

LA DILIGENCIA PROFESIONAL: UN CONCEPTO CLAVE DEL NUEVO DERECHO CONTRA LA COMPETENCIA DESLEAL¹

Rafael García Pérez

*Profesor Contratado Doctor de Derecho Mercantil. Universidad de A Coruña
Miembro del Instituto de Derecho Industrial de la USC (IDIUS)*

Recepción: 15 de mayo de 2010

Aceptación por el Consejo de Redacción: 8 de junio de 2010

RESUMEN:

El artículo examina el concepto de la “diligencia profesional”, núcleo de la cláusula general de la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales (2005/29/EC). Se proponen varias maneras para concretar el concepto, de manera que se limite al máximo la incertidumbre inherente a la cláusula general.

Palabras clave: Directiva sobre las Prácticas Comerciales Desleales. Competencia Desleal. Diligencia Profesional. Cláusula General.

ABSTRACT:

This article examines the concept of “professional diligence”, which is the core element of the general clause of the Unfair Commercial Practices Directive (2005/29/EC). It proposes several ways to concrete the concept, in order to avoid as much as possible the uncertainty inherent to the general clause.

Keywords: Unfair Commercial Practices Directive. Unfair Competition. Professional Diligence. General Clause.

1 Ponencia realizada en el III Foro de encuentro de Jueces y Profesores de Derecho Mercantil celebrado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo (Universidad de Castilla-La Mancha) el día 11 de junio de 2010. Este texto se publicará, junto con la ponencia de Daniel Irigoyen Fujiwara, Magistrado del Juzgado de lo Mercantil nº5 de Barcelona, en las Actas del Foro, bajo el título común de “La cláusula general de la Ley de Competencia Desleal tras su reforma por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre”.

Trabajo realizado en el marco del Proyecto financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación titulado “Nuevos instrumentos de protección de la competencia y de los consumidores” (DER 2008-04791/JURI).

La diligencia profesional: un concepto clave del nuevo Derecho contra la competencia desleal

Sumario: I. Introducción. II. La necesidad de concretar las cláusulas generales. III. La diligencia profesional: un concepto autónomo de Derecho comunitario IV. La concreción de la diligencia profesional: 1. Interpretación literal. 2. Interpretación sistemática en el marco del Derecho de la UE. 3. Interpretación finalista y sistemática en el marco de la DPCD. 4. Modelo de tutela que se desprende de la interpretación teleológica y sistemática. 5. La necesaria ponderación de intereses para la concreción de la diligencia profesional. 6. Criterios inhábiles para concretar la diligencia profesional.

I. INTRODUCCIÓN

La Directiva sobre las Prácticas Comerciales Desleales² (en adelante, DPCD) se estructura sobre el eje de una cláusula general que prohíbe las prácticas comerciales desleales (art. 5). La cláusula se concreta mediante la prohibición de dos tipos de prácticas comerciales (las engañosas y las agresivas; arts. 6-9) y un anexo en el que figuran 31 prácticas comerciales que se consideran desleales en cualquier circunstancia.

La cláusula general de la Directiva, según el cdo. 13 de la misma, pretende reemplazar las cláusulas particulares de los Estados miembros: “A fin de conseguir los objetivos comunitarios mediante la eliminación de los obstáculos al mercado interior, es preciso reemplazar las cláusulas generales y principios jurídicos divergentes de los Estados miembros.”

La Directiva, por lo tanto, ha recurrido a un instrumento habitual en varios países de nuestro entorno jurídico: se contempla una cláusula general que permite, como señala el Preámbulo de nuestra Ley de competencia desleal (en adelante, LCD), “la efectiva represión de la siempre cambiante fenomenología de la competencia desleal”.

La Ley 3/1991, tras su reforma por la Ley 29/2009, de 30 diciembre, sigue manteniendo, como no podía ser de otra manera, una cláusula general, que pretende ser respetuosa con las exigencias del Derecho comunitario.

El ahora art. 4 LCD acude como parámetro fundamental para determinar la deslealtad de una conducta, como ya hacía antes de la reforma, al criterio de la buena fe:

“Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”.

2 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.

No obstante, el art. 4 establece ahora la manera en que esa buena fe se debe concretar en las relaciones entre empresarios y profesionales, por un lado, y consumidores, por otro (art. 4.1 párrafo 2):

“En las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores.”

