

La condición de práctica comercial desleal atribuible a un clausulado predispuesto no transparente firmado por un consumidor: STJUE (Sala Novena) de 2 de febrero de 2023 (Asunto C-208/21)¹

LUIS MARÍA MIRANDA SERRANO

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Córdoba

Consejero Académico de Dueñas Ruat Abogados

1.- ¿Un contrato colectivo *unit-linked* elaborado por una empresa aseguradora y firmado por un consumidor a propuesta de una segunda empresa (en su condición de tomadora del seguro), puede considerarse una práctica comercial desleal en el sentido de la Directiva 2005/29/CE cuando el contrato está redactado de tal modo que el consumidor no puede comprender ni la naturaleza ni la configuración del seguro ni los riesgos que conlleva?

Sobre la respuesta que ha de ofrecerse a esta cuestión gira principalmente la STJUE (Sala Novena) de 2 de febrero de 2023, que aborda el complejo y proceloso asunto de las relaciones entre el Derecho de obligaciones y contratos y el Derecho de la competencia desleal en el ámbito específico de las relaciones de consumo.

2.- Hasta la entrada en vigor de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales contra los consumidores, podríamos afirmar, casi con total seguridad, que la comunidad jurídica española se decantaría casi unánimemente por ofrecer una respuesta negativa a la pregunta que abre estas reflexiones. A este caso –se diría– habría de aplicarse el Derecho de obligaciones y contratos, pero no la normativa de la competencia desleal, cuya función queda relegada a la fase promotora de la contratación, sin abarcar la etapa puramente contractual (de celebración del contrato) ni tampoco, por supuesto, la poscontractual (de ejecución del negocio).

Y es que, ciertamente, con anterioridad a la incorporación de la referida Directiva a nuestro ordenamiento, se entendía que la celebración del contrato determinaba la retirada o inaplicabilidad de la norma sobre competencia desleal, y, por ende, abocaba a resolver el conflicto de que se tratase tan solo mediante el Derecho de obligaciones y contratos, con absoluta independencia

¹ Estas reflexiones se insertan en los siguientes Proyectos de investigación: 1º) Proyecto nacional (referencia: PID2020-117872RB-100) financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España (IP: MIRANDA SERRANO y PAGADOR LÓPEZ); 2º) Proyecto autonómico (referencia: P20_00002) financiado por la Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades de la Junta de Andalucía (IP: MIRANDA SERRANO); y 3º) Proyecto local FEDER-UCO (referencia: 1380525-R) financiado por la Universidad de Córdoba (IP: MIRANDA SERRANO y PAGADOR LÓPEZ).

de las valoraciones procedentes de la disciplina prohibitiva de la deslealtad concurrencial.

3.- Sin embargo, la situación cambió sustancialmente tras la aprobación de la Directiva 2005/29/CE. A partir de ese momento, en efecto, la determinación de si un contrato (o, si se prefiere, una determinada cláusula contractual) puede merecer la consideración de práctica comercial (*ex* Directiva 2005/29/CE) o de acto de competencia (*ex* Ley de Competencia Desleal: LCD), ha pasado a ser una cuestión debatida en la comunidad jurídica española. Así lo corrobora la existencia sobre ella de dos opiniones doctrinales diversas, una negativa y otra afirmativa.

4.- La opinión doctrinal mayoritaria es de signo negativo. Conforme a ella, el contrato no tiene encaje en la noción de práctica comercial (Directiva 2005/29/CE) ni de acto de competencia (LCD). Para los partidarios de esta solución, los argumentos que la apoyan se concretan básicamente en dos preceptos: 1º) el artículo 3.2 de la Directiva 2005/29/CE, según el cual esta Directiva se entiende sin perjuicio “del Derecho contractual, y en particular de las normas relativas a la validez, formación o el efecto de los contratos”; y 2º) el artículo 19.2 del Texto Refundido de Consumidores (TRLGDCU), que niega la consideración de prácticas comerciales a “las relaciones de naturaleza contractual”.

5.- Frente a la solución anterior, otra doctrina más minoritaria se muestra favorable a aceptar el encaje de la noción de contrato (o de cláusula negocial) dentro de los conceptos de práctica comercial (Directiva 2005/29/CE) y de acto de competencia (LCD). Como base o fundamento de esta otra tesis, se invoca principalmente el artículo 2.3 LCD, en la medida en que en él se establece la aplicación del régimen represor de la deslealtad concurrencial a las prácticas comerciales realizadas antes, durante y después de una operación comercial o contrato, independientemente de que éste llegue o no a celebrarse.

