

LA DIRECTIVA SOBRE PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES: ANTECEDENTES, DESCRIPCIÓN Y COMENTARIO CRÍTICO

por Óscar López Santos

INTRODUCCIÓN

Antes de que el Libro Verde sobre protección de los consumidores en la Unión Europea, iniciara su andadura formal, la idea de aprobar una disposición comunitaria que cubriera todas las prácticas empresariales que tuvieran como sujeto pasivo al consumidor final, garantizando sus intereses económicos y la seguridad jurídica de todos los operadores en el mercado, fue avanzada y discutida en varios foros de la Comunidad Europea.

La insatisfacción con la situación de partida, fragmentada en diversas disposiciones no coherentes entre sí y que permitían a los Estados miembros incrementar sus niveles de protección con normas más estrictas, resultaba generalizada.

Desde la perspectiva comunitaria tal situación suponía una penalización evidente a las transacciones transfronterizas por desconfianza del consumidor e incertidumbre del comerciante, aun descontando los efectos disuasorios de la diversidad de lenguas y de regímenes fiscales.

Tampoco en el ámbito interno las Autoridades nacionales aceptaban de buen grado un modelo que suponía la ruptura de sus ordenamientos mediante disposiciones *ad hoc* de difícil encaje, pues eran resultado del mix cultural requerido para su aprobación en el Consejo, y que convivían con medidas propias siempre sospechosas de ser censuradas

por infringir la libertad de circulación de mercancías o de prestación de servicios.

Con estas premisas, una iniciativa que pudiera armonizar el acervo comunitario existente, completar sus lagunas y permitir su actualización permanente de acuerdo con la evolución de las prácticas comerciales, no podía sino levantar entusiasmos y adhesiones.

Ante el escepticismo de algunos, se pusieron como ejemplo los logros que en los tres aspectos señalados se estaban obteniendo en el ámbito de la seguridad de los productos, la otra cara de la moneda de protección de los consumidores. En este ámbito, un ajustado reparto entre las tareas de los órganos legislativos de la Unión Europea, circunscritas a fijar las exigencias esenciales de seguridad y los cauces de participación y las estructuras de aplicación, y las que podrían realizar las organizaciones empresariales y de consumidores, estaba consiguiendo un desarrollo muy eficiente del entorno normativo de la seguridad de los productos.

Tras el debate, la tramitación formal y, por fin, la adopción de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales, en mi opinión, poco queda de las expectativas inicialmente creadas. El resultado de este proceso, que bien puede calificarse de «parto de los montes», ha dado a luz una criatura de escasa capacidad armonizadora, rígida en su adaptabilidad, sin apertura alguna a la participación social y, lo que es peor, con serios problemas de interpretación para calibrar su alcance real y sus efectos sobre el entramado normativo que los Estados miembros mantienen en vigor.

El rayo de esperanza, aunque parezca paradójico, lo constituye su propia existencia problemática. A partir de su plena aplicación, todos los aspectos relacionados con los intereses económicos de los consumidores están «comunitarizados» y las distorsiones que pueda producir su aplicación deberán impulsar su mejora. Además, cierta huida de esta realidad que supuso la jurisprudencia Keck y Mithouard (1), excluyendo los métodos de venta de la aplicación del artículo 28 del Tratado, deberá volver a replantearse mediante el examen de la compatibilidad de la medida nacional con la armonización exigida en la Directiva.

(1) Asuntos acumulados C267/91 y C268/91. Ver nota 37.

ANTECEDENTES

Libro Verde sobre protección de los consumidores en la Unión Europea

El 2 de octubre de 2001, la Comisión Europea adoptó el Libro Verde sobre protección de los consumidores en la Unión Europea (2), a propuesta del Comisario de Sanidad y Protección de los Consumidores, Sr. Byrne, con el fin de realizar una amplia consulta sobre la futura orientación de la protección de los consumidores en la Unión Europea.

El documento realizaba una descripción del marco jurídico de la protección comunitaria de los intereses económicos de los consumidores, distribuyendo las directivas afectadas en dos grandes categorías, según su ámbito de aplicación: Generales —publicidad engañosa (3), indicación de precios (4), cláusulas abusivas (5) y garantías (6)—, y sobre sectores y métodos de venta —alimentos (7), cosméticos (8), textiles (9), medicamentos (10), fuera de los establecimientos (11), crédi-

(2) COM (2001) 531 final.

(3) Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de publicidad engañosa (DO L 250 de 19.9.1984, p. 17), modificada por la Directiva 97/55/CE, de 6 de octubre de 1997, a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa (DO L 290 de 23.10.1997, p. 18).

(4) Directiva 95/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de noviembre de 1995, por la que se modifica la Directiva 79/581/CEE relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos alimenticios, y la Directiva 88/314/CEE relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos no alimenticios (DO L 299 de 12.12.1995, p. 11).

(5) Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DO L 095 de 21.4.1993, p. 29).

(6) Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (DO L 171 de 7.7.1999, p. 12).

(7) Directiva 2000/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de marzo de 2000, sobre etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios (DO L 109 de 6.5.2000, p. 29).

(8) Directiva 76/768/CEE del Consejo, de 27 de julio de 1976, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros en materia de productos cosméticos (DO L 262 de 27.9.1976, p. 169), modificada por la Directiva 79/661/CEE (DO L 192 de 31.7.1979, p. 35), Directiva 82/368/CEE (DO L 167 de 15.6.1982, p. 1), Directiva 83/574/CEE (DO L 332 de 28.11.1983, p. 38), Directiva 88/667/CEE (DO L 382 de 31.12.1988, p. 46), Directiva 89/679/CEE (DO L 398 de 30.12.89, p. 25), Directiva 93/35/CEE (DO L 151 de 23.6.1993, p. 32) y Directiva 2003/15/CE (DO L 66 de 11.3.2003).

(9) Directiva 96/74/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, relativa a las denominaciones textiles (DO L 032 de 3.2.1997, p. 38), modificada por la Directiva 97/37/CE (DO L 169 de 27.6.1997, p. 74).

(10) Directiva 92/28/CEE del Consejo, de 31 de marzo de 1992, relativa a la publicidad de los medicamentos para uso humano (DO L 113 de 30.4.1992, p. 13).

(11) Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (DO L 372 de 31.12.1985, p. 31).

to (12), a distancia (13), instrumentos de pesaje (14) y tiempo compartido (15)—. La directiva relativa a las acciones de cesación (16) introduce un mecanismo de aplicación en la práctica.

Asimismo, hacía mención a los Convenios de Bruselas (17) y de Roma (18), y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) que versa sobre la compatibilidad de algunas normas nacionales de protección de los consumidores con el mercado interior.

Las principales características de este marco jurídico, según el documento comunitario, estriban en no constituir una legislación completa de las prácticas comerciales entre empresas y consumidores, y en que las directivas sectoriales nacieron como respuestas muy precisas a problemas concretos bien definidos en momentos precisos, pero que se han ido quedando obsoletas a medida que las prácticas comerciales han evolucionado, mostrando su falta de flexibilidad, a lo que se añade el tiempo necesario para modificarlas. Además, la interacción entre la reglamentación comunitaria, habitualmente, en este campo, «de mínimos» permitiendo a los Estados miembros adoptar medidas más estrictas, y la nacional ha creado un marco regulador complicado y difícil de entender, sin que la jurisprudencia del TJCE aporte soluciones válidas porque se ha limitado a cuestiones específicas de casos concretos. Por último, se hace constar el escaso desarrollo de la autorregulación a escala eu-

(12) Directiva 87/102/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo (DO L 042 de 12.2.1987, p. 48). Modificada por la Directiva 90/88/CEE del Consejo, de 22.2.1990 (DO L 61 de 10.3.1990, p. 14), Directiva 98/7/CE del Consejo y del Parlamento Europeo, de 16.2.1998 (DO L 101 de 1.4.1998, p. 17).

(13) Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (DO L 144 de 4.6.1997, p. 19).

(14) Directiva 90/384/CE del Consejo, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas a los instrumentos de pesaje de funcionamiento no automático (DO L 189 de 20.7.1990, p. 1).

(15) Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (DO L 280 de 29.10.1994, p. 83).