Este párrafo 2º del ap. 1 del art. 4 introduce, en mi opinión, la única manera en la que debe determinarse la deslealtad de los actos de los empresarios y profesionales en sus relaciones con los consumidores (entendidos éstos como “cualquier persona física que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio, oficio o profesión”; art. 2 letra a de la Directiva)³. Es significativo, al respecto, que el Anteproyecto de Ley⁴ contemplase el párrafo 2º del ap. 1 como una de las modalidades para determinar la deslealtad⁵. El inciso

3 Otra opinión mantiene el Prof. GÓMEZ SEGADE (“La nueva cláusula general en la Ley de competencia desleal”, en J.A. GÓMEZ SEGADE/Á. GARCÍA VIDAL (eds.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI*, Marcial Pons, en prensa): “La vertiente general de la cláusula general permitirá combatir aquellas prácticas relacionadas con los consumidores pero que no tienen por finalidad inducirlos a realizar transacciones sobre productos o servicios. Como se indica en el Considerando 7, la Directiva no se refiere a prácticas comerciales realizados con otros fines ni trata de “requisitos legales en relación con el buen gusto y el decoro”. Es claro, pues, que dichas prácticas no podrían prohibirse empleando la cara consumerista de la cláusula general pero sí podrán combatirse utilizando la cara general de la cláusula general de la LCD siempre que encajen en el parámetro de deslealtad y se realicen en el mercado y con fines concurrenciales.”

4 “Anteproyecto de Ley por el que se modifica el régimen legal de la competencia desleal para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios”. Vid. la descripción y crítica de su contenido en GARCÍA PÉREZ, R., “Consideraciones preliminares sobre la incidencia en la Ley de Competencia Desleal del Anteproyecto de Ley que incorpora la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales”, *Diario La Ley*, Nº 7051, Sección Doctrina, 7 Nov. 2008, Año XXIX.

5 “Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe. En particular, se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidado que cabe esperar de un empresario que se comporta honradamente con los consumidores, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o al miembro medio del grupo destinatario de la práctica.”

“en particular”, criticado por los complejos problemas interpretativos que podía suponer y por ser poco congruente con la finalidad de la LCD⁶, fue, finalmente, eliminado.

De los múltiples problemas que plantea la cláusula general, me corresponde tratar aquí de la concreción de la misma en las relaciones con los consumidores. Éste es un aspecto de especial interés, ya que se trata de la principal novedad de la cláusula general (debe entenderse que en el ámbito *B2B* (*business to business*) la cláusula general se seguirá aplicando como hasta el momento). En particular, me ocuparé de analizar el concepto de “diligencia profesional”, nueva piedra de toque, importada de la Directiva, para conocer si un acto es desleal en el ámbito *B2C* (*business to consumer*).

II. LA NECESIDAD DE CONCRETAR LAS CLÁUSULAS GENERALES

Las cláusulas generales tienen una “textura abierta” (*open texture*) o vaguedad que complica extraordinariamente su aplicación. Sin embargo, y precisamente como consecuencia de esa “textura abierta”, se hace especialmente necesario recurrir a criterios racionales (más allá de la propia intuición jurídica) y a principios orientadores que emanen del propio ordenamiento jurídico y que doten a su aplicación de cierta previsibilidad, permitiendo a los tribunales motivar adecuadamente sus decisiones. Las cláusulas generales no son, en definitiva, un ámbito de aplicación libre del Derecho, sino un terreno en el que precisamente la aplicación judicial debe ser más esmerada y cuidadosa⁷. En definitiva, la adecuada tutela judicial efectiva de los ciudadanos exige que la aplicación de la cláusula general se motive de manera suficiente, ya que en la aplicación de las cláusulas generales se muestra con más fuerza que nunca el aforismo según el cual “el Derecho a menudo consiste menos en verdades que en argumentos convincentes”⁸.

III. LA DILIGENCIA PROFESIONAL: UN CONCEPTO AUTÓNOMO DE DERECHO COMUNITARIO

La piedra de toque para determinar la deslealtad de la conducta en las relaciones entre empresarios y profesionales con los consumidores es la diligencia profesional. Es un criterio que proviene de la DPCD y que se incorpora a nuestra Ley precisamente

6 GARCÍA PÉREZ, R., “Consideraciones preliminares...”, *op. cit.*, p. 7.

7 La indefinición de las cláusulas generales encierra evidentes riesgos, y pueden ser un instrumento peligroso en las manos equivocadas. En Alemania, la cláusula general de la UWG de 1909 (hoy derogada) fue utilizada para los fines del macabro régimen nacionalsocialista. OHLY proporciona el ejemplo de una sentencia del *Reichsgericht* (JW 1939, 429) en la que se consideró que la indicación de que un competidor era de origen judío no era desleal, porque un alemán consciente de su identidad estaría agradecido de aquellas advertencias que le permitiesen evitar la celebración de un contrato indeseado con un judío. Vid. OHLY, A., *Richterrecht und Generalklausel im Recht des unaluteren Wettbewerbs*, Carl Heymanns Verlag, Colonia, Berlin, Bonn, Múnich, 1997, p. 235, n. 235.