6.- Aunque soy consciente del carácter abierto del asunto, desde siempre me he inclinado por la segunda solución. Especialmente, en consideración a dos datos que, a mi juicio, no deben perderse de vista en esta materia. Me refiero, en primer lugar, a que la Directiva 2005/29/CE parece optar por una noción amplia de práctica comercial que, además, viene siendo objeto de una interpretación extensiva por parte del TJUE. A lo que ha de añadirse, en segundo lugar, la constatación fáctica de que en la realidad del actual tráfico mercantil los operadores económicos se valen en no pocas ocasiones de los clausulados contractuales para incorporar prácticas engañosas o agresivas en perjuicio de los intereses económicos de los consumidores y usuarios.

Además, desde mi punto de vista, el artículo 2.3 de nuestra LCD sirve de apoyo a esta interpretación. No en vano, de él puede inferirse (al menos, a mí así me lo parece) que la moderna normativa represora de la competencia desleal abandona la tutela preventiva típica que históricamente le fue propia, relativa a las fases precontractual y paracontractual, para dar entrada a los actos empresariales susceptibles de lesionar la libre decisión negocial de los consumidores y usuarios, con independencia de que se manifiesten en las etapas precontractual, contractual o poscontractual.

7.- Lo anterior es corroborado por la experiencia legislativa alemana. La incorporación de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas desleales contra los consumidores a este ordenamiento conllevó, entre otros cambios, el reemplazamiento del término “acto de competencia” (*Wettbewerbsbehandlung*) por el más amplio de “acto comercial” (*geschäftliche Verhandlung*). Obviamente, este cambio terminológico no obedeció a un capricho del legislador alemán. Antes bien, respondió a una razón directamente conectada con la antecitada Directiva que, además, coincide con la idea presente en el artículo 2.3 LCD: que, a partir de la Directiva 2005/29/CE, la disciplina de la competencia desleal se ocupa de comportamientos de mercado que tienen lugar antes, durante y después de la celebración de los contratos.

8.- Pues bien, en esta misma dirección se mueve la STJUE (Sala Novena) de 2 de febrero de 2023 sobre la que giran estas reflexiones. En ella el TJUE manifiesta con claridad su opinión favorable a entender que la firma por un sujeto que actúa en condición consumidora de un contrato de seguro que no cumple las exigencias del hoy conocido como control de transparencia material o cualificado (con referencia al control dirigido a garantizar que en el momento de la celebración del contrato el consumidor posea un conocimiento efectivo del objeto principal o parte económica del negocio) constituye una práctica comercial desleal en el sentido en que se define esta figura en la Directiva 2005/29/CE. En apoyo de esta solución, el TJUE se vale de la siguiente argumentación (que me limito a exponer de forma muy sintética):

Primero: El concepto de “prácticas comerciales” está definido en la Directiva 2005/29/CE “de manera especialmente amplia, ya que las prácticas de que se trata deben ser, por una parte, de carácter comercial, es decir, realizadas por comerciantes, y, por otra, deben estar relacionadas directamente con la promoción, la venta o el suministro de productos a los consumidores” (debiéndose entender el término producto como comprensivo tanto de bienes como de servicios).

Segundo: En el caso de un contrato colectivo *unit-linked*, el seguro conlleva un elemento de inversión que le es indisociable, por lo que la información contractual a suministrar al consumidor ha de incluir “indicaciones sobre las características esenciales de los activos representativos de ese contrato (...), incluidos los principios generales que rigen su rendimiento, así como información clara, precisa y comprensible sobre los riesgos estructurales asociados a dichos activos representativos, a saber, los riesgos inherentes a su naturaleza y que puedan afectar directamente a los derechos y obligaciones dimanantes de la relación de seguro, como los riesgos asociados a la depreciación de las participaciones del fondo de inversión al que el mencionado contrato está vinculado o el riesgo de crédito del emisor de los instrumentos financieros que componen los activos representativos”.

Tercero: La empresa tomadora del contrato de seguro, que actúa como intermediaria, tiene el deber de “transmitir esa información contractual a todo consumidor antes de la adhesión de éste a dicho contrato, acompañada de cualquier otra precisión que resulte necesaria habida cuenta de las exigencias y necesidades de este consumidor. Estas precisiones deben adaptarse en función

de la complejidad de tal contrato y deben formularse con claridad y exactitud y de manera comprensible para el consumidor”.

Cuarto: La redacción del contrato tipo por parte de la empresa de seguros “también está comprendida en el concepto de práctica comercial, en el sentido de la Directiva 2005/29/CE”.