(16) Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (DO L 166 de 11.6.1998, p. 51).

(17) Hoy sustituido por el Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO L 12 de 16.1.2001, p. 1).

(18) Convenio de Roma sobre la legislación aplicable a las obligaciones contractuales (DO L 266 de 9.10.1980).

ropea y la inexistencia de un marco similar al previsto para los organismos de normalización en el «nuevo enfoque» para permitir la participación oficial de las partes interesadas en el proceso reglamentario comunitario.

Respecto a la legislación nacional, el documento destaca que muchos Estados miembros disponen de un principio jurídico general, para regir las prácticas comerciales entre empresas y consumidores. Con denominaciones distintas —lealtad, licitud, buenas costumbres o prácticas— y ámbitos de aplicación y alcance diferentes, estos principios que dotan a cada Estado de gran flexibilidad para adaptarse a los cambios técnicos y sociales, en el plano europeo significan potenciales barreras al intercambio de mercancías y servicios.

Con la finalidad de mejorar esta situación, la Comisión plantea diversas cuestiones que permitan orientar sus trabajos a fin de conseguir un sistema de regulación que alcance el nivel más alto posible de protección del consumidor manteniendo, al mismo tiempo, un mínimo coste para las empresas; sea lo más sencillo posible y lo suficientemente flexible para responder rápidamente al mercado, y en el que todas las partes se sientan comprometidas en la medida de lo posible, y proporcione una seguridad jurídica y garantice su aplicación eficaz y real, especialmente en los litigios transfronterizos.

Las propuestas que la Comisión trata de evaluar con las respuestas que obtenga, apuntan al siguiente esquema:

— Elaborar una directiva marco comunitaria amplia, tecnológicamente neutra, para armonizar las normas nacionales de equidad de las prácticas comerciales entre empresas y consumidores. Su modelo es el seguido para la seguridad de los productos.

— Esta directiva integraría a la de publicidad engañosa y comparativa.

— Proporcionaría una base firme para la autorregulación y para el desarrollo de orientaciones prácticas no obligatorias.

— Constituiría la base para una participación formal de las partes interesadas en el proceso regulador.

— Aplicaría el principio del Estado miembro de origen.

— Crear un marco jurídico para la cooperación formal entre las autoridades públicas con el fin de construir el mercado interior del consumo.

Es necesario para entender el origen de esta iniciativa, su contenido y desarrollo posterior, tener en cuenta la aprobación unos meses antes del Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea (19). Este documento de gran calado político se enfrenta a la crítica que se venía realizando sobre el «déficit» democrático de las Instituciones europeas, la lejanía de los ciudadanos respecto de sus tareas y su pérdida de confianza (20).

Los cambios que propone se basan en unos principios —apertura, participación, responsabilidad, eficacia y coherencia—, que a su vez refuerzan los tradicionales de proporcionalidad y subsidiariedad, que exigen que antes de lanzar una iniciativa es esencial comprobar sistemáticamente: a) si la actuación pública es realmente necesaria; b) si el nivel europeo es el más apropiado para dicha actuación; y c) si las medidas previstas son proporcionales a los objetivos.

Respecto a las iniciativas normativas, el Libro Blanco determina la necesidad de cumplir una serie de factores: a) basarse en un análisis efectivo de la conveniencia de la propuesta, sus costes y ventajas; b) combinar la vía legislativa con instrumentos no vinculantes (recomendaciones, directrices, autorregulación); c) los Reglamentos se utilizarán cuando exista una necesidad de aplicación uniforme y de seguridad jurídica en el conjunto de la Unión. Debe hacerse un uso más frecuente de las «directivas marco», dejando a la Comisión la tarea de velar por los detalles técnicos mediante la aplicación de normas «derivadas»; d) las medidas de aplicación pueden elaborarse en el marco de la corregulación (21), como

(19) COM (2001) 428 final.

(20) Ver el sugerente estudio sobre la crisis del modelo representativo del Estado realizado por Antonio J. PORRAS en *Representación y Democracia Avanzada*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales 1994.

(21) La *corregulación* combina medidas legislativas o reglamentarias vinculantes y medidas adoptadas por los agentes más interesados sobre la base de su experiencia práctica. Se circunscribe a los casos en que no están en juego los derechos fundamentales o decisiones políticas importantes. No debe utilizarse en las situaciones en las que las normas deben aplicarse uniformemente en todos los Estados miembros. Las organizaciones participantes deben ser representativas, responsables y capaces de aplicar procedimientos abiertos en la formulación y ejecución de las normas acordadas. La cooperación debe ser compatible con el Derecho europeo de la competencia y las autoridades administrativas siempre tendrán la posibilidad de intervenir en caso necesario (La Gobernanza Europea. Un Libro Blanco, pp. 23 y 24).

el «nuevo enfoque» (22); e) la acción puede completarse con el «método abierto de coordinación»; f) debe reforzarse la evaluación e información de retorno; g) la Comisión se compromete a retirar sus propuestas cuando la negociación interinstitucional socave los principios de subsidiariedad y proporcionalidad o comprometa sus objetivos.

Como puede apreciarse gran parte de estos criterios se incorporan al Libro Verde, que toma el papel del primer ensayo real de la nueva doctrina comunitaria.

Otro aspecto a tener en cuenta es que en la misma fecha, 2 de octubre de 2001, el Colegio de comisarios aprueba otra iniciativa estrechamente relacionada y escasamente coordinada. Me refiero a la Pro-

(22) El denominado «nuevo enfoque» para la armonización técnica se adopta mediante la Resolución del Consejo, de 7 de mayo de 1985, relativa a una nueva aproximación en materia de armonización y de normalización [Resolución del Consejo (85/C 136/01) - Diario Oficial C 136, de 4 de junio de 1985].

El objetivo de lograr el mercado interior a finales de 1992 requería un nuevo enfoque en materia de armonización técnica y de uso de la normalización. La Comisión, en su Comunicación titulada «Armonización técnica y normalización: un nuevo enfoque», propuso una revisión de los métodos y de los procedimientos existentes a fin de evitar recurrir a los largos procedimientos de toma de decisiones utilizados en el pasado para armonizar técnicamente mediante directivas particulares muy técnicas y detalladas, para cada producto.

El Consejo estableció cuatro principios fundamentales: La armonización legislativa se limita a unas exigencias esenciales de seguridad (u otras exigencias de interés colectivo) a las que deben ajustarse los productos comercializados y que, por ello, se benefician de la libre circulación en la Comunidad. La elaboración de especificaciones técnicas de fabricación se confía a los órganos competentes en materia de normalización industrial, que desempeñan esta tarea teniendo en cuenta el estado de la tecnología. Estas especificaciones técnicas no tienen ningún carácter obligatorio. Conservan su condición de normas voluntarias. Las administraciones han de atribuir a los productos fabricados de conformidad con las normas armonizadas una presunción de conformidad con las exigencias esenciales que establece la directiva. En los casos en que el productor no se atenga a estas normas, le incumbirá la carga de probar la conformidad de sus productos con las exigencias esenciales.

La Comisión otorga mandatos de normalización a los organismos europeos de normalización. El Comité Europeo de Normalización (CEN) y el Comité Europeo de Normalización Electrotécnica (CENELEC) son los organismos competentes. La Comisión y estos organismos llegan a acuerdos que garantizan la ejecución conforme a las orientaciones generales. En los comités de normalización se procura garantizar el equilibrio entre representantes de las empresas y de los consumidores.

En caso de que un Estado miembro constatará que un producto puede poner en peligro la seguridad de las personas, de los animales domésticos o de los bienes, adoptará todas las medidas necesarias para retirar o prohibir la comercialización del producto en cuestión. Podrá restringirse la libre circulación del producto, incluso si éste va acompañado de un certificado de conformidad. Los profesionales pueden recurrir a los siguientes medios de certificación: los certificados o marcas de conformidad expedidos por un tercero; los resultados de pruebas efectuadas por un tercero; la declaración de conformidad expedida por el fabricante, que podría ir acompañada de un sistema de vigilancia; otros medios de certificación que deberían definirse, en caso necesario, en las directivas. Resultado de este enfoque es la aprobación de un amplio paquete de Directivas, todas con la misma estructura y similar redacción en los artículos comunes, y que cubre las condiciones de seguridad de juguetes, vehículos, material eléctrico, máquinas, material de construcción, etc.

puesta de Reglamento relativo a las promociones de venta en el mercado interior (23), auspiciada por el Comisario Sr. Bolkestein encargado precisamente del mercado interior.

