



Protección a los consumidores. Especial referencia a jurisprudencia Balear: Competencia y abusos.

“Lo que nació como protección al consumidor se está convirtiendo en protección del individuo particular y no es sino una nueva participación de la evolución social del Derecho, que obliga a abandonar el principio de la igualdad formal ante la ley para tratar de proteger a la parte más débil, y al igual que ha sido necesario establecer un derecho del trabajo para proteger a los trabajadores, parte más débil de la relación laboral, hoy se considera preciso proteger al consumidor o más exactamente al individuo particular que se encuentra inerme frente a las empresas y a los profesionales con los que se relaciona” .

BERCOVITZ

AUTOR: Julia Alarcón Collado.

TUTOR: Juan Franch Fluxá.

ÍNDICE

1. RESUMEN DE LA PUBLICACIÓN.....	3
a) Resumen de la publicación en Español.	
b) Resumen de la publicación en Inglés.	
2. MATERIAL Y MÉTODOS.....	4
a) Material utilizado y transcrito para la posterior elaboración de la discusión del estudio.	
3. DISCUSIÓN.....	
4. CONCLUSIONES.....	
5. BIBLIOGRAFÍA.....	

1. Resumen de la publicación.

Desde que nuestro ordenamiento jurídico estableciera la figura de la cláusula abusiva por obra y gracia de la ley 2/84 de 19 de Julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, la regulación de dicha materia y sobre todo la "tipificación" del concepto de abuso ha sufrido toda suerte de modificaciones. Desde unas que desde su origen se centraron en el concepto de competencia desleal entendida desde un "modelo profesional" al que ha ido completando una serie de conductas que se han ido recogiendo bajo la denominación de "actos desleales". El trabajo que se presenta pretende recoger la relación entre competencia desleal/ abuso de derecho con relación a la escasa -y no por ello menos interesante- jurisprudencia Balear en materia de protección de los derechos de los consumidores. Se pretende analizar, en su enumeración y valoración material, tanto lo que se refiere al abuso sobre los derechos del consumidor en materia de imposición de cláusulas concretas en distintos ámbitos, como la vulneración de las leyes de la competencia en esta materia con la repercusión sobre el consumidor, la competencia desleal y la publicidad ilícita todo ello bajo una óptica autonómica. El objetivo consiste en plantear el defecto de exclusión entre competencia desleal y abuso de ese derecho en ambas materias; exponer que si bien subsisten de forma exclusiva, tanto desde la posición dominante de quien puede imponer su situación dominante a los consumidores o usuarios vinculado a la vulneración de derechos desde la óptica estrictamente contractual, con el hecho de que existe igualmente una forma de entender ese perjuicio con la vulneración de las leyes de la competencia. Se plantea exponer como hipótesis de trabajo que exista una relación entre ambas formas de entender esa vulneración de derechos, permitir avanzar en un entendimiento global de ese concepto y proponer que ese efecto incumplidor es de igual naturaleza y así avanzar en su regulación.

ABSTRACT

Since our legal system established the figure of unfair term by the grace of the law 2/84 of 19 July , General for the Defence of Consumers and Users , the regulation of this matter, and especially the " definition " of the concept abuse, has suffered all sorts of modifications. From about that since its inception focused on the concept of unfair competition understood from a "professional model " that has been completing a series of behaviors that have been collected under the name of " unfair acts " . This work aims to capture the relationship between unfair competition / abuse of rights to low - but not less interesting - Balearic jurisprudence on protection of consumer rights . It aims to analyze , in his enumeration and assessment materials , both as regards the abuse of consumer rights for the imposition of specific clauses in different areas, such as violation of the laws of the jurisdiction in this matter, with the impact on the consumer , all under autonomic optics. The target is to raise the defect exclusion between the two materials: explain that while subsist exclusively, both from the dominant position of who can impose their dominant position to consumers or users linked to the violation of rights from a strictly contractual perspective, the fact that there is also a way to understand that harm with the infringement of competition law . Arises exposed as a working hypothesis that there is a relationship between the two ways of understanding this violation, enable progress on a comprehensive understanding of this concept and propose that this effect has a similar nature and then furthering its regulation.

2. MATERIAL Y MÉTODOS

Se ha vaciado la base documental que contiene la jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Baleares en materia **protección a los consumidores desde el ámbito más contractual** con las sentencias de la Audiencia Provincial de Baleares siguientes:

Postura del consumidor dentro de un contrato de compraventa entre una persona jurídica y una persona física, el consumidor. Se debate el tema de una garantía de un bien.¹

“La Ley 23/2003, 10 julio , sobre garantías en los bienes de consumo -hoy derogada por el apartado 6 de la disposición derogatoria única del R.D. 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 («B.O.E.» 30 noviembre)-, tuvo por objeto la incorporación al Derecho español de la Directiva 1999/44 / CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999 , sobre determinados aspectos de la venta y garantía de los bienes de consumo. Y, en la Exposición de Motivos de dicha ley puede leerse lo siguiente: “La directiva establece un conjunto de medidas tendentes a garantizar un nivel mínimo uniforme de protección de los consumidores en el marco del mercado interior en todos y cada uno de los Estados miembros. Para ello introduce el principio de conformidad de los bienes con el contrato, aplicable a los supuestos de contratos de compraventa de bienes de consumo celebrados entre el vendedor y el consumidor . Las disposiciones de la directiva poseen carácter imperativo de modo que no cabe pactar cláusulas que excluyan o limiten los derechos conferidos al consumidor. En consecuencia, esta ley otorga este carácter imperativo a todos los derechos reconocidos en la misma.”