Quinto: Al ser la información referida en el punto *Segundo* de carácter esencial, podríamos estar en este caso ante una práctica engañosa del artículo 5.4 de la Directiva 2005/29/CE; aunque más concretamente –precisa el TJUE– cabría considerar que nos encontramos ante una omisión engañosa del artículo 7 de esa misma Directiva. Sobre todo, porque a esta calificación conduce el hecho de que un contrato tipo omita, oculte o comunique de forma poco clara, ininteligible o ambigua la información contractual (esencial) a la que se ha hecho referencia en el punto *Segundo*, de tal modo que no permita al consumidor “comprender la naturaleza y la configuración del producto de seguro ofrecido ni los riesgos que conlleva, ni elegir, así, con conocimiento de causa el producto de seguro que mejor se ajuste a sus necesidades”.

9.- Lo cierto es que esta STJUE no constituye el primer pronunciamiento del TJUE favorable a entender que una cláusula de un contrato de consumo (contrato B2C) merece la consideración de práctica comercial a la luz de la Directiva 2005/29/CE. Con anterioridad a ella contamos con resoluciones en esta misma dirección.

Muy ilustrativa es, por ejemplo, la STJUE de 15 de marzo de 2010 dictada en el en el asunto C453/10, *Pereničová y Perenič*. En ella, ante la cuestión planteada por el tribunal remitente en relación a “si la indicación en un contrato de crédito al consumo de una TAE inferior a la real puede considerarse una práctica comercial desleal, en el sentido de la Directiva 2005/29”, encajable -en particular- en las conductas engañosas, el Alto Tribunal europeo respondió que “una práctica comercial como la controvertida en el asunto principal (...), constituye una información falsa sobre el coste total del crédito y, por consiguiente, sobre el precio contemplado en el artículo 6, apartado 1, letra d), de la Directiva 2005/29”. Y a lo anterior añadió (en lo que aquí especialmente interesa) que, dado que “la indicación de dicha TAE hace o puede hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado, lo que corresponde verificar al juez nacional, esta información falsa debe calificarse de práctica comercial «engañosa» con arreglo al artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva”.

También revisten interés a los propósitos aquí perseguidos las extensas consideraciones que sobre esta materia realiza la Abogada General, Sra. Trstenjak, en sus conclusiones presentadas a este mismo asunto (el C-453/10: *Pereničová y Perenič*). En ellas en concluye que “la Directiva 2005/29/CE debe interpretarse en el sentido de que el comportamiento de un profesional que indica en el contrato una TAE inferior a la real, cumple los criterios para ser calificado de práctica comercial desleal”.

10.- La forma de razonar del TJUE a la que acabo de referirme no se concilia bien con otra línea jurisprudencial seguida por este mismo tribunal en

el ámbito de los contratos de consumo celebrados a través de condiciones generales o clausulados predispuestos. Me explico:

1º.- Según la STJUE sobre la que versan estas reflexiones, el clausulado contractual no transparente, analizado desde la perspectiva que ofrece la normativa reguladora de la competencia desleal frente a los consumidores, en la medida en que no permite al consumidor comprender la naturaleza y configuración del producto contratado (un seguro colectivo) y de los riesgos que a él se anudan, ha de considerarse una práctica desleal engañosa en el sentido de la Directiva 2005/29/CE y, por ende, ilícita, en la medida en que afecta a la libre decisión negocial del consumidor que emite el consentimiento negocial sin pleno conocimiento de causa (esto es, sin que concurra lo que a mí me gusta denominar la “libertad de saber”).

2º.- Sin embargo, cuando el TJUE analiza las cláusulas negociales no transparentes desde la perspectiva del Derecho contractual de consumo, la conclusión a la que llega puede ser distinta. Como se sabe, desde esta otra óptica, este Alto Tribunal ha optado por sostener con claridad que la no transparencia material de una cláusula predispuesta conlleva la reactivación del control de contenido o abusividad. Razón por la cual nada impide que una cláusula relativa al objeto principal o entramado económico del contrato merezca considerarse no transparente (en sentido material) y, sin embargo, se reputé finalmente lícita por superar el control de contenido o abusividad.

Entre otras, corroboran esta forma de argumentar del TJUE, en el ámbito del Derecho contractual de consumo, la STJUE de 26 de febrero de 2015 (asunto *Bogdan Matei, Ioana Ofelia Matei y SC Volksbank România SA*) y la STJUE de 26 de enero de 2017 (asunto *Banco Primus, S.A. y Jesús Gutiérrez*).