8 Leo el aforismo en COING/HONSELL, “Einleitung zum BGB”, en STAUDINGER, *BGB. Eckpfeiler des Zivilrechts*, Sellier-de Gruyter, 2008, pp. 1-41, p. 29.

para acomodarla a las exigencias por ella impuestas. En consecuencia, se trata de un concepto que debe ser interpretado, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la DPCD para alcanzar el resultado que ésta persigue. La exigencia de una interpretación conforme del Derecho nacional es inherente al régimen del Tratado en la medida en que permite al órgano jurisdiccional nacional garantizar, en el marco de sus competencias, la plena efectividad del Derecho de la Unión cuando resuelve el litigio de que conoce⁹. Además, esta obligación de interpretación conforme se refiere al conjunto de las disposiciones del Derecho nacional, tanto anteriores como posteriores a la directiva de que se trate¹⁰. El principio de interpretación conforme exige, en definitiva, que los órganos jurisdiccionales nacionales, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por éste, hagan todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad de la directiva de que se trate y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta¹¹.

La necesaria conformidad de la cláusula general con la Directiva exige acudir a ésta para interpretar el concepto de la diligencia profesional. En la Directiva la diligencia profesional se define como “el nivel de competencia y cuidado especiales que cabe razonablemente esperar del comerciante en sus relaciones con los consumidores, acorde con las prácticas honradas del mercado o con el principio general de buena fe en el ámbito de actividad del comerciante” (art. 2 letra h). Nos encontramos, si se me permite la expresión, con un “monstruo” jurídico de varias cabezas, pues pretendiendo aclarar un concepto jurídico indeterminado (diligencia profesional), la Directiva introduce varios más (nivel de competencia y cuidado especiales, razonablemente, prácticas honradas del mercado, principio general de buena fe). Y es que la definición de la diligencia profesional que incluye la Directiva parece una amalgama de los elementos utilizados para valorar la deslealtad de una conducta en las diferentes tradiciones jurídicas de los Estados miembros: buenas costumbres (Austria y UWG alemana de 1909), “usages honnêtes en matière commerciale” (Bélgica), cláusula general de la responsabilidad civil extracontractual (Francia), los principios de la moral (Grecia), la “correttezza professionale” (Italia), “normas e usos honestos de calquer ramo de actividade económica” (Portugal), buena fe (España), etc.¹².

9 Vid., entre otras, las sentencias del TJUE de 10 de abril de 1984, *Von Colson y Kamann*, C-14/83, ap. 26, de 5 de octubre de 2004, *Pfeiffer y otros*, C-397/01 a C-403/01, aps. 113 y 114, y, recientemente, la sentencia de 19 de enero de 2010, C-555/07, *Seda Küçükdeveci y Swedex GmbH & Co. KG*, ap. 48.

10 Vid. la sentencia TJUE de 4 de julio de 2006, *Adeneler y otros*, C-212/04, ap. 108, el auto de 12 de junio de 2008, *Vassilakis y otros*, C-364/07, ap. 56, y recientemente la sentencia de 23 de abril de 2009, asuntos acumulados C-378/07 a C-380/07, *Angelidaki y otros*, ap. 197.

11 Vid. la sentencia TJUE de 4 de julio de 2006, *Adeneler y otros*, C-212/04, ap. 111, de 15 de abril de 2008, C-268/06, *Impact*, ap. 101, el auto de 12 de junio de 2008, *Vassilakis y otros*, C-364/07, ap. 59 y, recientemente, la sentencia de 23 de abril de 2009, asuntos acumulados C-378/07 a C-380/07, *Angelidaki y otros*, ap. 200.

12 Vid. el estudio comparativo titulado “Study on the Feasibility of a General Legislative Framework on Fair Trading by the Institut für Europäisches Wirtschafts- und Verbraucherrecht e.V. (November 2000)”, publicado en http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/

La Directiva hace, al fin y a la postre, algo a lo que no se muestra ajeno el TS al aplicar la cláusula general de la LCD: sustituye un concepto jurídico indeterminado por otros¹³. Con ello, el legislador comunitario fracasa estrepitosamente en una de sus pretensiones: “La armonización reforzará considerablemente la seguridad jurídica tanto para los consumidores como para las empresas. Ambos podrán contar con un único marco normativo basado en conceptos jurídicos claramente definidos que regularán todos los aspectos de las prácticas comerciales desleales en toda la Unión Europea. Como consecuencia de ello, desaparecerán los obstáculos derivados de la fragmentación de las normas sobre prácticas comerciales desleales que perjudican a los intereses económicos de los consumidores y será posible la consecución del mercado interior en este ámbito.” (cdo. 12).

Ante un concepto de contornos tan borrosos, nos vemos obligados a formular algunos criterios que nos permitan alcanzar cierta seguridad jurídica en la aplicación de la cláusula general.