Otra materia profundizada es la de **protección al consumidor por cláusulas abusivas** en los contratos:

² Lo esencial de esta sentencia es la forma en la que nos delimita en qué partes de un contrato puede el tribunal competente encontrar o apreciar la abusividad de una cláusula:

“Es cierto que en el caso de contratos celebrados con consumidores y por incorporación de la doctrina fijada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se ha reconocido la posibilidad de apreciar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores . Así el Tribunal Supremo en sentencia de 1 de julio de 2010 señala que el control de oficio de la abusividad no tiene por qué limitarse a las cláusulas accesorias sino que puede extenderse, también a “las cláusulas esenciales y definitorias del equilibrio contractual, a la “economía del negocio”, y la sentencia de 9 de mayo de 2013 que la efectividad de la Directiva 93/13 y la tutela de los intereses de los consumidores frente a las cláusulas abusivas resulta

¹ SAP Baleares 429/2009 de 10 de Noviembre de 2009

² SAP Baleares 118/2014 de 1 de abril de 2014.

imperativa para la totalidad de los tribunales de la Unión."

³ Otra sentencia que tiene una gran importancia porque en ella explica lo que se entiende por abusividad en una cláusula, cómo está definido por Ley y como se aplica. La base de esta sentencia es un problema de constatación por medio de contrato de la fecha de entrega de un inmueble adquirido, viendo demostrar la parte contraria que se ha actuado con la diligencia debida y con el principio de buena fe:

"Dispone el artículo 82 del RDL 1/2007 , cuerpo legal que, como es sabido, recoge esencialmente la misma terminología y efectos que la Ley que deroga, LGDCU , en esta concreta materia sobre protección y defensa de los derechos de los consumidores y usuarios, que, "1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato.

El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.

3. El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.

4. No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90 ,ambos inclusive:

a. vinculen el contrato a la voluntad del empresario,

b. limiten los derechos del consumidor y usuario,

c. determinen la falta de reciprocidad en el contrato,..."

Por su parte, dispone el artículo 83, bajo la rúbrica, "Nulidad de las cláusulas abusivas e integración del contrato", que,"

1. Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas.

2. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva."

³ SAP Baleares 281/2012 de 13 de mayo de 2012.

Siguiendo con la temática anterior alguna jurisprudencia aborda el mismo tema centrándose en la forma de resolución del problema, se discute si puede apreciarse de oficio esa abusividad de las cláusulas o únicamente es posible a instancia de parte:

⁴*“Ahora bien, como es sabido, tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2012 , los jueces han de realizar un control de oficio de las cláusulas de los contratos firmados por consumidores en cualquier momento del proceso, cuando tienen suficiente elementos de hecho y de derecho para ello.*

Además, en el párrafo 73 de la referida sentencia de 14 de junio de 2012 señala que " el artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 , que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva "; y en su párrafo 69 razona que: " si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13 . En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales ".

Continuando con la misma dinámica encontramos la siguiente sentencia:

⁶ *“Cuando hablamos de contratación bancaria, y así se decía en la sentencia de este mismo Tribunal de 21 de mayo de 2012, parece inevitable hablar de cláusulas abusivas (...)*”

“Evolución legislativa que se ha visto acompañada por la correspondiente evolución jurisprudencial en el ámbito de protección de los consumidores y usuarios, una de cuyas cuestiones, la relativa al control de oficio de las cláusulas abusivas, es la planteada por el recurso que hoy nos ocupa. Al respecto deberá recordarse, con cita de la STS de 1 de julio de 2010 , que ante la incapacidad del mercado para expulsar con carácter definitivo cláusulas abusivas en la contratación con los consumidores , el TJUE declaró la posibilidad de control de oficio, sin necesidad siquiera de denuncia de parte (...)”

⁴ SAP Baleares 112/2014 de 31 de marzo de 2014.

⁶ SAP Baleares 552/2012 de 28 de noviembre.

“Es preciso considerar que la facultad del Juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva-impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva (...)”

“(...) los órganos jurisdiccionales nacionales pueden apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible”.

“(...) no se trata sólo de una facultad sino una obligación de pronunciarse sobre el carácter abusivo de una cláusula contractual tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello.”

Otra materia de gran importancia dentro de nuestro estudio es la de **protección al consumidor desde el ámbito propiedad industrial**, sienta jurisprudencia destacada la sentencia que dice lo siguiente:

⁷“pese a existir analogías o coincidencias parciales con la marca, por otros datos concurrentes no hay posibilidad de confusión entre el producto original y el falsificado, dado que este tipo penal no sólo protege la exclusividad en la utilización de los signos distintivos de la empresa, sino también los derechos del consumidor, asegurándole la calidad de la mercadería. Según esta tesis, el delito no nace cuando el consumidor no puede ser movido a engaño por el carácter burdo de la imitación.”