Su ámbito de aplicación abarca a las «promociones de venta», que incluyen a los descuentos, obsequios, primas o la oportunidad de participar en un concurso o juego. Su rasgo común es el carácter eminentemente transitorio de la oferta promocional realizada.

Esta iniciativa parte del Libro Verde que sobre «Las comunicaciones comerciales en el mercado interior» (24) aprobó la Comisión en 1996 y de su Comunicación de seguimiento de 1998 (25). Esta Comunicación crea un grupo de expertos de representantes de los Estados miembros para estudiar las barreras al mercado interior en este campo y evaluar los casos en los que podría aplicarse el reconocimiento mutuo. Los resultados de estos trabajos constataron que siguen existiendo múltiples obstáculos en el mercado interior que no pueden solucionarse exclusivamente mediante dicho reconocimiento mutuo. Una vez sometidas las diferentes propuestas de los expertos al método (26) de evaluación previsto, la Comisión entiende que deben adoptarse tres tipos de disposiciones a escala comunitaria.

El primer grupo trataría de realizar una armonización total de las disposiciones nacionales divergentes pero proporcionales al interés público perseguido, que tratan de dotar a este mercado de la suficiente transparencia y garantizar que el consumidor obtenga lo ofrecido.

El segundo eliminaría restricciones que se consideran injustificadas o desproporcionadas. Prohibiciones de las primas, de las ventas por debajo del coste o de supeditar a una compra la participación

(23) COM (2001) 546 final.

(24) COM (1996) 192 final. Por comunicaciones comerciales se entienden todas las formas de comunicación destinadas a promocionar, directa o indirectamente, bienes, servicios o la imagen de una empresa, organización o persona con una actividad comercial, industrial, artesanal o de profesión liberal.

(25) COM (1998) 121 final.

(26) Tal método consiste en lo siguiente: 1. Examinar las medidas nacionales pertinentes. 2. Seleccionar, en su caso, la norma más restrictiva de uno de los Estados miembros cuyo experto defienda la armonización. 3. Explicar la reacción económica en cadena que podría provocar la medida correspondiente, con el fin de definir sus características. 4. Llevar a cabo una evaluación jurídica de la proporcionalidad de la medida, sobre la base de los resultados de su caracterización. 5. Decidir si las restricciones requieren o no una armonización.

en juegos en algunos Estados miembros, limitaciones del valor de las promociones o de los períodos, y las autorizaciones previas, son ejemplos de las prácticas que se desean evitar.

Por último, el principio de reconocimiento mutuo serviría para enfrentar las restricciones claramente desproporcionadas una vez se haya armonizado los requisitos de transparencia necesarios. La aplicación de cláusulas generales de comportamiento correcto en el mercado, los límites de valor de las promociones de ventas ofrecidas a menores o las restricciones en determinados medios o sectores, responden a los obstáculos que el citado principio solucionaría.

Comunicación de Seguimiento

En junio de 2002, la Comisión aprueba una Comunicación de seguimiento (27), donde expone los resultados de las respuestas al Libro Verde obtenidas y se compromete a elaborar una propuesta de directiva marco, cuyos elementos esenciales anticipa y los somete a nueva consulta pública.

En general las respuestas coinciden con la necesidad de reformar el marco legislativo comunitario de protección al consumidor para simplificarlo y hacerlo más eficaz para garantizar la libre circulación de servicios y mercancías. Sin embargo, en sus aspectos concretos, tanto en la necesidad de una directiva marco, como el papel de los códigos de conducta, las orientaciones no obligatorias o las formas de participación, los planteamientos de la Comisión, sobre todo en el ámbito empresarial, no suscitan un elevado entusiasmo y sí variados interrogantes.

No obstante, la Comisión entendiendo que globalmente se apoya su reforma, que puede contar con la mayoría de los Estados miembros y que las diferencias de precios y la escasa confianza del consumidor en operaciones transfronterizas, lo hacen más urgente, prosigue en el impulso de su iniciativa y prefigura sus elementos, según se resume a continuación:

Campo de aplicación: Procurará armonizar la lealtad de las prácticas comerciales que afectan a los intereses económicos y colectivos de

(27) COM (2002) 289 final.

los consumidores. Se excluye a las relaciones entre empresarios y a los aspectos de salud y seguridad. Sólo sería aplicable si no existen disposiciones comunitarias específicas, debiéndose examinar vías para que las infracciones más flagrantes y graves den lugar a responsabilidad por daños y perjuicios.

Estructura: Contaría con una cláusula general formada por dos elementos; el carácter desleal de la práctica y una prueba del perjuicio para el consumidor medio, salvo que la empresa dirija sus actividades específicamente hacia un grupo vulnerable. Las categorías de deslealtad se referirán a prácticas engañosas, obligación de dar información, uso de fuerza, acoso, coerción y abuso de influencia y no prestación de servicios posventa ni tratamiento efectivo de las reclamaciones. Los Códigos de conducta se configuran como compromisos voluntarios pero exigibles una vez se aceptan; su posible aprobación por autoridades públicas y la correspondiente presunción de conformidad con las disposiciones de la directiva marco, deberían estudiarse; asimismo se ofrecen los criterios para la elaboración de códigos a escala de la Unión Europea.

Reconocimiento mutuo (28) y país de origen: Se afirma que la combinación de ambos principios que deberían incluirse en la propuesta tendrán como consecuencia que las interpretaciones divergentes en la jurisprudencia a escala nacional no provocarán la fragmentación del mercado interior.

(28) Este principio se desarrolla en la Comunicación de la Comisión sobre «El reconocimiento mutuo en el marco del seguimiento del Plan de acción para el Mercado Interior» [COM (1999) 299 final]. A raíz de la invitación del Consejo de Mercado Interior de marzo de 1998, la Comisión realizó un análisis de las dificultades constatadas en la aplicación del reconocimiento mutuo.

El principio de reconocimiento mutuo garantiza la libre circulación de mercancías y servicios sin que sea necesario armonizar las legislaciones nacionales de los Estados miembros. Así pues, la venta de un producto legalmente fabricado en un Estado miembro no puede estar prohibida en otro Estado miembro, aunque las condiciones técnicas o cualitativas difieran de las impuestas a los propios productos. Existe una única excepción: en caso de interés general (protección de la salud, los consumidores o el medio ambiente) se aplican condiciones estrictas. El mismo principio se aplica en materia de servicios.

En general, prevalecen las normas del Estado miembro de origen, lo que garantiza el respeto del principio de subsidiariedad, evitando la instauración de una normativa detallada a escala comunitaria y garantizando un mayor respeto de las tradiciones locales, regionales y nacionales, lo que permite asimismo el mantenimiento de la diversidad de los productos y servicios. El reconocimiento mutuo constituye así un medio pragmático y potente de integración económica. Ver también Comunicación interpretativa (DO C 265 de 4.11.2003, p. 2).

Orientaciones no obligatorias: En la directiva marco deberá establecerse las normas para el uso de las orientaciones sobre la cláusula general y las categorías de prácticas desleales. No serán vinculantes y podrán realizarse mediante recomendaciones o comunicaciones de la Comisión, previa consulta de los Estados, Asociaciones de consumidores y de empresarios.

Participación de las partes interesadas: Se realizará mediante su presencia en la elaboración de las orientaciones. La directiva deberá establecer criterios para seleccionar las partes interesadas, para el otorgamiento del mandato de elaboración de las orientaciones y para la comprobación de que se respeta y se ejecuta en un plazo determinado.

En esta Comunicación también se compromete la Comisión a presentar una propuesta para finales de 2002, sobre cooperación en la aplicación de las normas de protección de los consumidores (29).

PROPUESTA DE DIRECTIVA

Veinte meses después del Libro Verde, en un plazo de récord según los tiempos comunitarios, la Comisión presenta, el 18 de junio de 2003, su Propuesta de Directiva relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (30).