IV. LA CONCRECIÓN DE LA DILIGENCIA PROFESIONAL

1. Interpretación literal

En la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados el canon de interpretación literal suele tener un valor relativo¹⁴. Debido a su imprecisión se hace necesario acudir a otros cánones hermenéuticos que arrojen más luz sobre el concepto en cuestión. Esto sucede en el presente caso, en el que el propio término de “diligencia profesional” es muy inconcreto y la definición que proporciona la Directiva incorpora otros términos cuya dicción literal poco aclara al intérprete.

En particular, la alusión conjunta que hace la Directiva a “las prácticas honradas de mercado” y a la “buena fe” responde, en mi opinión, al intento de llegar a una solución de compromiso entre las diferentes tradiciones jurídicas de los Estados miembros, y no a una verdadera divergencia de fondo¹⁵. Las interpretaciones teleológica y sistemática, que

safe_shop/fair_bus_pract/studies_en.htm., y GARCÍA PÉREZ, R., “Tiempo de cambios para el Derecho contra la competencia desleal: La Directiva sobre prácticas comerciales desleales”, *ADI*, tomo XXVI, 2005-2006, pp. 475-484, p. 478.

13 Vid. el desarrollo jurisprudencial de la cláusula general en GARCÍA PÉREZ, R., *Ley de Competencia Desleal*, Thomson Aranzadi, 2008, p. 75 y ss.

14 Vid. WANK, R., *Die Auslegung von Gesetzen*, Heymanns, 4 ed., pp. 51 y 54.

15 Vid. “Tiempo de cambios...”, *op.cit.*, p. 481 y 482, donde citábamos el estudio titulado “An Analysis Of The Application And Scope Of The Unfair Commercial Practices Directive. A Report For The Department Of Trade And Industry. Prepared By Dr Christian Twigg-Flesner, Deborah Parry, Professor Geraint Howells, Annette Nordhausen, with Professor Hans-W. Micklitz, Professor Jules Stuyck, Professor Thomas Wilhelmsson. 18 May 2005” (www.dti.gov.uk/files/file32095.pdf), p.10.

paso a exponer, conducen al mismo resultado final ya se hable de buena fe, ya de prácticas honradas de mercado¹⁶.

2. Interpretación sistemática en el marco del Derecho de la UE

La interpretación sistemática impone relacionar la cláusula general con otras normas del Derecho de la UE. Al respecto, merece ser destacado el art. 3.3 de la versión consolidada del Tratado de la UE (DOUE de 30 de marzo de 2010):

“La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico.”

Por su parte, el Preámbulo de la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la UE (DOUE de 30 de marzo de 2010) dispone:

“RECONOCIENDO que la eliminación de los obstáculos existentes exige una acción concertada para garantizar un desarrollo económico estable, un intercambio comercial equilibrado y una competencia leal”

También son dignas de mención las disposiciones sobre el mercado interior (arts. 26 y ss. del TFUE), las normas sobre competencia (101 y ss. TFUE) y la reiterada referencia que se hacen a una “economía de mercado abierta y de libre competencia” (119, 120 y 127 TFUE).

Por último, el art. 169 TFUE indica que:

“1. Para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Unión contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses.”

Los artículos destacados componen el marco que nos permitirá precisar el modelo de tutela del consumidor que se desprende de la DPCD.

16 Otros autores opinan que “prácticas honradas de mercado” y “buena fe” constituyen estándares de conducta distintos y que la conculcación de los requisitos que derivan de cualquiera de ellos es suficiente para considerar la conducta contraria a los requisitos de la diligencia profesional (GÓMEZ SEGADÉ, “La nueva cláusula general...”, *op. cit.*, MASSAGUER, *El nuevo Derecho*, *op.cit.*, pp. 63 y ss.).

3. Interpretación finalista y sistemática en el marco de la DPCD

En cuanto a la interpretación finalista, el artículo 1 de la Directiva señala que:

“La presente Directiva tiene por objeto contribuir al buen funcionamiento del mercado interior y alcanzar un elevado nivel de protección de los consumidores mediante la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las prácticas comerciales desleales que perjudican a los intereses económicos de los consumidores”

y el Preámbulo indica que:

“La presente Directiva protege directamente los intereses económicos de los consumidores frente a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores. Por lo tanto, protege también indirectamente a las empresas que operan lícitamente de aquellos de sus competidores que no cumplen lo dispuesto en la Directiva, garantizando así una competencia leal en el ámbito coordinado por la Directiva. Existen, indudablemente, otras prácticas comerciales que, aunque no perjudican al consumidor, pueden dañar a los competidores y a los clientes de las empresas. La Comisión deberá estudiar detenidamente la necesidad de una intervención comunitaria en el campo de la competencia desleal más allá del ámbito de la presente Directiva y, en su caso, presentar una propuesta legislativa que incluya esos otros aspectos de la competencia desleal.” (cdo. 8).