“De ello se infiere paladinamente que el bien jurídico protegido es el citado derecho de exclusividad, y no la mera confusión del consumidor, en una omisión legislativa que no es presumible, máxime cuando en otros tipos penales (como sucede con los recogidos en los artículos 282 y 283) de forma explícita se habla de «que puedan causar perjuicio grave y manifiesto a los consumidores», y de «en perjuicio del consumidor», respectivamente.”

Continuamos la base documental con una sentencia del mismo tribunal relativa al riesgo que supone para el consumidor una confusión de marcas y su protección dentro de la jurisprudencia Balear.

⁸“(...) establece el art. 4.1 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre (...)y el art. 5.1-g que no podrán registrarse como marca los signos siguientes: Los que puedan inducir al público a error, por

⁷ SAP Baleares 81/2006 de 10 de abril.

⁸ SAP Baleares 375/2011 de 21 de noviembre.

ejemplo sobre la naturaleza, la calidad o la procedencia geográfica del producto o servicio"; y el art. 6.1 que "No podrán registrarse como marcas los signos: a) Que sean idénticos a una marca anterior que designe productos o servicios idénticos. b) Que, por ser idénticos o semejantes a una marca anterior y por ser idénticos o similares los productos o servicios que designan, exista un riesgo de confusión en el público; el riesgo de confusión incluye el riesgo de asociación con la marca anterior"

"Un principio general de la protección contra la competencia desleal y de la defensa de los consumidores consiste en la prohibición de cualesquiera actuaciones en el mercado que puedan inducir a error al público. Este principio encuentra su manifestación también en Derecho de Marcas, al prohibir el registro de los signos que puedan inducir a error al público sobre el producto o servicio distinguido por la marca (...)"

"El planteamiento que se hace jurisprudencialmente del riesgo de confusión es doble: Por una parte, se atiende al punto de vista del consumidor y lo que se protege no es tanto la titularidad de la marca sino evitar el error del consumidor. Por otra parte, desde el punto de vista del titular de la marca, se trata de impedir el riesgo de confusión en perjuicio de aquél y, a fin de cuentas, también del consumidor.

La primera posición es la propia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo que tiene en cuenta esencialmente si se ha producido el error en el consumidor.

La segunda posición es la propia de la Sala 1ª de Tribunal Supremo. Se protege la marca, en beneficio directo del titular y, en último término, del consumidor."

"Sobre el tipo de consumidor a quien va dirigido el producto o servicio, cuyo riesgo de confusión entre marcas se está produciendo o se puede producir, la jurisprudencia ha destacado que se trata del consumidor normal, no especializado, el consumidor medio que normalmente contrata el producto o servicio sin efectuar un previo análisis minucioso."

Por otro lado se procede a analizar una sentencia clave en la protección al consumidor por la publicidad ilícita tan patente hoy en nuestros días. Los hechos se derivan de un anuncio ofertando un billete de vuelo gratis.

⁹ *"El anunciante no está obligado a sujetarse en los mensajes publicitarios a esquemas predeterminados, siendo relativamente frecuente que en letra pequeña se quiera hacer ver al consumidor las condiciones detalladas en las que la operación anunciada se va a producir, sin*

⁹ SAP 320/2003 de 31 de mayo.

que baste la diferencia de letra entre el mensaje principal que, como es lógico en publicidad, es el más sugestivo, y el mensaje complementario más reducido, para entender que el anuncio encierra un engaño.”

“La parte actora apelante impugna dicha resolución con base en los siguientes motivos:

a) El anuncio debió ser enjuiciado en función de su significado para el consumidor medio, siendo la expresión «un billete gratis» captatoria para el lector no avezado máxime cuando las limitaciones a la garantía no se hallan en el mismo anuncio sino en documento aparte que es preciso recoger en las oficinas de la compañía aérea.

b) Es engañosa la publicidad en la que la relevancia de la parte llamativa de los anuncios es limitada por mensajes menos destacados.

c) No es necesario el engaño efectivo en algún consumidor para que la publicidad pueda considerarse ilícita, basta con que induzca a error.”

“(…) infringe el artículo 4 de la Ley 34/1988 al no tener en cuenta que cabe la publicidad ilícita por omisión ya que, con arreglo a dicho precepto, es engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes actividades o servicios, cuando dicha omisión induzca a error en los destinatarios”

“el artículo 4 define la publicidad engañosa como la que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor. Es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios.”

“Esta Sala comparte el parecer del apelante de que la potencialidad de inducir a error de la publicidad debe ser apreciada en relación al consumidor medio, debiéndose dar prevalencia a la significación otorgada a la expresión publicitaria por los destinatarios.”

A su vez esta sentencia otorga al concepto de destinatario lo que venimos hablando como consumidor.