Su aprobación fue precedida de una intensa y eficaz labor de marketing del Comisario Byrne y de los funcionarios de la DG SANCO, visitando las capitales de los Estados miembros, apoyando las actuaciones de «lobby» de las asociaciones de consumidores, y aprovechando todo acto público para reivindicar las virtudes de una propuesta marco que eliminaría los obstáculos al comercio intracomunitario con los consumidores, manteniendo un alto nivel de protección. Como resultado de esta labor, tanto el Consejo como el Parlamento, adoptaron resoluciones en apoyo de esta iniciativa, urgido su presentación inmediata. No tuvieron tanto éxito los Servicios del Comisario encargado del

Mercado Interior en el impulso a su propuesta de Reglamento sobre promociones de ventas, quedando paralizada en el Consejo hasta que no pudiera estudiarse conjuntamente con la directiva marco (31).

La propuesta venía acompañada de una amplia exposición de motivos, donde se recordaban los antecedentes, las razones que aconsejaban su presentación, fundamentalmente eliminar los obstáculos y distorsiones que constituyen la regulación heterogénea, poco flexible, fragmentaria y de mínimos de las prácticas comerciales desleales, además de explicar su contenido. También se incluía un documento de trabajo de los Servicios de la Comisión (32) en el que se realizaba una evaluación del impacto que podía suponer la aprobación definitiva de esta iniciativa, valorando en especial la introducción de una cláusula de mercado interior que consagre el reconocimiento mutuo basado en la ley del lugar en que se encuentra establecido el comerciante.

Sus elementos esenciales incluyen el establecimiento de las condiciones que determinan si una práctica comercial es desleal, armonizando plenamente los requisitos de la UE relativos a las prácticas comerciales desleales utilizadas con los consumidores, no permite emplear las cláusulas de mínimos de las directivas sectoriales para imponer requisitos adicionales, establece como referencia al consumidor medio, recoge dos tipos fundamentales las engañosas y las agresivas, incorpora las disposiciones de la directiva sobre publicidad engañosa que permanece vigente exclusivamente para las relaciones entre comerciantes, y por último, en un anexo recoge una breve lista negra de prácticas comerciales.

En el documento de trabajo se argumenta que algunos planteamientos iniciales, referidos al deber positivo de informar al consumidor, establecer unos requisitos para los servicios posventa y para el tratamiento de reclamaciones, se abandonaron por su coste desproporcionado, y argumentando que en lugar de especificar qué servicio posventa debe ofrecerse se considera más eficaz aplicar los mismos principios a todas las etapas de la relación

(29) Presentada la propuesta, el 27.10.2004 se aprueba el Reglamento 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores (DO L 364 de 9.12.2004, p. 1). Se aplicará a partir de diciembre de 2005.

(30) COM (2003) 356 final.

(31) El 25.10.2002, COM (2002) 585 final, la Comisión presenta una propuesta modificada de Reglamento, incorporando las enmiendas del Parlamento Europeo que considera aceptables. Finalmente, la Comisión ha decidido retirar la Propuesta al considerar que no es probable que avance en el proceso legislativo, COM (2005) 462 final.

(32) SEC (2003) 724.

entre el comerciante y el consumidor, si el primero ofrece algo y no lo cumple se le puede sancionar. Respecto al deber de información se considera más conveniente sancionar la omisión de información sustancial.

También fueron rechazadas varias propuestas que se plantearon en el procedimiento de elaboración. La armonización de las leyes relativas a los contratos de consumo, se juzga ingobernable de abordarse al mismo tiempo, derivando tal cuestión a los trabajos iniciados por la Comunicación sobre aspectos generales del derecho contractual (33).

En cuanto a la petición de que las PYME tengan la misma protección que la otorgada a los consumidores, se excluye por entender que las empresas tienen menos necesidades de protección, además de la dificultad de definir de forma satisfactoria e incluir los casos y empresas a proteger y, finalmente, porque el Tratado (34) prevé especialmente la protección de los consumidores.

Respecto de la solicitud de abarcar toda la competencia desleal siguiendo el modelo de algunos Estados miembros, incluyendo la simple imitación, el desprestigio y la vulneración de otras leyes, la Comisión considera que no generan barreras importantes al mercado interior y su inclusión atenuaría y oscurecería el claro enfoque de protección al consumidor de la propuesta.

Quedan sin embargo sin justificar las ausencias más significativas en relación con las iniciativas planteadas en el Libro verde y su Comunicación de seguimiento, y que trataban de acercar el sistema de colaboración del poder público y los representantes sociales, diseñado en el «nuevo enfoque», al ámbito de las prácticas comerciales y los intereses económicos de los consumidores. Ni un marco para el desarrollo de los Códigos de conducta, que determinara su nivel europeo, la participación de la Administración, o sus efectos *extra partes*, ni las anunciadas «orientaciones no obligatorias», cauce de participación y actualización permanente del contenido regulador de la directiva, tienen acogida

(33) Ver las Comunicaciones de la Comisión «Un derecho contractual europeo más coherente. Plan de acción» [COM (2003) 68 final] y «Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas de futuro» [COM (2004) 651 final]. En estos documentos la Comisión anuncia la revisión del acervo en materia de consumo, incluida la Directiva sobre cláusulas abusivas, y la elaboración en 2009 de un marco común de referencia (MCR).

(34) Artículo 153 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

en esta propuesta. Reproducir el artículo 5 de la directiva 84/450/CEE, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, sin al menos haber recogido los avances logrados en el artículo 16 de la directiva de comercio electrónico (35), no puede decirse que cumpla con las expectativas creadas.

DIRECTIVA 2005/29/CE, SOBRE LAS PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES

Tramitación

La tramitación de la Propuesta se realizó de forma bastante rápida, mostrando todas las instituciones comunitarias, Parlamento, Consejo y Comisión, un gran interés en adoptarla antes de los cambios que se avecinaban: nuevo Colegio de comisarios, ampliación, discusión nuevo Tratado, etc. Todas ellas favorecieron un debate ágil, si bien tendente a llegar, como veremos, a acuerdos que rebajaban la fuerza armonizadora de la propuesta y su capacidad de dar respuestas útiles y homogéneas a los comportamientos desleales que surgieran en el mercado europeo. Sólo el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (36) manifestó algunas dudas sobre la posible reducción del nivel de protección de los consumidores, la complicación del nuevo marco normativo de la publicidad, la falta de criterios comunes para interpretar los conceptos de «buena fe» o «diligencia/competencia profesional», y que la adopción de la directiva incrementaría realmente la transparencia en las relaciones consumidor-empresa.

El 18 de mayo de 2004 el Consejo logra un acuerdo político por mayoría cualificada, sobre una posición común con vistas a la aprobación de la directiva en cuestión. Las enmiendas más relevantes aceptadas se refieren a la legislación aplicable y a una excepción temporal a las legislaciones nacionales basadas en las cláusulas mínimas de las Directivas existentes.

Desde la presentación de la propuesta las discusiones se centraron en los efectos del apartado 1 del artículo 4, que establecía: «Los comerciantes habrán de cumplir únicamente las disposiciones nacionales relativas al ámbito objeto de la aproxi-

(35) Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000 (DO L 178 de 17.7.2000, p. 1).

(36) Dictamen CESE de 29 de enero de 2004, Ponente Sr. Hernández Bataller (DO C 108 de 30.4.2004, p. 81).

mación que lleva a cabo esta Directiva del Estado miembro en el que se hallen establecidos. El Estado miembro en el que se encuentre establecido el comerciante garantizará dicho cumplimiento.» Esta regla que transforma el principio de reconocimiento mutuo, con sus matices y excepciones, como ha ido determinando el TJCE (37), en una aceptación absoluta del nivel protector de las normas del país de origen, resulta muy criticable desde la perspectiva del consumidor (38) y de los costes de los empresarios de destino, aunque cuenta con algún antecedente como la Directiva de comercio electrónico, artículo 3, con un contenido bastante más acotado y respecto de un medio de comercialización que parece exigirlo. Una previsión similar se contempla en el artículo 2 bis de la Directiva sobre radiodifusión televisiva (39).