El artículo 1 pone de manifiesto que se protegen los intereses de los consumidores, pero no cualquier tipo de intereses, sino los económicos. Además, una lectura conjunta de la Directiva (de nuevo interpretación sistemática) nos permite precisar en mayor medida frente a qué ataques se tutela al consumidor. No se le protege, por ejemplo, frente a los resultados económicos perjudiciales de una negociación (frente al pago de un mayor precio que el que obtendría en otro establecimiento), ni frente a la incorrecta ejecución de las prestaciones del contrato. Se le protege, como veremos a continuación, frente a determinadas injerencias en su autonomía de decisión como tal consumidor.

4. Modelo de tutela que se desprende de la interpretación teleológica y sistemática

Las consideraciones de carácter teleológico y sistemático formuladas permiten ya precisar el modelo de tutela del consumidor que se desprende de la DPCD: la Directiva persigue que el consumidor pueda tomar sus decisiones con relevancia económica de manera libre e informada, o por decirlo de otra manera, de forma autónoma (“consumer sovereignty”¹⁷). El consumidor podrá, de esta forma, desempeñar su papel de árbitro en el mercado, es decir, el papel que le corresponde en una economía de mercado regida por el principio de libertad de empresa y de libre competencia¹⁸. Este enfoque

17 Sobre este concepto vid. AVERITT, N.W. y LANDE, R.H., “Consumer Sovereignty: A unified theory of Antitrust and Consumer Protection Law”, *Antitrust Law Journal*, núm. 65, 1997, pp. 713-753.

18 La importancia de la finalidad de la Directiva para la aplicación de la cláusula general se destaca por la mejor doctrina. El prof. MASSAGUER indica que “de la tutela de los consumidores frente a las prácticas comerciales de las empresas que perjudiquen sus intereses

proporciona una importante ayuda al juez y puede evitar la aplicación incorrecta de la cláusula general de la LCD (por ejemplo, a casos propios de la responsabilidad civil extracontractual por negligencias médicas). Una de las cuestiones que debe formularse el tribunal a la hora de ponderar la aplicación de la cláusula general es: ¿Está el consumidor en condiciones, a la luz todas las circunstancias del caso concreto (v. cdo. 7: “Al aplicar la presente Directiva, y en particular las cláusulas generales, deberían tenerse plenamente en cuenta las circunstancias de cada caso”), de desempeñar su papel de árbitro del sistema competitivo mediante la toma de decisiones libres e informadas? Al analizar esta pregunta el juez concretará el límite de lo tolerable en las injerencias de los empresarios y profesionales en la formación de preferencias y toma de decisiones de los consumidores. En efecto, como la mera distorsión o posibilidad de distorsión del comportamiento económico del consumidor medio no es suficiente para considerar desleal una práctica (lo que se desprende sin esfuerzo de la literalidad de la cláusula general)¹⁹, el requisito de la diligencia profesional habilita a los tribunales para indagar si, a la luz de una interpretación teleológica y sistemática de la Directiva y tras una ponderación de los intereses en juego (véase el epígrafe siguiente), la injerencia en la esfera de intereses del consumidor rebasa el límite de lo tolerable. Esto es acorde con la finalidad del Derecho de protección de los consumidores, como muestran las siguientes palabras que me permito reproducir *in extenso* ya que me parecen sumamente esclarecedoras:

“Consumer protection laws are similar in the sense that they seek to protect the ability of consumers to make informed choices among competing options, but the laws do not necessarily strive to ensure that consumers have absolutely perfect information or that they act with absolutely perfect rationality. Probably no consumer is a perfect reasoning machine, existentially free from all the extraneous influences of early upbringing, cultural values, or half-remembered advertising campaigns from years ago. What we ask of consumer protection law is, therefore, something relatively modest. We ask that consumers be enabled to make rational choices to the extent that they wish to concentrate on doing so. Consumer protection law ensures that buyers

económicos como finalidad de la Directiva se deduce un mandato, dirigido a las empresas, de no poner en peligro la autonomía y racionalidad de las elecciones de los consumidores en el mercado. En este sentido, debe reputarse contraria al nivel de cuidado y competencia especiales exigible a las empresas en sus relaciones con los consumidores la práctica comercial que interfiera o frustre el normal desenvolvimiento del proceso de formación de preferencias y adopción de decisiones en el mercado y que, en particular, frustre la plena libertad de comportamiento”. *El nuevo Derecho contra la competencia desleal. la Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*, Thomson Civitas, 2006, p. 73. El Prof. TATO PLAZA considera fundamental la aplicación de la cláusula general de conformidad con los fines de la Directiva: “entendemos que la cláusula general debe ser objeto de una interpretación funcional; esto es, de una interpretación conforme con los fines que persigue la Directiva comunitaria sobre prácticas comerciales desleales con los consumidores y, la reforma de la Ley española de competencia desleal. De esta forma, deberán considerarse objetivamente contrarias a las exigencias de la buena fe aquellas prácticas comerciales que sean aptas para anular, obstaculizar o mermar la capacidad del consumidor de adoptar decisiones libres y autónomas”. Cfr. “Líneas generales de la reforma del Derecho español contra la competencia desleal (parte II)”, *Autocontrol*, nº150, 2010, pp. 9-14, p. 11.