“Del mismo modo señala la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 16 de julio de 1998 que «la protección de los consumidores, de los competidores y del público en general contra la publicidad engañosa constituye el objeto de la Directiva 84/450 CEE del Consejo, de 10 septiembre 1984 (aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa). A tenor de su artículo 2.2, debe entenderse por publicidad engañosa toda la que, de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor».”

La jurisprudencia también **define conceptos como el de consumidor.**

¹⁰ Especial relevancia en la sentencia que expongo a continuación por diferenciar unos conceptos poco claros y a los que divide una línea muy fina; concepto de consumidor y concepto de cliente bancario:

“La protección que se dispensa a quien contrata un producto financiero como el de autos no se debe a su condición de “consumidor”, sino a su condición de “cliente bancario” o de “inversor”. El concepto de cliente bancario es más amplio que el de consumidor pues no se basa en acto de consumo, sino en la contratación de un producto bancario o financiero, siendo indiferente su destino, ya que lo que activa su aplicación es la mera contratación con una entidad en el ámbito bancario, y ello con independencia de que quien contrate sea o no un consumidor en el sentido del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios.”

El concepto de cliente bancario no sólo aparece de forma expresa en las normas, de naturaleza fundamentalmente administrativa, que disciplinan la actividad bancaria, sino que también puede deducirse de las disposiciones de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, y de la Ley del Mercado de Valores.”

3. DISCUSIÓN

La Directiva 92/13/CEE de 5 de abril de 1993 se define como consumidor: “toda persona física que, en los contratos regulados por la Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”

Define al profesional como “toda persona física o jurídica que en las transacciones reguladas por la presente Directiva actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada”.

Junto a esos conceptos necesarios para la discusión del trabajo consideramos el concepto de COMPETENCIA DESLEAL, tanto en función del art. 5 de la Ley de Competencia Desleal como desde un punto de vista de su desarrollo, esto es primero en cuanto a la formulación de una cláusula general prohibitiva, y segunda a una extensa tipificación de esos actos que se han ido considerando como competencia desleal. Esos actos, por su importancia para lo que aquí se entiende y para su discusión, se han entendido tanto en cuanto a que sean a) ACTOS CONTRARIOS A LOS INTERESES DE LOS COMPETIDORES, entre los que se inscriben actos de denigración, actos de imitación, actos de exploración de la reputación ajena y/o actos de violación de secretos; b) ACTOS DE INDUCCIÓN A LA INFRACCIÓN CONTRACTUAL (soborno, incitación a la ruptura del contrato y otros); c) ACTOS CONTRARIOS A LOS INTERESES DE LOS CONSUMIDORES (ya sean actos de confusión, de engaño, de entrega de obsequios, de comparación o discriminación), así como que se trate de los que se han llamado ACTOS CONTRARIOS A LOS INTERESES DE LOS CONSUMIDORES, ya sea por violación de normas, por exploración de la situación de dependencia económica o de venta con pérdida.

Analizado el material recogido para esta discusión, podemos concluir en que a diferencia de lo que pudiera imaginarse por el tráfico contractual que genera este tipo de negocios, son

¹⁰ SAP Baleares 95/2014 de 14 de marzo de 2014.

escasamente relevantes desde un punto de vista cuantitativo el número de reclamaciones en nuestra Audiencia Provincial. En la comparación obligada sobre datos administrativos relacionados con las reclamaciones efectuadas en el marco adecuado (Portal de consumo, perteneciente a la dirección de Salud Pública y Consumo de la Consellería de Salut del Govern Balear) se han constatado durante el año 2013 un total de 6.147 reclamaciones, de las que 4987 pertenecieron a la isla de Mallorca, 571 a la isla de Menorca, 556 a la Isla de Ibiza y 33 a la isla de Formentera¹¹, delimitándose por sectores mayoritariamente en Telefonía (40,39) seguida de Transporte (12,56%) y el sector relacionado con la contratación de viajes (2,59%). En cuanto a la resolución de este tipo de asuntos por vía administrativa se incoaron un total de 112 expedientes sancionadores, afectando mayoritariamente a telecomunicaciones, transportes, vehículos, mobiliario, alimentación, vivienda y electrodomésticos, sometiéndose a arbitraje un total de 1871 expedientes, quedando resueltos como tales 1571 y sin que consten datos sobre reclamaciones en vía judicial. En cuanto a ésta, no existen elementos suficientes para considerar razones para no acudir a esa segunda instancia (cuantitativamente menor), ya que los elementos y razones -así como su variada materia e intereses- impiden realizar un pronunciamiento, sea con relación a la imposición de tasas judiciales o, sobre todo, por la apariencia de desproporción entre las partes en materia de concurrencia a la instancia judicial, como es el caso de litigios entre usuarios y grandes empresas de comunicación, por ejemplo, y al espíritu de la norma¹² que propugna en cuanto a que “multiplicar la probabilidad de que las conductas incorrectas no queden sin sanción”.