(37) El origen de este principio está en la sentencia «Cassis de Dijon», de 20 de febrero de 1979, Rewe-Zentral AG contra Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, asunto 120/78. A partir de 1980, la Comisión ha seleccionado algunas pautas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo que se desprenden de la jurisprudencia del Tribunal, en concreto en la Comunicación de la Comisión relativa a las medidas que debían adoptarse en relación con la sentencia citada (DO C 256 de 3.10.1980).

Debe recordarse que, según jurisprudencia reiterada, toda normativa comercial de los Estados miembros que pueda obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario debe considerarse una medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas y, por ello, está prohibida por el artículo 28 CE (véanse, en particular, las sentencias de 11 de julio de 1974, Dassonville, 8/74, apartado 5; de 19 de junio de 2003, Comisión/Italia, C420/01, apartado 25, y sentencia de 13 de enero de 2000, TKHeimdienst, C254/98, apartado 22).

El Tribunal de Justicia precisó, en el apartado 16 de la sentencia de 24 de noviembre de 1993, Keck y Mithouard (asuntos acumulados C267/91 y C268/91), que las disposiciones nacionales que limiten o prohíban ciertas modalidades de venta que, por una parte, se apliquen a todos los operadores afectados que ejerzan su actividad en el territorio nacional y que, por otra parte, afecten del mismo modo, de hecho y de Derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros no son susceptibles de obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio entre los Estados miembros en el sentido de la jurisprudencia iniciada mediante la sentencia Dassonville, antes citada.

Posteriormente, el Tribunal de Justicia ha calificado de disposiciones relativas a modalidades de venta, en el sentido de la sentencia Keck y Mithouard, antes citada, disposiciones referentes, en particular, al lugar y a los horarios de venta de determinados productos, así como a su publicidad, y a determinados métodos de comercialización (véanse, en particular, las Sentencias de 15 de diciembre de 1993, Hünermund y otros, C-292/92, apartados 21 y 22; de 2 de junio de 1994, Tankstation 't Heukske y Boermans, asuntos acumulados C-401/92 y C-402/92, apartados 12 a 14, y TKHeimdienst, antes citada, apartado 24). Ver Sentencia de 25/03/2004, Karner, C-71/02, apartados 36, 37 y 38.

(38) «La «cláusula del mercado interior» resulta magnífica para los comerciantes, que simplemente deben satisfacer las normas del país donde están establecidos, pero ¿es igual de beneficiosa para los consumidores? Lo realmente tranquilizador para un consumidor sería tener la seguridad de que se aplicarán las normas del país donde él está «establecido», tal y como las interpretan los Tribunales de ese país». Rafael GARCÍA PÉREZ, *Libre circulación de mercancías y competencia desleal en la Comunidad Europea*, Ed. Fundación Caixa Galicia y Marcial Pons 2005, p. 163.

(39) Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989 (DO L 298 de 17.10.1989, p. 23), modificada por la 97/36/CE, de 30 de junio de 1997 (DO L 202 de 30.7.1997, p. 60).

La decisión de suprimir esta regla fue aceptada por la Comisión mediante una declaración en las actas del Consejo, manifestado que sólo podía admitirla bajo el entendimiento que la Directiva establece la plena armonización y que la regla del país de origen no era necesaria para garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior en este ámbito, comprometiéndose a vigilar activamente su aplicación práctica a fin de lograr su ejecución uniforme (40).

Reino Unido, Países Bajos, Luxemburgo y Estonia, también suscribieron una declaración, tomando nota del compromiso de la Comisión y entendiendo que la Directiva debe impedir que los operadores económicos que respeten la legislación del Estado miembro donde estén establecidos, puedan ser sancionados por la legislación de otro Estado. Este criterio, en su opinión, debe ser comunicado a todos los operadores para mayor seguridad jurídica y confianza.

El otro asunto de debate, se refería al artículo 3.5 de la Propuesta, y sus efectos sobre las legislaciones nacionales más estrictas permitidas por las Directivas sectoriales. La solución pasa por abrir un plazo de seis años durante el cual se mantienen estas disposiciones nacionales y se pretenden revisar si fuere necesario las citadas directivas para adaptarlas a un sistema de armonización total. Esta medida transitoria no ha satisfecho a las delegaciones Danesa y Sueca, al entender que el plazo no garantiza que la adaptación se realice, en cuyo caso sus consumidores recibirían una menor protección, votando en contra de la Directiva.

Alemania y Austria, hacen constar por su parte, su insatisfacción porque la Directiva no haya incluido las relaciones entre empresas y expresan su intención de adoptar en sus países un enfoque integrando la protección de los consumidores y de los empresarios.

Con estas modificaciones sustanciales y otras de menor calado referidas al consumidor medio, la diligencia profesional, el comportamiento económico de los consumidores, los códigos de conducta y el Anexo, se redacta un nuevo texto que será formalmente aprobado el 11 de mayo de 2005 por el Parlamento Europeo y el Consejo (41).

(40) Ver Comunicación de la Comisión con arreglo al segundo párrafo del apartado 2 del artículo 251 del Tratado CE. COM (2004) 753 final.

(41) Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005 (DO L 149 de 11.6.2005, p. 22).

Contenido

La aproximación de las disposiciones de los Estados miembros sobre prácticas comerciales desleales que perjudican a los intereses económicos de los consumidores, es el objeto declarado. Por lo tanto, quedan fuera los aspectos relativos a la salud y la seguridad o las prácticas comerciales que perjudiquen otros intereses que los de los consumidores. Este enfoque se enfrenta al de nuestra Ley de Competencia Desleal (42), que siguiendo la evolución del derecho alemán en la materia, abarca la protección de los competidores, consumidores y del propio mercado.

El ámbito de aplicación incluye las prácticas comerciales desleales de los comerciantes en sus relaciones con los consumidores, antes, durante y después de una transacción comercial en relación con un bien o servicio. Si tenemos en cuenta que comerciante puede ser cualquier persona que actúa con un propósito relacionado con su actividad económica, negocio, oficio o profesión, y que una práctica comercial se define como todo acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, proce-

(42) Ley 3/1991, de 10 de enero (BOE 11.1.1991). Esta Ley, muy apreciada por la doctrina mayoritaria, tiene un origen académico inusual en nuestra legislación, como recuerda Aurelio MENÉNDEZ en su prólogo al *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, de José Massager (Ed. Civitas, 1999). Aprovechando la marginalidad de esta nota manifiesto mi opinión discrepante; no creo que esta ley haya contribuido a mejorar la seguridad jurídica ni a determinar con claridad los intereses en juego en un ámbito como el de las relaciones en el mercado tan necesitado de ello. Al injertar en nuestro ordenamiento unas reglas que han sido el resultado de una lenta evolución en sus países creadores, principalmente Alemania, que ostenta una excesiva influencia en la formación de nuestros profesores de Derecho mercantil, sin contar con el mismo contexto socioeconómico y mucho menos legislativo, hoy coinciden para el mismo supuesto diferentes propuestas de conducta procedentes de las normas de publicidad, competencia desleal, comercio y protección de los consumidores, lo que unido a la proliferación de cláusulas generales permiten al operador interesado elegir a la carta la solución que más le satisfaga y a los tribunales hacer justicia sin encorsetarse en leyes previas. En el afán de objetivar su finalidad mediante la protección de la competencia y transformarse en la pieza maestra de una reconstrucción unitaria del Derecho de la competencia (ver Ignacio FONT y Luis M.^o MIRANDA en *Competencia desleal y antitrust*, Ed. M. Pons, 2005), la LDC olvida que «lo objetivo se entrecruza con lo subjetivo y es sólo a través de lo subjetivo como juzgamos y contemplamos lo objetivo» (B. N. CARDOZO), y que el mercado y la competencia se legitiman por la satisfacción de los intereses de los consumidores, que no puede ser derivada a una marginal política consumerista (MASSAGER, *Comentario...*, p. 116), activando interpretaciones como la del Tribunal Supremo de 20.3.2005, que entiende que la LDC supone un *prius* de tutela del empresario, aunque no perjudique al consumidor y su aplicación limite la entrada de nuevos competidores. Quizás nos ha faltado la prudencia del Juez Fry cuando afirmó que «la fijación de los límites entre la competencia leal y desleal, entre lo que es razonable e irrazonable, excede las facultades del Tribunal» (cita R. GARCÍA PÉREZ en *Libre circulación...*, p. 121). Espero que el poco afortunado título de esta Directiva no abra el debate en España sobre si su incorporación debe incluirse en la LDC y no, en coherencia con su declarado objetivo, en la legislación de protección de los consumidores.

dente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores, podemos calibrar el extraordinario alcance de esta Directiva.