19 Vid. GARCÍA PÉREZ, “Tiempo de cambios...”, *op.cit.*, p. 480.

are protected from coercion, deception, and other influences that are difficult to evade or to guard against, but it does not protect buyers from the milder, knowable influences of things like “image” advertising, which consumers could set aside if they desire”²⁰.

5. La necesaria ponderación de intereses para la concreción de la diligencia profesional

La aplicación correcta de la cláusula general exige una detenida ponderación de los intereses en presencia. El hecho de que la Directiva pretenda alcanzar un alto nivel de tutela de los consumidores no implica que se deba proteger al consumidor en todo caso y frente a cualquier amenaza. Más bien se exige identificar cuál es el consumidor que la Directiva protege (por regla general no todo tipo de consumidor, sino el normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz; v. cdo. 18). De hecho, la introducción de la figura del consumidor “normalmente informado...” está ligada a la jurisprudencia del TJUE sobre la supresión de los obstáculos al mercado interior (libre circulación de mercancías). Constituye un compromiso entre la consecución del mercado interior y la protección de los consumidores (normas demasiado protectoras de los consumidores generaban obstáculos a la libre circulación de mercancías). Pues bien, la Directiva no sólo protege al consumidor, sino que su otro objetivo, según el art. 1, es “contribuir al buen funcionamiento del mercado interior”, lo que supone que la interpretación de sus disposiciones no puede estar guiada únicamente por la tutela del consumidor. Antes bien, ambos objetivos deberán cohonestarse.

Otro de los aspectos que demuestran que hay que tener en cuenta los intereses de los empresarios es el adverbio “razonablemente”²¹, que forma parte de la definición de diligencia profesional: “el nivel de competencia y cuidado especiales que cabe *razonablemente* esperar del comerciante en sus relaciones con los consumidores, acorde con las prácticas honradas del mercado o con el principio general de buena fe en el ámbito de actividad del comerciante” (art. 2 letra h). Como se puede apreciar, para concretar la diligencia profesional hay que tener en cuenta lo que un consumidor medio puede razonablemente esperar del empresario o profesional, lo que obliga a ejercer una cierta actividad de moderación en la interpretación de la cláusula general, excluyendo tutelas desproporcionadas de los consumidores y realizando una ponderación entre los intereses de los empresarios y de los consumidores²².

20 AVERITT, N.W. y LANDE, R.H., “Consumer Sovereignty: A unified theory of Antitrust and Consumer Protection Law”, *Antitrust Law Journal*, núm. 65, 1997, pp. 713-753, pp. 716 y 717.

21 Adverbio que no aparece en la cláusula general de la LCD, como ha criticado GÓMEZ SEGADE, “La nueva cláusula general...”, *op. cit.*.

22 Vid. al respecto KÖHLER en KÖHLER/BORNKAMM, *UWG*, 28 ed., Beck, 2010, p. 194, ap. 47.

Por último, para aplicar correctamente la cláusula general no hay que olvidar ponderar adecuadamente los derechos fundamentales que pueden verse afectados en el caso concreto²³. Un ejemplo reciente sobre la incidencia que pueden tener los derechos fundamentales en la apreciación de los ilícitos publicitarios lo encontramos en la sentencia *Mitsubishi* del TS de 15 de enero de 2010 (RJ 2010\415), en la que el alto tribunal señala que:

“El hecho de que la actividad publicitaria sea una manifestación del ejercicio de la libertad de empresa y, desde otro punto de vista, el que su fin no sea, necesariamente, formar criterio sobre los tradicionalmente considerados asuntos públicos - políticos, sociales, culturales...- no justifica, como se había entendido por algunos, negar a los mensajes comerciales acceso al ámbito de regulación cuyo núcleo representa el artículo 20 de la Constitución Española (...)

Ello sentado, declarar la aptitud de la publicidad para entrar en la órbita del artículo 20 de la Constitución Española implica entender que lo hace en el ámbito formado por el conjunto normativo que, dentro y fuera de dicho texto, la regula y desarrolla. Y, por tanto, que queda sujeta a los límites o restricciones que legítimamente se le impongan.

No se opone a ello la naturaleza fundamental del derecho, pues los de esta categoría admiten restricciones -sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril-, si bien las mismas deben reunir determinadas condiciones para que la intervención negativa en su contenido merezca ser jurídicamente protegida.