Las reclamaciones se centran mayoritariamente en la invocación de la existencia de

- 1.- CLÁUSULAS ABUSIVAS DE LOS CONTRATOS, especialmente en los referidos a la compra venta de bienes de consumo en cuanto a su garantía
- 2.- PUBLICIDAD ILÍCITA (ofrecimiento de billetes de vuelo considerados como engañosos)
- 3.- ESTUDIO DE MARCAS (concretamente riesgo de confusión de marcas ofertados de forma distinta y dirigidos a distintos clientes)
- 4.- ADQUISICIÓN DE BIENES INMUEBLES (multipropiedad) POR OCULTACIÓN DELIBERADA DE LA EXISTENCIA DE CARGAS HIPOTECARIAS
- 5.- TRÁFICO BANCARIO con interés moratorio elevado
- 6.-LOS RELACIONADOS CON PROPIEDAD INDUSTRIAL (falsificación popularmente conocidas como “top manta”
- 7.- RECONOCIMIENTO DE DEUDA CON CLÁUSULAS ABUSIVAS
- 8.- PLAZO DE ENTREGA DE INMUEBLE INCUMPLIDO CON ABUSO DE CLÁUSULA

De todas ellas son numéricamente relevantes (80%) las referidas a la reclamación por parte del consumidor por la vulneración de sus derechos, concretamente la imposición de cláusulas abusivas y escasas las recogidas con relación a competencia desleal (20%).

¹¹ Memoria Portal de consumidor, Conselleria de Salut i Consum, 2013

¹² Ley 3/91, de 10 de Enero, de Competencia Desleal

Es conocido que el desarrollo hacia el concepto normativo de COMPETENCIA DESLEAL que tenemos en la actualidad surge históricamente como una necesidad para la regulación/protección del derecho de propiedad industrial, concretamente las marcas. Esa consideración tradicional ha permitido la diferenciación normativa entre competencia desleal y abuso de derecho, propiamente, estableciéndose dentro de esa COMPETENCIA DESLEAL aspectos tradicionalmente vinculados a la vulneración de principios económicos como el de “exigencia general de ordenación del mercado”, el de “orden concurrencial del mercado” y de todos aquellos aspectos que lo que pretendían con el amparo de esa figura jurídica era el de evitar prácticas desleales entre empresas que desfavorecieran el principio de competitividad del mercado. Importante en este aspecto es la consideración de algunos actos contenidos en sentencia de nuestra Audiencia Provincial¹³ en cuanto a tales actos, y en cuanto a los requisitos que esa instancia establece para de alguna forma tipificar algunos de éstos al margen de la cláusula general prohibitiva contemplada en la norma. Conviene por tanto insistir en que la referencia a ese concepto se basa fundamentalmente en un principio empresarial, de libre acceso, de permanencia, de equidad tanto en el servicio como en las contraprestaciones derivadas de ella según el principio de libre competencia.

El concepto de abuso de derechos queda circunscrito dentro del incumplimiento de deberes y obligaciones aceptados con plena capacidad jurídica en tanto sujeto de relaciones jurídicas con proveedores de bienes o prestadores de servicios. El mandato constitucional en su art. 51 vela por la defensa de los consumidores y usuarios de servicios públicos, y su incumplimiento se ha recogido tanto cualitativamente en el apartado dos de este trabajo como cuantitativamente en cuanto a esta discusión.

Pero he aquí que recogemos como parte nuclear de nuestro trabajo la evolución de ese concepto, la modificación del concepto no ya desde su posición de condición-general aplicada a la pluralidad de contratos sino al abuso de las condiciones generales entre *profesionales*. Modificación afianzada y centrada no ya sólo en la interpretación exclusiva que pudiera hacerse de esos conceptos, a que esa definición de “competencia desleal” pueda extenderse no ya exclusivamente a aspectos relacionados con el mercado y entre empresas sino a LA LIBRE INICIATIVA ECONÓMICA dentro del mercado, lo cual hace tal como establece la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma¹⁴ que pueda realizarse frente al consumidor, concretamente frente a los actos concretos e indebidos que éste pueda realizar en contra de los intereses de una empresa, por ejemplo. Nada impide desde esa óptica que podamos atenernos al espíritu de la norma¹⁵ cuando en su preámbulo establece como valores de protección el interés privado de los empresarios, el interés colectivo de los consumidores y el propio interés público del Estado. Nada impide entonces entender siguiendo estas consideraciones que esa figura es compatible con la que ha acuñado la jurisprudencia del Tribunal Europeo de las Comunidades Europeas con relación al “consumidor medio”, entendiéndolo no el sentido estadístico del concepto sino el estándar del conocimiento medio del consumidor en cuanto a conocimiento, capacidad de reacción frente al abuso y conocimiento y buen entendimiento de lo que puede considerarse como ajustado a la legalidad¹⁶. Importante para entender ese concepto es

¹³ StAP Palma de Mallorca 7.6.2007

¹⁴ Sentencia Audiencia Provincial de Palma 59/11 de 18 de Febrero

¹⁵ Ley 3/91, de 10 de Enero, de Competencia

¹⁶ STSJCE (Sala 1ª), 4 de Junio, 2009, asunto C-285/08 caso Morensi Leroy c Dalkia France

conjugarlo y ampliarlo con el defendido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas¹⁷ cuando incluso determina la indistinta consideración entre que pueda tratarse de un *consumidor* per se o que se intente demostrar la mera actividad de éste como “gestor” de servicios que nada tienen que ver con el concepto tradicionalmente aplicado en esta materia.