Como se sabe, esta jurisprudencia ha influido notablemente sobre nuestro Tribunal Supremo. Así lo confirma la, en su momento, muy esperada STS de 12 de noviembre de 2020, relativa a un préstamo hipotecario con un tipo de interés variable referenciado al índice IRPH. En ella el TS parte de sostener que el hecho de que una determinada cláusula “no sea transparente, no quiere decir que siempre y automáticamente sea abusiva”. Y añade a continuación que, en lo que se refiere a las estipulaciones relativas al objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y prestación (ex art. 4.2 Directiva 93/13/CEE), resulta aplicable la jurisprudencia del TJUE, según la cual “una vez apreciada la falta de transparencia es cuando debe hacerse el juicio de abusividad”. De modo que “la declaración de falta de transparencia sería condición necesaria, pero no suficiente, para la apreciación de la abusividad”.

En suma, de lo expuesto se deduce que, a juicio del TJUE, la cláusula no materialmente transparente, en la medida en que causa engaño en el consumidor, merece la consideración de práctica engañosa y, por ende, ilícita a la luz de la Directiva 2005/29/CE, mientras que, sin embargo, una cláusula similar, pero analizada desde la perspectiva de la Directiva 93/13/CEE, no tiene que ser necesariamente ilícita, sino sólo cuando no supere el control de contenido o abusividad.

11.- Esta forma de enfocar el asunto que nos ocupa no parece razonable. En los dos casos, esto es, tanto si el análisis se realiza desde el punto de vista

que ofrece la Directiva 2005/29/CE como se si se hace desde el ángulo que proporciona la Directiva 93/13/CE, el bien jurídico protegido es el mismo: el derecho del consumidor a elegir con conocimiento de causa (libertad de saber) el bien o servicio que desea contratar. Por ello, si dicho bien jurídico resulta lesionado, las cláusulas causantes de la lesión, ya sea en su condición de prácticas comerciales (*ex* Directiva 2005/29/CE) o de estipulaciones negociales predispuestas (*ex* Directiva 93/13/CE) habrían de merecer la sanción de la ilicitud.

No cabe perder de vista, en la dirección que acabo de apuntar, que el carácter unitario del ordenamiento y su necesaria coherencia valorativa interna exigen no considerar lícito por el Derecho de contratos lo que es declarado ilícito por el Derecho de la competencia desleal y a la inversa. Ambos sectores, pese a sus diversas funciones político-jurídicas y normativas, no deben entrar en contradicciones. La idea de unidad del sistema jurídico, tan necesaria para evitar los conflictos entre normas pertenecientes a un mismo ordenamiento, requiere armonía entre las decisiones y valoraciones jurídicas pertenecientes a dos sectores normativos cada vez más imbricados y comprometidos en un destino común, como son el Derecho de la competencia y el Derecho de la contratación.

12.- Aunque la atribución de la condición de práctica comercial desleal a un clausulado predispuesto de consumo es la cuestión principal abordada por la STJUE (Sala Novena) de 2 de febrero de 2023, hay otro asunto de interés al que también se refiere esta resolución y que no me gustaría silenciar aquí. Éste gira en torno a la interpretación del artículo 11 bis, en relación con los artículos 3.2 y 13, todos ellos de la Directiva 2005/29/CE.

El artículo 11 bis establece que “(l)os consumidores perjudicados por prácticas comerciales desleales tendrán acceso a medidas correctoras proporcionadas y eficaces, incluida una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por el consumidor y, cuando proceda, una reducción del precio o la resolución del contrato”. Y a ello añade que tales 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”.

El artículo 3.2, por su parte, dispone que la Directiva 2005/29/CE 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”.

Finalmente, el artículo 13 se refiera a las sanciones a adoptar por los Estados miembros para el cumplimiento de la Directiva, exigiendo que sean “efectivas, proporcionadas y disuasorias”.

En concreto, el órgano jurisdiccional que plantea la cuestión prejudicial al TJUE (de la que trae causa la STJUE de 2 de febrero de 2023) desea conocer su opinión acerca de si una norma que confiere al consumidor el derecho de solicitar la anulación de un contrato celebrado como consecuencia de la comisión de una práctica comercial desleal puede considerarse una medida sancionadora proporcionada en el sentido del artículo 13 de la Directiva 2005/29/CE.

