lograr el fin del buen funcionamiento del mercado interior de la Unión Europea.

La redacción original de la DPCD dejó a discreción de los Estados miembros la concesión de acciones individuales contra las prácticas comerciales desleales. La Directiva de modernización cambió el enfoque y reformó la DPCD, armonizando tres remedios: la indemnización de daños y perjuicios, la reducción del precio y la resolución del contrato.

¹⁶⁶ CERVERA MARTÍNEZ, «Acciones y legitimación...», *op. cit.*, p. 1863

¹⁶⁷ Art. 11 bis DPCD

Dichas acciones remedian actos y omisiones que pueden coincidir con las que subyacen a las acciones de Derecho nacional. En este sentido, las prácticas comerciales de acción engañosa y de omisión engañosa tratan supuestos fácticos semejantes, por ejemplo, a los que dan lugar a la acción de dolo. Sin embargo, a diferencia del dolo, las partes del contrato no son el parámetro de referencia para determinar el éxito de la acción, sino el estándar jurídico del «consumidor medio». Es este «consumidor medio» al que la práctica comercial debe inducir o ser susceptible de inducir a error, llevándole o pudiéndole llevar a tomar una decisión sobre una transacción que de otro modo no habría adoptado, con total prescindencia de un consumidor particular. Al hacer del «consumidor medio» un elemento central de la acción, los remedios de la DPCD trastocan el Derecho privado interno.

No obstante, corresponde a los Estados miembros definir las condiciones de aplicación de los remedios de la DPCD, sujeto a los principios de equivalencia y efectividad del Derecho de la UE. Por consiguiente, cabe imaginar que los Estados miembros combinen la causalidad abstracta de la DPCD (la referencia al «consumidor medio») con una causalidad individualizada, que determine el perjuicio del consumidor en concreto.

En caso de hacerlo, habrán de operar con gran equilibrio por las exigencias propias de la DPCD respecto del estándar jurídico del consumidor medio que se utiliza como parámetro recurrente de la deslealtad de una práctica comercial. La regulación nacional de los remedios de la DPCD no puede impedir ni hacer excesivamente complicado ejercitar una acción derivada del Derecho de la UE, en virtud del principio de efectividad. Una acción que exigiera una causalidad particularizada y exhaustiva podría no cumplir adecuadamente con dicho principio.

En el mismo sentido, la noción objetiva y funcional de consumidor que impera en el Derecho europeo impediría tener en cuenta las circunstancias personales del consumidor particular, incluyendo su experiencia y conocimientos concretos. Esto también repercutiría en contra de una causalidad excesivamente individualizada.

Es de lamentar que la transposición de la Directiva de modernización al Derecho español por el RD-ley 24/2021 se haya efectuado de forma defectuosa. Dicha norma omite regular los remedios de reducción del precio y de resolución del contrato. Por otra parte, la acción de daños y perjuicios se trata de manera tangencial, sin abordar la cuestión central de la causalidad.

No sería descabellado imaginar que la transposición de la Directiva de modernización en los Estados miembros, con el reconocimiento de remedios individuales que conlleva, «despertara» a la DPCD,¹⁶⁸ provocando la intervención del TJUE en un número creciente de cuestiones relacionadas con la DPCD que se encuentran pendientes de interpretación. El estándar jurídico del consumidor medio de la DPCD, la noción objetiva de consumidor y los principios de equivalencia y efectividad determinarán la suerte de las regulaciones de los remedios individuales que establezcan los Estados miembros. No sería extraño que la defectuosa transposición de la Directiva de modernización en España pusiera el Derecho español a prueba de modo recurrente.

BIBLIOGRAFÍA

CAFAGGI, F., «From a Status to a Transaction Based Approach? Institutional Design in European Contract Law», *Common Market Law Review* (2013), pp. 311-330.

CAFAGGI, F. y IAMICELI, P., «The Principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness in the Enforcement of EU Consumer Law: The Impact of a Triad on the Choice of Civil Remedies and Administrative Sanctions», *European Review of Private Law*, 2017, pp. 575-618.

CÁMARA LAPUENTE, S., «Las (seis) SS.T.S. posteriores a la S.T.J.U.E. 21 diciembre 2016. El control de transparencia sigue en construcción, muta y mutará aún más: hacia la transparencia subjetiva. (Comentario a las SS.T.S. de 24 de febrero 2017, 9 marzo 2017, 20 abril 2017 y 25 mayo 2017)», *Boletín del Colegio de Registradores de España* (2017), núm. 42, pp. 1770-1790.

CARRASCO PERERA, Á., «Un mapa de situación: Directivas de cláusulas abusivas, de prácticas desleales y de "derechos" de los consumidores», *Revista Cesco de Derecho de consumo* (2012), 1, pp. 80-94.

CERVERA MARTÍNEZ, M., «Acciones y legitimación ante un acto de competencia desleal. Prescripción», en J.A. GARCÍA CRUCES, *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, II, Tirant, Valencia, 2014, pp. 1843-1944.

CIVIC CONSULTING para la Comisión Europea, «Study for the Fitness Check of EU Consumer and Marketing Law» (2017), Partes I y III, ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=59332.

¹⁶⁸ Haciendo un paralelismo con lo que sucedió con la Directiva sobre cláusulas abusivas, apropiándome del recurso al famoso cuento de los hermanos Grimm que hicieron, para esa directiva, MICKLITZ, H.-W. y REICH, N., «The Court and Sleeping Beauty: The Revival of the Unfair Contract Terms Directive (UCTD)», *Common Market Law Review* (2014), p.772.

COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, «Un nuevo marco para los consumidores», 11.04.2018, COM(2018) 183 final.

- Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores, 23.05.2017, COM(2017)259.

- Documento de trabajo de los servicios de la Comisión sobre la evaluación de la Directiva sobre los derechos de los consumidores, 23.05.2017, SWD(2017)169.

- Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento «Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro» (COM [2004] 651 final).

- Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento «Un derecho contractual europeo más coherente - Plan de acción» (COM [2003] 68 final).

- Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento «sobre Derecho contractual europeo» (COM [2001] 398 final).

DE ELIZALDE, F., «Standardisation of Agreement in EU Law. An Adieu to the Contracting Parties?», en T. TRIDIMAS y M. DUROVIC, *New Directions in European Private Law*, Hart, 2021, pp. 29-59.

DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, I, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007.

DUROVIC, M., *European Law on Unfair Commercial Practices and Contract Law*, Hart, Oxford, 2016.

- «The Subtle Europeanization of Contract Law. The Case of Directive 2005/29 EC on Unfair Commercial Practices», *European Review of Private Law* (2015).

HESSELINK, M., «Contract Theory and EU Contract Law», *Amsterdam Legal Studies Research Paper* 2015-39, 2005. Disponible en: papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2674508.

HOWELLS, G., «Aggressive Commercial Practices», en G. HOWELLS, H.-W. MICKLITZ Y T. WILHELMSSON, *European Fair Trading Law. The Unfair Commercial Practices Directive*, Ashgate, Aldershot, 2006, pp. 167-194.

KRUIHOF, M., «A Differentiated Approach to Client Protection: The Example of MiFID», en S. Grundmann and Y. Atamer (dirs.), *Financial Services, Financial Crisis, and General European Contract Law: Failures and Challenges of Contracting*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2011, pp. 105 y 161.

LESKINEN, C. y DE ELIZALDE, F., «The Control of Terms That Define the Essential Obligations of the Parties under the Unfair Contract Terms Directive: Gutiérrez Naranjo», *Common Market Law Review*, 2018, pp. 1595–1618.

LOOS, M., «The Modernization of European Consumer (Continued): More Meat on the Bone After All», *European Review of Private Law* (2020), 2, pp. 407-424.

MASSAGUER, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*, Thomson Civitas, Madrid, 2006.

MICKLITZ, H.-W., *The Politics of Justice in European Private Law. Social Justice, Access Justice, Societal Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.

- «The Visible Hand of European Regulatory Private Law – The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism in Competition and Regulation», *Yearbook of European Law*, 2009, pp. 3-59.

- «The General Clause on Unfair Practices», en G. HOWELLS, H.-W. MICKLITZ Y T. WILHELMSSON, *European Fair Trading Law. The Unfair Commercial Practices Directive*, Ashgate, Aldershot, 2006, pp. 138 y 149.

MICKLITZ, H.-W. y REICH, N., «The Court and Sleeping Beauty: The Revival of the Unfair Contract Terms Directive (UCTD)», *Common Market Law Review*, 2014, pp.771-808.

MORALES MORENO, A. M., «Art. 1269», en C. PAZ-ARES, L. DÍEZ-PICAZO, R. BERCOVITZ y P. SALVADOR, *Comentario del Código Civil*, I, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 468-470.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Información precontractual obligatoria, error, prácticas comerciales desleales», en Á. CARRASCO PERERA (dir.), *Tratado de la compraventa: homenaje a Rodrigo Bercovitz*, I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 379-387.

SCHEBESTA, H. y PURNHAGEN, K., «Island or Ocean: Empirical Evidence on the Average Consumer Concept in the UCPD», *European Review of Private Law* (2020), 2, pp. 293-310.

STEENNOT, R., «Belgium: Private Law Remedies for Breach of the Prohibition of Unfair Commercial Practices», *Journal of European Consumer and Market Law*, 2015-5, pp. 188-193.

STUYCK, J., TERRY, E. y VAN DYCK, T., «Confidence through fairness? The new Directive on unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market», *Common Market Law Review*, 2006, pp. 107-152.

TERRY, E., «Consumers, By Definition, Include Us All... But Not For Every Transaction», *European Review of Private Law* (2016), pp. 271-286.

THE LAW COMMISSION y la SCOTTISH LAW COMMISSION, «Consumer Redress for Misleading and Aggressive Commercial Practices», Law Com No. 332 & Scot Law Com No. 226(2012).

WEATHERILL, S., «Who is the "average consumer"?, en S. WEATHERILL y U. BERNIZ (dirs.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques*, Hart, Oxford, 2007, pp. 115-138.

WEATHERILL, S. y BERNIZ, U., «Introduction» en S. WEATHERILL y U. BERNIZ (dirs.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques*, Hart, Oxford, 2007, p. 1-10.

WHITTAKER, S., «Consumer contracts», en H. BEALE (dir.), *Chitty on Contracts*, II, Sweet & Maxwell, Londres, 2015, §§ 38-001-38-399 (pp. 883-1290).

- «The Relationship of the Unfair Commercial Practices Directive to European and National Contract Laws», en S. WEATHERILL y U. BERNIZ (dirs.), *The Regulation of Unfair*

Commercial Practices under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques, Hart, Oxford, 2007, pp. 139-158.

WILHELMSSON, T., «Misleading Practices», en G. HOWELLS, H.-W. MICKLITZ Y T. WILHELMSSON, *European Fair Trading Law. The Unfair Commercial Practices Directive*, Ashgate, Aldershot, 2006, pp. 123-165.

Fecha de recepción: 23.07.2021

Fecha de aceptación: 21.12.2021