Mención aparte merece el capítulo dentro de abuso contractual y de abuso competencial la vinculación con las llamadas “preferentes” derivadas tanto de la sentencia del Tribunal Justicia de la Unión Europea¹⁸ y la posterior de nuestro TS¹⁹, así como la reciente modificación normativa con la ley 1/2013 de 14 de Mayo reformada por la ley 8/13 de 26 de Junio y que ha derivado en una marea de pronunciamientos judiciales sobre cláusulas abusivas en escrituras hipotecarias, algo sin precedentes en nuestro derecho procesal desde un punto de vista cuantitativo. Al hilo de lo expuesto la sentencia de nuestra Audiencia de Palma²⁰ donde se condena a la entidad bancaria por no informar nunca a la actora de la complejidad del producto sino que el mismo carecía de riesgo y que gozaba de alta rentabilidad, lo que finalmente era realmente inexacta y que a pesar de la complejidad del producto se le garantizaba su devolución. Se plantea en esta resolución si la entidad bancaria otorgó al consumidor una información veraz, clara, comprensible y transparente, situación incompatible en este caso con lo promulgado por la legislación en esta materia, y a tenor del concepto de consentimiento informado y de los elementos propios que pueden invalidar su otorgamiento según jurisprudencia del TS²¹ y donde se toma conciencia de los elementos necesarios del mismo, otorgado de forma libre, válido y eficaz. En cuanto a la relación con la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, que infiere como abusivas todas aquellas declaraciones de recepción o conformidad con hechos ficticios.

Mención aparte requiere en esta discusión todos aquellos aspectos derivados de la utilización de PRÁCTICAS AGRESIVAS CON LOS CONSUMIDORES, donde el legislador bajo las rúbricas elegidas a tal efecto hace un bienintencionado esfuerzo por sistematizar dichas conductas, todo y cuanto muchas de ellas pudieran considerarse inconexas entre sí y siguiendo el tipo de concretar los actos tal como se ha hecho en el estudio de las cláusulas abusivas. Se considera que las mismas se centran en el reproche de la injerencia de la conducta del empresario que ataca directamente la autonomía de decisión (la libertad de decisión) del consumidor. Dichas conductas podrían constituir en principio comportamientos comparables a los correspondientes a los tipos penales, acoso, coacción o influencia indebida, debiendo conjugarse su interpretación a lo contenido en la Directiva 2005/29/CE y a las dificultades derivadas cuando se instó en su momento y dada su naturaleza a la trasposición literal de la misma. Interesante resulta la incorporación del concepto de DESLEALTAD en el sentido de la aplicación hacia el consumidor, y basándose en HACER CREER al consumidor, por citar una conducta, que no puede abandonar el establecimiento, dejándose constancia de la importante diferencia entre hacer creer e impedir, última figura ésta que orbitaria sobre el núcleo del derecho Penal. Similares situaciones nos planteamos al abordar este tipo de prácticas ejercidas y calificadas como tales (visita a domicilio, exigencia de documentos que no pueden

¹⁷ STSJCE, 14 de Marzo 1991, Asunto di Pinto

¹⁸ STJUE de 14 de Marzo de 2013

¹⁹ STS de 9 de Mayo sobre la cláusula suelo

²⁰ STAP, secc 5ª, de 30 de Diciembre de 2013

²¹ STS de 14 y 18 de Febrero de 6 de Noviembre de 1994 y de 30 de Septiembre de 1999

considerarse razonablemente pertinentes para la determinación de validez de reclamación de indemnización por seguro de vida en caso de siniestro), de ahí que el legislador haya incorporado exigencias instrumentales para la valoración de la libertad que puede o ha debido ejercer el consumidor en ese tipo de conductas para conformar esa práctica como de agresiva.

Curioso nos parece que el legislador haya extraído de la práctica agresiva del apartado 31 de su anexo 1 para ubicarla en las PRÁCTICAS ENGAÑOSAS PER SE apartándose por tanto de la interpretación que el Tribunal de Justicia Europeo viene siguiendo en esta materia, como ocurre en lo que cita al respecto de prácticas como las de los sorteos, infiriendo igualmente en aspectos en los que contrapone la libertad de decisión del consumidor. Ni que decir del establecimiento de una doble vía para interpretar las conductas jurídico-privadas promovidas por la acción de competencia desleal sustanciada ante los juzgados de lo mercantil, o la otra, jurídico-pública, iniciada de oficio en virtud de denuncia sustanciada ante las autoridades competentes en materia de consumo o en su caso de los tribunales contencioso-administrativos.

Dentro del catálogo de estas conductas se incluyen la inducción a la decisión situando en una situación de desvalor, incómoda, al consumidor; precipitar tomas de decisiones no suficientemente meditadas o abandonar reclamaciones o peticiones a fin de no afrontar determinadas situaciones que podrían considerarse como desventajosas para el consumidor.