Sólo el derecho contractual (43), y en particular las normas relativas a la validez, la formación o el efecto de los contratos, queda fuera del afán armonizador de las relaciones económicas entre los consumidores, definidos con la fórmula clásica de personas físicas que actúan con propósito ajeno a su actividad productiva, y los comerciantes, en el amplio sentido señalado.

Dada su pretensión de configurarse como norma marco, se determina que en caso de conflicto con otras normas comunitarias que regulen aspectos concretos de las prácticas comerciales desleales, estas últimas prevalecerán y serán aplicables a esos aspectos concretos. Regla de subsidiariedad muy similar a la recogida en el artículo 1.1 de la Directiva relativa a la seguridad general de los productos (44), ejemplo que inspiró según lo ya comentado esta iniciativa.

Esta regla de conflicto genera un delicado problema al enfrentarse al carácter de mínimos de la gran mayoría de las Directivas específicas. Con la formulación expuesta, sólo el contenido normativo de las Directivas aplicables queda salvado, no así las regulaciones nacionales realizadas al amparo de las autorizaciones expresas contenidas en las cláusulas de mínimos. La salida a esta cuestión y que motivó el rechazo a la propuesta de dos Dele-

(43) Ver nota 33.

(44) Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001 (DO L 11 de 15.1.2002, p. 4). Las disposiciones de la Directiva se aplicarán en la medida en que no existan, en el marco de la normativa comunitaria, disposiciones específicas que regulen la seguridad de los productos de que se trate, y cuando tal legislación sectorial presente lagunas.

Esta Directiva pretende imponer una obligación general de seguridad a cualquier producto destinado al consumidor o que pueda ser utilizado por los consumidores, incluidos aquéllos que se utilizan para prestar algún servicio. Un producto se considerará seguro cuando cumpla las normas comunitarias específicas que regulan su seguridad.

A falta de tales disposiciones, se establecerá la conformidad del producto con las normas nacionales específicas del Estado miembro de producción o comercialización del producto, o bien con las normas nacionales no obligatorias por las que se transponen normas europeas. A falta de éstas, la seguridad de un producto se aprecia teniendo en cuenta las normas no obligatorias, las recomendaciones de la Comisión que establezcan directrices para la evaluación de la seguridad de los productos, los códigos de buena conducta, la situación de la práctica y de la técnica, o la seguridad que razonablemente los consumidores puedan esperar. En el caso de productos que presenten un riesgo grave que exija una intervención rápida, los Estados miembros informarán inmediatamente de ello a la Comisión a través del sistema RAPEX de intercambio rápido de información entre los Estados miembros.

gaciones, según lo ya señalado, pasa por incluir una disposición transitoria que permite hasta junio 2013, seguir aplicando esas disposiciones nacionales más exigentes o restrictivas, siempre que resulten indispensables para la protección de los consumidores y proporcionadas a ese objetivo. La Comisión en el informe previsto para junio de 2011, podrá proponer una ampliación del plazo anterior.

Esta flexibilidad en la fuerza armonizadora de la Directiva se reitera al incorporar una cláusula de mínimos para los sectores de bienes inmuebles y servicios financieros, a demás de excluir a la certificación e indicación del grado de pureza de los objetos fabricados con metales preciosos (45).

Aunque la disposición que, para garantizar el funcionamiento del mercado interior, contenía la propuesta y en cuya virtud la legislación del país en el que estuviese establecido el comerciante sería siempre la legislación aplicable, desaparece del texto aprobado, se mantiene el mandato a los Estados miembros para que no restrinjan la libre prestación de servicios ni la libre circulación de mercancías por razones pertinentes al ámbito objeto de la aproximación que lleva a cabo la Directiva.

El elemento declarado esencial de la Directiva lo constituye la prohibición de las prácticas comerciales desleales y su definición mediante una cláusula general. Para que una práctica se considere desleal deben cumplirse dos condiciones acumulativas:

- Ser contraria a los requisitos de la diligencia profesional, definida 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.
- Distorsionar o poder distorsionar de manera sustancial el comportamiento económico del consumidor medio. La distorsión se equipara a mermar de manera apreciable la capacidad de consumidor de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa haciendo así que éste tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado. Respecto al

consumidor «medio», que según el TJCE está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz (46), debe de determinarse en función del grupo al que se dirige la práctica.

La Directiva procura precisar la prohibición general, mediante la definición de dos categorías que van a recoger la inmensa mayoría de las conductas prohibidas: las prácticas engañosas o agresivas. Asimismo mediante un anexo se listan las prácticas comerciales que se consideran desleales en cualquier circunstancia, que se aplicará en todos los Estados miembros y sólo podrá modificarse mediante una revisión de la propia Directiva.

Se considera engañosa toda práctica comercial que contenga información falsa o en la forma que sea, induzca o pueda inducir a error al consumidor medio sobre algún elemento esencial de la transacción, que le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre dicha transacción que de otro modo no hubiere tomado. Se incluye expresamente en el tipo el acto de confusión y el incumplimiento de los compromisos incluidos en los códigos de conducta, siempre que sean firmes y verificables, y el comerciante haya indicado en una práctica comercial que estaba vinculado por el código.

La omisión de información sustancial que necesite el consumidor medio para tomar una decisión con el debido conocimiento de causa se equipara a la acción engañosa, así como ofrecerla de manera poco clara, ininteligible, ambigua, extemporánea u ocultado su propósito comercial.

Cuando exista una invitación a comprar, definida como una comunicación comercial que indica las características del producto y su precio de manera adecuada al medio utilizado y permite realizar una compra al consumidor, la Directiva determina la información que se entiende sustancial: características principales, dirección e identidad del comerciante, precio, procedimiento de pago, entrega y funcionamiento, sistema de reclamaciones, y derecho de revocación o cancelación, en su caso. Los requisitos de información establecidos por Directivas específicas, cuya lista no exhaustiva se recoge en el anexo II, se consideran sustanciales.

(46) Pall corp. contra Dahlhausen, C-283/89; Verband Sozialer Wettbewerb e.V contra Clinique Laboratoires SNC y Estée Lauder Cosmetics GmbH, C-315/92; Mars, C-470/93; Comisión contra Alemania «Salsa holandesa», C-51/94; Gut Springenheide, C-210/96; Estée Lauder contra Lancaster, C-220/98.

(45) Ver Sentencia de 8 de julio de 2004, Comisión/Francia, C-166/03.

Las prácticas comerciales agresivas realizadas mediante el acoso, la coacción, incluido el uso de la fuerza, o la influencia indebida, se las tipifica por mermar o poder mermar de forma importante, la libertad de elección del consumidor medio, con la consecuencia conocida, de que haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otra forma no hubiera tomado. Por influencia indebida se entiende la utilización de una posición de poder sobre el consumidor y su correspondiente capacidad de presión.

Para determinar el carácter agresivo de la práctica en cuestión, se tendrán en cuenta todas las circunstancias en que se realice: el momento y lugar, persistencia, lenguaje, amenazas o insultos, explotación de infortunios, u obstáculos al ejercicio de los derechos.

Las prácticas que se relacionan en el anexo, 23 engañosas y 8 agresivas, no parecen responder a clasificación alguna que permita ordenarlas, sino más bien configuran una heterogénea lista que ha recogido las conductas que los diferentes participantes en la tramitación han ido aportando desde perspectivas e intereses diferentes y escasamente coordinados con otros textos comunitarios. Entre las engañosas, a parte de la prohibición de las ventas piramidales, su característica común es la de mostrar la diversidad de infracciones al principio de veracidad que puede darse en el tráfico comercial. Para alguna su constatación será fácil; se afirma algo que es falso. En todo caso, parece que la utilidad del anexo es la de simplificar los elementos previstos en las cláusulas generales; probado el comportamiento relacionado en el anexo la práctica se considera desleal sin necesidad de verificar que supone, en el caso que se juzga, un riesgo para la capacidad de decisión de los consumidores afectados.