Al respecto, la respuesta del TJUE es clara. Por un lado, sostiene que “de una interpretación literal, sistemática y teleológica del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2005/29/CE se desprende que esta disposición no se opone a que los Estados miembros confieran al consumidor que ha celebrado un contrato que tuvo lugar a raíz de la utilización de una práctica comercial el derecho a solicitar la anulación de ese contrato, siempre que tal medida sancionadora sea eficaz, proporcionada y disuasoria, en el sentido del artículo 13 de dicha Directiva”. Y a esto añade que dicha interpretación “no queda desvirtuada por la circunstancia de que la Directiva (UE) 2019/2161 haya introducido un nuevo artículo 11 *bis* en la Directiva 2005/29/CE”, con la redacción más arriba transcrita; sobre todo, si se repara en que el referido artículo 11 bis establece unas medidas a adoptar, pero dejando la puerta abierta a la aplicación de otras posibles “medidas correctoras” de que dispongan los consumidores en virtud de los Derechos nacionales.

Sobre la base de estas consideraciones, el TJUE concluye que el derecho del consumidor a poder solicitar la anulación de un contrato celebrado en unas circunstancias que no le permiten comprender la naturaleza y configuración del propio contrato ni de los riesgos que conlleva, puede considerarse una sanción eficaz, proporcionada y disuasoria en el sentido del artículo 13, si bien dicho extremo habrá de ser comprobado por el órgano jurisdiccional remitente a la vista de todas las circunstancias concurrentes.

13.- Por cierto que al acometerse por el RDL 24/2021 la incorporación a nuestro ordenamiento de las novedades introducidas en la Directiva 2005/29/CE por la Directiva (UE) 2019/2161 se ha optado por no transponer a nuestra LCD el contenido del artículo 11 bis de la Directiva 2005/29/CE, relativo a las medidas correctoras individuales a ejercitar por el consumidor frente a prácticas comerciales desleales. Al respecto, ha de reconocerse que no supone ninguna laguna jurídica en nuestro Derecho que haya que lamentar el que el RDL 24/2021 no haya reconocido al consumidor perjudicado por un acto de competencia desleal la posibilidad de ejercitar una acción de indemnización de daños y perjuicios, pues los consumidores cuentan con legitimación activa para el ejercicio de dicha acción desde la fecha de promulgación de la LCD en 1991 (artículos 32 y 33).

Ahora bien, no puede decirse lo mismo de otras medidas correctoras a las que también alude el referido artículo 11 bis, como la reducción del precio o, en su caso, la resolución del contrato, cuya utilidad para la protección de los intereses económicos de los consumidores y usuarios que celebran contratos sobre la base de prácticas comerciales desleales no parece cuestionable.

14.- Es verdad, no obstante, que el RDL 24/2021 ha traído alguna novedad en esta materia, pero no en el articulado de la LCD sino en el del TRLGDCU. Así lo pone de manifiesto el nuevo artículo 20 bis del TRLGDCU que, bajo la rúbrica “medidas correctoras como consecuencia de las prácticas comerciales desleales a disposición de los consumidores y usuarios perjudicados”, dispone lo que sigue:

“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”.

Antes de poner punto final a estas breves reflexiones, no me resisto a censurar al legislador español por haber incorporado al TRLGDCU las reglas de los apartados 1 y 2 del artículo 20 bis. En rigor, merecerían haberse incluido en la LCD, al versar sobre aspectos sustantivos de algunos de los remedios de la acción por competencia desleal. Con esta forma de proceder, el legislador nacional no hace otra cosa que intensificar la disgregación normativa que, lamentablemente, sufre nuestro Derecho de la competencia desleal; sobre todo, a partir de la gran reforma acometida en 2009 para incorporar las exigencias de la Directiva 2005/29/CE.

Bibliografía básica de referencia: CASADO NAVARRO, A., *Consecuencias negativas de las prácticas desleales contra los consumidores. Relaciones entre el Derecho contractual de consumo y el Derecho de la competencia desleal*, Marcial Pons, 2023; IDEM, “Consideraciones críticas sobre la opción del Real Decreto-Ley 24/2021 de no incorporar medidas correctoras individuales frente a prácticas desleales con consumidores”, en *La Ley Mercantil*, núm. 88, 2022; GARCÍA PÉREZ, R., “El ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Competencia Desleal”, en *Derecho de los Negocios*, núm. 18, 2007; MARIMÓN DURÁ R., “Prácticas comerciales desleales con los consumidores”, en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. (Dir.), *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2014; MIRANDA SERRANO, L. M. y PAGADOR LÓPEZ, J., “La necesidad de establecer conexiones entre el Derecho de la competencia desleal y el Derecho de contratos”, en *Diario La Ley*, núm. 8464, 2015, pp. 1 y ss.; MIRANDA SERRANO, L.M., “Consecuencias de la falta de transparencia material de las cláusulas no negociadas individualmente: A propósito de algunas experiencias en el sector financiero”, en *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, “Sección. Estudios”, núm. 4, 2022.