Terminar la parte de esta discusión con el concepto de PUBLICIDAD ILÍCITA, recogida como ejemplo de la afluencia de reclamaciones sobre transporte (en este caso aéreo) y donde la letra pequeña determina una limitación de la garantía sobre el mismo y confirma la responsabilidad de que la misma siempre que el retraso fuera imputable a la compañía aérea²². Se invoca como garantía de la misma la directiva 84/450/CE de 10 de Septiembre de 1984, donde existe una aproximación de disposiciones en materia de publicidad engañosa. Incluye dentro de los preceptos de la conducta no sólo la presentación de la misma como tal sino la inducción a la creencia de que ésta es lícita y donde distingue finalmente si se hace necesaria o no la acreditación del error efectivo sobre ésta y absolviendo finalmente por éste último precepto esa conducta.

4. CONCLUSIONES

Como conclusiones a lo anteriormente expuesto, sostenemos por un lado la evolución del concepto de consumidor y usuario de servicios desde el concepto tradicional contemplado en la ley de consumidores y usuarios (xxx), la modificación de ese precepto al amparo de la ley 3/1991 de 10 de Enero de Competencia desleal y perfilado mediante la ley 29/09 de 30 de Diciembre de Competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de consumidores y usuarios. Los cambios de dicha atribución se fundamental principalmente

²² STAPBaleares sección 3, de 31 de Mayo

en las resoluciones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y las disposiciones emanadas en forma de Directivas Comunitarias para los Estados miembros, concretamente la 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 11 de Mayo de 2005 y otras²³, así como del Reglamento 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de la que se ha llamado “Directiva sobre prácticas comerciales desleales”.

Se ha recogido la búsqueda de la Jurisprudencia menor de nuestra Audiencia Provincial con relación a todos aquellos sucesos encuadrables en dichos conceptos, aunados tanto en el propio concepto de competencia desleal como el del sometimiento a cláusulas abusivas por parte de prácticas comerciales que de forma amplia perjudican tanto los intereses económicos de los consumidores como a los principios rectores de la libre competencia de las empresas. A primera vista llama la atención la omisión de interposición de acciones judiciales numerosas por parte de los consumidores y usuarios de servicios, habiéndose comparado a la intensa casuística evaluada (inicialmente a través de las siglas del portal de consumo perteneciente a la Conselleria de Salut i Consum del Govern Balear) y que resume -de forma probablemente incluso excepcional- toda una suerte de reclamaciones directas que efectúan los propios consumidores frente a las empresas y del que, evidentemente, no existe constancia y a no ser que no haya sido posteriormente expuesta en una reclamación, ya mediante arbitraje o mediante reclamación judicial. Aún lo establecido por sectores en la publicación de su memoria del año 2013, técnicamente nuestra Audiencia acomete mayoritariamente asuntos derivados de cláusulas abusivas en materia de bienes de consumo referidos a su garantía, tráfico bancario con interés moratorio abusivo, y aquellos relacionados con la adquisición de inmuebles en muchos de sus aspectos, tanto relativos a la ocultación deliberada de la existencia de cargas hipotecarias como a plazos de entrega incumplidos con abuso de cláusulas.

La evolución ha perseguido no solo el establecimiento de una consideración general, un marco global que centre la consideración de abuso en las cláusulas contraídas entendidas de forma amplia, sino que ha ido matizando el conjunto de actos y disposiciones en las mismas que han merecido tal reproche. De esa forma el concepto de competencia desleal que puede vertebrarse de forma novedosa no ya desde la práctica empresarial al usuario de esos servicios sino del propio usuario hacia la empresa, cuestión que entendemos engloba de alguna forma los dos conceptos que tradicionalmente han visto marcos de concreción indistintos y que en parte ha resultado finalmente el núcleo del trabajo.

De igual forma se discute la posibilidad de declarar no sólo nulas esas cláusulas como abusivas sino la de que el tribunal sentenciador pueda *sensu contrario* a su nulidad ponderar y rectificar el porcentaje correcto a aplicar en el caso de que así se considerase. Dicha modificación versaría al amparo de marco jurisprudencial Europeo, y sin que se haya considerado pacífica la misma. Al hilo de lo expuesto, nuestra Audiencia Provincial de Baleares en la sentencia 552/2012 de 28 de noviembre aclara los motivos por los que deberá apreciarse de oficio la consideración de abusivas de estas cláusulas. Lo fundamenta con lo que establece la Directiva de la Unión Europea 93/13 del Consejo de 5 de abril de 1993. Esta directiva con su correspondiente transposición otorga a los jueces la potestad de apreciar de oficio las cláusulas abusivas correspondientes a contratos celebrados con un profesional y consumidores. Ello es

²³ Directiva 84/450/CEE del Consejo; las directivas 97/7/CE, 97/28/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo

necesario cuando se pretende evitar precisamente que un consumidor se vea vinculado por una cláusula abusiva, como se regula en el artículo 6 de la misma Directiva. Cuestión aparte sería la cuestión planteada por algunos autores²⁴ en el sentido de considerar esta situación como de “ineficacia de efectos retardados”, al amparo de su auténtica virtualidad hasta que esa cláusula abusiva es configurada dentro del llamado Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

Añadir a lo dicho la reiterada Jurisprudencia²⁵ a la hora de aclarar si la nulidad declarada debe serlo con relación a la totalidad del corpus contractual o si debe centrarse en la cláusula expresamente declarada como abusiva, resolviendo pacíficamente²⁶ al considerar que “la parte útil no resulta viciada por la inútil”, incidiendo en la nulidad parcial de aquellas cláusulas que determinen una situación no equitativa en cuanto a las posiciones de las partes e incumpliendo el mandato legal sobre la ley de consumidores y usuarios²⁷.