El resto de disposiciones de la Directiva regulan aspectos generales, ya tratados en otras normas comunitarias, sin novedades relevantes.

Así, respecto a los códigos de conducta, afirma la compatibilidad de la Directiva con el control, que los Estados miembros pueden fomentar, de las prácticas desleales por los responsables de dichos códigos, que en ningún caso pueden suponer la renuncia a las acciones judiciales o administrativas previstas en la norma comunitaria. No obstante, los Estados pueden establecer que el recurso previo a estos organismos privados sea un

requisito para acceder al órgano administrativo o judicial competente.

Los Estados deben garantizar el cumplimiento de la Directiva mediante procedimientos judiciales o administrativos, que puedan ordenar el cese o prohibición de las prácticas desleales, incluso en ausencia de perjuicio real o voluntad del comerciante, y eliminar sus efectos persistentes mediante la publicación de la decisión o de un comunicado rectificativo. Procedimientos acelerados y órganos imparciales, con capacidad de hacer cumplir sus decisiones y motivarlas, son los requisitos que establece la Directiva.

En esos procedimientos deben estar legitimadas las personas o las organizaciones que tengan un interés legítimo en combatir las prácticas comerciales desleales, incluidos los competidores. En dichos procedimientos se podrá exigir que el comerciante aporte pruebas de la exactitud de sus afirmaciones y considerarlas inexactas si no se presentan o resultan insuficientes.

El cumplimiento se refuerza con el régimen sancionador eficaz, proporcionado y disuasorio que los Estados deben implantar.

La inclusión de las prácticas engañosas en el ámbito de esta Directiva hacía necesario modificar o derogar la Directiva sobre publicidad engañosa y comparativa. Se opta por limitar el ámbito de dicha Directiva, a la publicidad que perjudica a las empresas pero no a los consumidores y a la comparativa. Asimismo, se sustituye la mención a la Directiva del 84, por la nueva Directiva marco, en el anexo de la Directiva 98/27/CE (47) y se añade al del Reglamento 2006/2004 (48).

Para armonizar la prohibición de las prácticas de suministro no solicitado, se modifican las Directivas 97/7/CE (49) y 2002/65/CE (50).

Por último, tras establecer la obligación de los Estados para informar a los consumidores de las

(47) Relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores. Ver nota 15.

(48) Reglamento sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores. Ver nota 25.

(49) Relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. Ver nota 12.

(50) Directiva 2002/65/CE del Parlamento y del Consejo de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros (DO L 271 de 9.10.2002, p. 16).

incorporaciones de la Directiva al derecho interno y alentar la difusión de los códigos de conducta, se fija como fecha límite para tal incorporación la de 12 de junio de 2007, aplicando sus disposiciones a más tardar el 12 de diciembre de 2007.

COMENTARIO CRÍTICO

La sensación de frustración que señalaba en la Introducción, en parte, se produce por lo que no tiene esta Directiva y que en sus inicios acompañó la iniciativa y, sin duda, justificó la ilusión y el apoyo inicial de muchos.

El abandono de una regulación mínima que haga viable un entorno participativo, determinando los requisitos exigibles a los códigos de conducta cuyo cumplimiento pueda ser considerado, automáticamente, como presunción *iuris tantum* de la aplicación correcta de los mandatos de la Directiva, y la carencia de todo procedimiento ágil, salvo su propia modificación, para enfrentarse a nuevas conductas reprobables con respuestas urgentes y armonizadas a escala europea, resultan, en mi opinión, una grave quiebra de la modernización del derecho comunitario que el Libro Blanco sobre la gobernanza planteó, volviendo a esquemas legislativos puestos ya en tela de juicio como la armonización de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo.

Los argumentos que usualmente se emplean para justificar esta falta de intervención en los sistemas de autorregulación para transformarlos en mecanismos de corregulación, bien integrados en el proceso de creación normativa y aplicación posterior, me parecen poco fundados.

Los que consideran que el régimen normativo debe reservarse, en exclusiva y de forma absoluta, al poder legislativo, argumento muy querido por un Parlamento Europeo siempre en búsqueda de legitimidad e influencia, y que no debe vaciarse de contenido mediante una exacerbación de las facultades de desarrollo y aplicación (51), parecen no tener en cuenta el acelerado ritmo que impone un mercado dinámico que requiere soluciones inmediatas y claras, además de la fructífera experiencia

(51) Una crítica y una propuesta de mejora del proceso legislativo comunitario en el informe final del comité de sabios sobre la regulación de los mercados europeos de valores de 15.2.2001 (conocido como «informe Lamfalussy»).

desarrollada en materia de seguridad de los productos. ¿Es necesaria mayor intervención del legislativo para establecer las condiciones de licitud de una práctica comercial que puede afectar los intereses económicos de los consumidores, que para determinar la seguridad de un producto de uso infantil?

Respecto del otro grupo de argumentos basados en la preservación de la libre voluntad de los movimientos asociativos y de su espontaneidad, cabe responder que este «dejar hacer» sólo permite reproducir las situaciones de desigualdad existente entre los grupos a organizarse, y entre ellos, posiblemente el de los consumidores es el ejemplo más radical de un ámbito que necesita imperativamente un marco público que fomente su representatividad, independencia y profesionalidad, si no se desea que los intereses colectivos de los ciudadanos como consumidores sean un concurrido asidero para organizaciones con intereses mucho más concretos y lucrativos (52).

Considerar que el coste que para una organización social representa su participación en los procesos de decisión públicos, puede satisfacerse, exclusivamente, con las cuotas de sus socios, o que la selección de las organizaciones representativas en ámbitos que no cuentan con procesos de elección abiertos a todo el colectivo afectado, puede realizarse sin pautas previas y controles mínimos, es el camino más directo para el agostamiento de las organizaciones exclusivamente dirigidas a la defensa de los intereses generales de los consumidores y la proliferación de organizaciones de marcado carácter amarillo, lo que supondrá la desaparición de interlocutores sociales reconocidos y apreciados por los ciudadanos.

Abandonadas estas vías que hubieran permitido integrar las previsiones de la Directiva, necesaria-

(52) MANCUR OLSON, en su primer libro, *La lógica de la Acción Colectiva. Bienes Públicos y la Teoría de los Grupos*, publicado en 1965, plantea la notable diferencia entre los grupos sociales grandes y pequeños: «Los grupos grandes o latentes no tienen incentivos para actuar con el fin de obtener un bien colectivo porque, por valioso que ese bien pueda ser para el grupo en conjunto, no le ofrece a la persona incentivo alguno para pagar cuotas a una organización que trabaja por los intereses del grupo latente, o para soportar en cualquier otra forma algunos de los costes de la acción colectiva. Sólo un incentivo por separado y "selectivo" estimulará a la persona racional que forma parte del grupo latente a actuar en forma orientada hacia el grupo... de manera que quienes no se han unido a la organización... puedan ser tratados en forma diferente de cómo se trata a los que sí lo hacen». Esta situación provoca con el tiempo que los grupos de intereses económicos acaben convirtiéndose en grupos de intereses especiales o particulares cualesquiera que sean sus condiciones iniciales.

mente abstractas, en una realidad cambiante y con el acuerdo de los participantes en el mercado, se opta por transponer los modelos nacionales al plano europeo.

Si con una cláusula general, algunos Estados habían dado respuesta a la diversidad de prácticas ilícitas que circulan en el mercado (53), una Directiva marco que estableciera una prohibición general y del mismo tenor para todos los países de la Unión Europea, tendría efectos similares.

Sin embargo, este proceder no tiene en cuenta la propia historia del derecho continental que partiendo de textos muy similares y a veces con redacciones idénticas, con el paso del tiempo han dado en soluciones diferentes. En el informe de la Comisión sobre aplicación de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores (54) plantea las dificultades para garantizar una aplicación homogénea del criterio general establecido y las limitaciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para liderar una interpretación común.

Por lo tanto, pretender que un ámbito tan extenso y casuístico como el de las prácticas comerciales, pueda ordenarse mediante el establecimiento de una prohibición general, delegando su aplicación en miles de tribunales u órganos administrativos dependientes de los Estados que forman la Unión Europea (55), parece un caso claro de voluntarismo político alejado de la realidad y, lo que es más criticable, provocador de riesgos imprevisible en sus consecuencias pero ciertos en su existencia.