Así, desde el punto de vista material, que es al que el recurso se refiere, la restricción debe estar justificada, ya por imponerla la regulación constitucional del propio derecho o la concurrencia con él de otros igualmente fundamentales; ya por perseguir fines legítimos según el ordenamiento constitucional, entre otros, los configurados como derechos y deberes de los ciudadanos o como principios rectores de la política económica - libertad de empresa, artículo 38 ; peculiaridades propias de algunas actividades profesionales, artículo 36 ; defensa de los consumidores, artículo 51 ; protección de la salud, artículo 43 ... - o por el legislador ordinario para el logro de objetivos de interés general.

La restricción ha de resultar, además, idónea, en el sentido de adecuada para contribuir a la obtención del fin que la legitime.

Finalmente, deberá ser proporcionada desde el punto de vista del contenido esencial del derecho restringido, cuyo necesario respeto - artículo 53.1 de la Constitución - opera, al fin, como límite de los propios límites.

En resumen, para comprobar si la restricción resulta proporcionada, en el caso concreto, procederá determinar la relación de prioridad relativa entre los bienes, derechos e intereses en

23 Vid. art. 6 versión consolidada del Tratado de la UE (DOUE de 30 de marzo de 2010):
 “1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.
 (...)

3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.”

conflicto, lo que implica valorar los argumentos a favor y en contra de la efectividad de la tutela judicial pretendida.” FJ 5.

6. Criterios inhábiles para concretar la diligencia profesional

Hasta el momento hemos analizado cómo se integra la cláusula general en las relaciones con los consumidores. Ahora comentaremos algunos criterios que no son aptos para concretarla:

a) Una interpretación literal podría llevar a pensar que la diligencia profesional presenta similitudes con los conceptos de diligencia/negligencia habituales en el campo de la responsabilidad civil extracontractual. Nada más lejos de la realidad, como ha indicado KÖHLER cuando afirma que la deslealtad no tiene que ver ni con la “competencia” ni con el “cuidado”, sino que representa en su esencia un desprecio a los intereses dignos de tutela de los otros participantes en el mercado²⁴. Existen otros criterios mucho más apropiados para valorar la deslealtad, como muestra el Anexo I de la Directiva (“Prácticas comerciales que se consideran desleales en cualquier circunstancia”), que más que prácticas que no alcanzan un grado de pericia o cuidado determinados recoge supuestos contrarios a la buena fe (artículo 5 LCD) o, si se quiere, a las buenas costumbres o los usos honestos en materia industrial o comercial (artículo 10 bis del CUP)²⁵. En realidad, la diligencia profesional se refiere a una serie de reglas objetivas que el empresario debe observar en el desarrollo de su actividad y no al grado de atención y de pericia que deba emplear²⁶. O en otras palabras, la Directiva establece un “Kanon von Pflichten” (canon de obligaciones) que el empresario tiene que respetar en sus relaciones con los consumidores²⁷.

b) La interpretación literal podría conducir a pensar que la diligencia profesional es una expresión de la ética o de unos supuestos valores éticos europeos comunes. Al fin y al cabo, la diligencia profesional se define como “el nivel de competencia y cuidado especiales que cabe razonablemente esperar del comerciante en sus relaciones con los consumidores, acorde con las *prácticas honradas del mercado* o con el principio general de buena fe en el ámbito de actividad del comerciante”. Sin embargo, la interpretación finalista y sistemática que hemos realizado de la cláusula general muestra que la Directiva no prohíbe en realidad conductas contrarias a la ética o inmorales, sino aquellos comportamientos que vulneran los intereses de los consumidores al privarles de la posibilidad de adoptar decisiones libres e informadas, pudiendo así perjudicar sus intereses económicos. La

24 Vid. “Zur Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken”, *GRUR* 10/2005, pp. 793-888, p. 796.

25 Vid. GARCÍA PÉREZ, R., “La propuesta de Directiva sobre las prácticas comerciales desleales. Consideraciones críticas”, *ADI*, Tomo XXIV, 2003, pp. 1207-1224, p. 1212.

26 Cfr. AUTERI, P., “Introduzione: un nuovo diritto della concorrenza sleale?”, en *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, a cura di ANNA GENOVESE, CEDAM, 2008, p. 1-26, p. 14

27 Cfr. EMMERICH, V., *Unlauterer Wettbewerb*, 8 ed., Beck, 2009, p. 55.

ética no es un criterio adecuado para juzgar si se produce precisamente este ataque a los intereses de los consumidores.