Cuestión adicional sería considerar que esa modificación de oficio no resultara una potestad judicial sino un imperativo mismo, esto es que en su carácter preventivo y de defensa de los derechos de los consumidores y usuarios no se otorgaría únicamente al juez la potestad de entrar de oficio en el asunto donde se den estos requisitos para poder declarar lo abusivo de una cláusula sino que obliga al juez a pronunciarse sobre ello, sobre el presunto abuso de la cláusula tan pronto como tenga conocimiento de ello.

²⁴ Clavería Gozález, H, el notario ante las cláusulas abusivas, El Notario

²⁵ STS 832/2008 de 22 de Diciembre

²⁶ SSTs de 17 de Octubre de 1987, 22 de Abril de 1988, 15 de Febrero de 1991, 23 de Junio de 1992, 18 de Marzo de 1998, 25 de Septiembre de 2006

²⁷ art. 10 Ley Consumidores y Usuarios

5. Bibliografía

1. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de Junio de 2000 en los autos acumulados C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243-98, C-244/98, Océano Grupo Editorial contra Martina y otros.
2. Revista el Notario edición Abril del 2014, Clavería Gozábez, “El notario antes las cláusulas abusivas”.
3. Sentencia del Tribunal Supremo 832/2008 de 22 de Diciembre.
4. Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Octubre de 1987.
5. Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Abril de 1988.
6. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Febrero de 1991.
7. Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Junio de 1992.
8. Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Marzo de 1998.
9. Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Septiembre de 2006.
10. Ley 3/2014, de 27 de Marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.
11. Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa.
12. Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma 59/2011 de 18 de Febrero de 2011.
13. Ley 3/1991, de 10 de Enero, de Competencia Desleal.
14. STSJCE (Sala 1ª), 4 de Junio, 2009, asunto C-285/08 caso Morensi Leroy c Dalkia France.
15. STSJCE, 14 de Marzo 1991, Asunto di Pinto.
16. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 14 de Marzo de 2013.
17. Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Mayo sobre la cláusula suelo.
18. Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de fecha 6 de Junio de 2007.
19. Memoria Portal de Consumidor, Consellería de Salut i Consum de les Illes Balears, año 2013.
20. Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares 95/2014 de 14 de Marzo de 2014.

21. Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares 320/2003 de 31 de Mayo de 2003.
22. Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares 81/2006 de 10 de Abril de 2006.
23. Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares 375/2011 de 21 de Noviembre de 2011.
24. Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares 112/2014 de 31 de Marzo de 2014.
25. Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares 552/2012 de 28 de Noviembre de 2012.
26. Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares 281/2012 de 13 de Mayo de 2012.
27. Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares 429/2009 de 10 de Noviembre de 2009.
28. Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares 118/2014 de 1 de Abril de 2014.
29. Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares 515/2013 de 30 de Diciembre de 2013.
30. Publicación en Revista Doctrinal Aranzadi Civil- Mercantil vol. I parte Estudio de Don L. Fernando Reglero Campos, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla- La Mancha. Año 1999.
31. Publicación de fecha 29 de Abril de 2013 en revista Expansión por Doña Mercedes Serraller. “ Robar empleados y clientes con engaño es competencia desleal”.
32. Libro “El Derecho de la Competencia, Comercio Electrónico y Marcas”, editorial Tirant Lo Blanch, edición Marzo de 2014. Autor: C. Giner Parreño.
33. Libro “DERECHO DE LA COMPETENCIA. Estudios sobre la ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia”, editorial La Ley, edición de Mayo de 2008. Autor: L. Parejo Alfonso.
34. Libro “LA NUEVA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA. Ante la evolución del derecho de la competencia”, editorial Marcial Pons, edición Marzo de 2010. Autor: L. Berenguer Fuster y otros.
35. Publicación en el Consejo General del Notariado, página web : www.notariado.org , publicación de 13 de Junio de 2013.
36. Artículo “Medios para combatir la competencia desleal” publicado en EL DERECHO en fecha 2 de Octubre de 2010. Autores: Felipe Sesma García, Santiago Nadal Arce y Fredesvinda Insa Mérida.
37. Publicación en EL DERECHO de fecha 1 de Enero de 2010 “LA NUEVA REGULACIÓN DE PUBLICIDAD ILÍCITA”. Autor: D. Rafael Sarazá Jimena.