La interpretación literal del término “honradez”²⁸ no debe impedir llegar a esta conclusión, a la luz de los otros cánones de interpretación de las normas. Al respecto, resulta atractiva la forma en la que KÖHLER²⁹ interpreta la “honradez” (el término de la versión alemana de la Directiva es “Anständigkeit”). Para el autor alemán constituye un criterio que tiene por tarea comprobar si la práctica comercial se compadece con los valores jurídicos fundamentales del momento, en especial con los objetivos del Derecho comunitario, de la Ley de defensa de la competencia y de la Ley contra la competencia desleal, y garantizar una ponderación de intereses adecuada entre todos los partícipes en el mercado implicados. En definitiva, como apunta otro autor³⁰, “honrado” no debe ser entendido en el sentido de acorde con una moral comercial sino en el sentido de resultar libre de todo reproche jurídico.

c) Tampoco cabe interpretar prácticas honradas de mercado como prácticas habituales o consolidadas en el mismo. El hecho de que el principal interés tutelado sea el de los consumidores permite afirmar que hay que tener en cuenta sus expectativas razonables a la hora de determinar si una conducta es desleal. Una determinación de la deslealtad basada en las prácticas habituales en el mercado constituiría un desprecio inadmisibles a los intereses de los consumidores. Esto se puso de manifiesto en el proceso de elaboración de la Directiva. La Propuesta de Directiva³¹ definía la diligencia profesional como “el grado de pericia y cuidado especiales ejercidos por un comerciante de conformidad con los requisitos de la práctica normal del mercado respecto a los consumidores en su ámbito de actividad en el mercado interior”. La formulación de la Propuesta, que se criticó duramente³², fue modificada. En fin, una práctica comercial puede haber cristalizado y ser habitual en el mercado y ser desleal, o puede ser absolutamente innovadora y no obstante no serlo³³.

d) Los códigos de conducta constituyen un elemento a tener en cuenta, entre otros, para integrar la cláusula general, pero nada más que eso. Esto quiere decir que ni una práctica admitida por un código de conducta es automáticamente conforme con la diligencia profesional, ni una práctica que lo infrinja es automáticamente desleal (ni siquiera cuando el infractor sea signatario del código). Los códigos son un elemento más a barajar por el

28 La DPCD habla de “prácticas honradas del mercado”; la LCD de “prácticas honestas del mercado”.

29 Vid. KÖHLER en KÖHLER/BORNKAMM, *UWG*, *op.cit.*, p. 194, ap. 46.

30 Vid. BRÖMMELMEYER, C., “Der Binnenmarkt als Leitstern der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken”, *GRUR* 4/2007, 295 y ss., p. 298.

31 Bruselas, 18.6.2003. COM(2003) 356 final. 2003/0134 (COD)

32 Vid. GARCÍA PÉREZ, R., “La propuesta...”, *op. cit.*, p. 1212.

33 Vid. al respecto las consideraciones de SCHÜNEMANN, en HARTE-BAVENDAMM/HENNING-BODEWIG, *UWG-Kommentar*, Beck, 2 ed., 2009, 3, apss. 120 y 121, p. 740.

juez. Al respecto, no se debe malinterpretar el art. 6.2 b) de la Directiva³⁴, que recoge una modalidad de práctica comercial engañosa³⁵, no un precepto equiparable a la violación de normas (en el sentido de que la vulneración del código sea automáticamente desleal)³⁶. Todo ello debe ser tenido en cuenta a la hora de interpretar las disposiciones procesales de la Ley, ya que para demandar por competencia desleal al signatario de un código de conducta no es necesario, por regla general, ejercitar una de las “acciones previas” ante el órgano de control del código de conducta a las que se refiere el art. 39. Estas “acciones previas” están pensadas para casos muy concretos: aquellos en los que “la acción se fundamente en las causas previstas en el artículo 5.2”, es decir, aquellos supuestos en los que se demande al empresario o profesional por inducir a error a los consumidores al indicar en una práctica comercial que está vinculado por el código, cuando en realidad incumple los compromisos asumidos, sin olvidar el requisito añadido de la distorsión del comportamiento económico del consumidor o cláusula de relevancia, que la Directiva impone y la Ley no olvida (véanse el art. 6.2 de la Directiva y el 5.2 de la Ley).

34 “También se considerará engañosa toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, y teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado, y que suponga:

(...) b) el incumplimiento por parte del comerciante de compromisos incluidos en códigos de conducta que aquél se haya obligado a respetar, siempre y cuando: i) el compromiso no remita a una aspiración u objetivo sino que sea firme y pueda ser verificado, y ii) el comerciante indique en una práctica comercial que está vinculado por el código.”

35 Vid. BORNKAMM en KÖHLER/BORNKAMM, *UWG, op.cit.*, p. 864, ap. 5.164. El art. 6 de la Directiva se titula “prácticas comerciales engañosas” y el art. 5 de la LCD “actos de engaño”.

36 Vid. KÖHLER en KÖHLER/BORNKAMM, *UWG, op.cit.*, § 2 I N. 5, ap. 115.