(53) La valoración de estas respuestas es otra cuestión. La asfixiante jurisprudencia alemana no parece un modelo a seguir en una economía abierta y que ha abandonado visiones nacionales. *Volkswirtschaft*, tan caras al espíritu germánico tradicional. Como ejemplo de las dificultades de adaptación a un mercado basado en la decisión informada y libre de los consumidores, ver Anxo TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, Ed. Marcial Pons 1996, pp. 167 y ss.

(54) COM (2000) 248 final.

(55) A mayor extensión de una idea menor es su comprensión; los conceptos que se aplican a realidades variadas y diferentes tienen escaso contenido regulador, calificándose de «indeterminados», lo que en la práctica supone una gran libertad para su interpretación, que más resulta una tarea creadora que de mera aplicación al caso. En un pasado agrario, estamental y socioeconómicamente estable, había tiempo y criterio de clase para asegurar la predecibilidad de la regla abstracta. Hoy este tipo de indeterminaciones representan una de las vías que la crisis de sobrecarga que padecen todos los Estados modernos, utiliza para derivar las soluciones de los conflictos de intereses que no puede resolver, a otras instancias descentralizadas. Evidentemente transmutar una legitimidad democrática en otra basada en la autoridad de un funcionario seleccionado por sus conocimientos y no por su representatividad, presenta serios problemas de control social.

En cuanto a la redacción de la prohibición general prevista en el artículo 5 de la Directiva, y que la Comisión señalaba como elemento esencial en su propuesta, no puede considerarse muy afortunada. Siguiendo la exposición de motivos de la propuesta que sustancialmente no varía respecto del texto definitivo, el demandante tendrá que demostrar que se cumplen tres condiciones para que una práctica se considere desleal.

La práctica debe ser contraria a los requisitos de la diligencia profesional. Según la Comisión este concepto es necesario para garantizar que prácticas comerciales normales, y pone como ejemplo al *product placement*, no quedarán incluidas en el ámbito de la Directiva, incluso si pueden influir en el comportamiento económico de los consumidores. El argumento no puede aceptarse y demuestra la inutilidad del concepto «diligencia profesional» en esta directiva. No cabe enfrentar el comportamiento «honrado o de buena fe» del comerciante con el resultado de «mermar de manera apreciable la capacidad del consumidor de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa». Eliminado un juicio de culpabilidad sobre la conducta del comerciante, si ésta de forma objetiva pone en riesgo esa capacidad del consumidor, debe cesar inmediatamente sin que los criterios de honradez o buena fe resulten de utilidad alguna.

Ésta es la motivación expresa que el considerando seis de la Directiva emplea para evitar la prohibición de la dudosa y en mi opinión rechazable publicidad indirecta denominada *product placement*, manifestando que tales prácticas pueden influir en el consumidor pero no mermar su capacidad de tomar decisiones conscientes. Como se puede apreciar la «diligencia profesional» ni se menciona.

Quizás la explicación de mantener este concepto trae causa de los primeros documentos que señalaban que el ámbito de la futura regulación coincidía con el de las prácticas desleales que afectaban al consumidor. Definida las primeras y para ello sí que resulta imprescindible una regla de comportamiento empresarial, la delimitación de la Directiva quedaba ajustada con su limitación a aquellas en que interviniera el consumidor final. Sin embargo, es notorio el enfrentamiento entre el modelo continental y el del Reino Unido sobre todo lo atinente a la competencia desleal. El resultado, equívoco en el título y en los conceptos, es una norma que regula exclusivamente las prácticas agresivas y engañosas que afectan a los consumidores y, como efecto derivado, impide que el objetivo competen-

cia leal pueda utilizarse como barrera a la libre circulación de servicios y mercancías.

La segunda condición exige que el consumidor de referencia que se ha de considerar en la evaluación del impacto de la práctica sea el consumidor «medio» empleado por el TJCE. Afortunadamente la Directiva no ha recogido una definición concreta de consumidor medio, lo que permitirá evitar una petrificación de la desarrollada por el TJCE, que tiene su lógica en decisiones en las cuales un posible perjuicio a los consumidores menos desfavorecidos (56) encuentra una clara compensación con la eliminación de obstáculos al mercado interior europeo, pero que en decisiones estrictamente nacionales dejaría fuera de protección a grupos muy significativos de la población, precisamente los más necesitados de ella. El reconocimiento explícito de los grupos especialmente vulnerable va en esta línea (57).

Respecto de la tercera condición: la práctica debe distorsionar o poder distorsionar, de manera sustancial el comportamiento económico de los consumidores, y dado que el apartado e) del artículo 2, la define como aquella que puede mermar la capacidad del consumidor de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa haciendo que éste tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado, bien parece que se reduce a depurar de injerencias fraudulentas la fase de percepción del consumidor —cuándo éste adquiere el conocimiento del producto o servicio ofertado— y que, sin duda se solaparía con el ámbito tipificado por los artículos 6 y 7, que tratan del error en la información necesaria. No parece que ésta sea la interpretación de una condición que está llamada a regular los casos no incluidos en las prácticas engañosas o agresivas. Por ello, con ciertas dificultades debe entenderse que el ámbito normado abarca a todas aquellas prácticas que tengan como efecto directo o potencial alterar ilícitamente su decisión. Este juicio de licitud que según lo visto no puede vincularse con un difuso estándar de conducta profesional, requiere contemplar el proceso de decisión del consumidor y

(56) En *La protección del subconsumidor en la normativa sobre responsabilidad civil por productos o servicios defectuosos*, Santiago CAVANILLA estudia el efecto de aplicar criterios generales a colectivos desprotegidos o débiles (Estudios sobre Consumo, Ed. INC, n.º 18).

(57) El *Bundesgerichtshof* alemán, se decanta por un consumidor con una información y perspicacia normales, medias, cuya atención varía en función del tipo de productos de que se trate. El TJCE ha utilizado esta idea en materia de Derecho de marcas. Ver R. GARCÍA PÉREZ, *Libre circulación...*, p. 245.

acotar de todas las influencias que sus relaciones en el mercado generan, las que indudablemente afecten a su decisión racional. En este sentido sólo tres momentos pueden ser influidos de una manera apreciable: la fase de captación de la información, la fase de formación de su voluntad y, por último, la exteriorización de la voluntad formada. En la primera se debe preservar al consumidor de cualquier percepción que pueda sumirle en un error significativo incompatible con su papel en un mercado transparente y eficiente; éste es el objetivo de los artículos 6 y 7. En la segunda y tercera fases, se trata de garantizar la libertad del consumidor; ésta es la misión de los artículos 8 y 9.

Con este esquema, la prohibición general del artículo 5 carece de contenido regulador propio, ya que de todas las conductas que tengan el efecto de modificar la decisión del consumidor, únicamente las declaradas como engañosas o agresivas resultarían ilícitas. El primer ejemplo que ofrece la Comisión para motivar la utilidad de la cláusula general se refiere a las ventas condicionadas, pues bien su regulación encaja tanto en la depuración del engaño —estas prácticas tienen el efecto de obstaculizar la valoración de la oferta y su comparación con otras—, como en la garantía de la libertad del consumidor que se ve compelido a la adquisición de algo no deseado. El segundo referido a una página web que redirige al usuario sin previo aviso a una conexión costosa, no parece que necesite mucho esfuerzo para incluir esta práctica entre las engañosas.

Cuestión distinta y que merece un análisis con profundidad que excedería de los límites de un estudio (mejor tentativa de) que sólo pretende dar una visión inicial de la Directiva comentada, es si el contenido regulador de los artículos 6, 7, 8 y 9, a demás del anexo I, son consistentes con ese afán de ordenar un ámbito tan extenso como el formulado en el artículo 3, y lograr su plena armonización.

Dudosa parece la oportunidad de mantener la Directiva sobre publicidad engañosa y comparativa sólo para relaciones entre empresas, ¿Cuál será el sujeto de referencia? ¿Un comerciante medio? Tampoco se justifica el distinto tratamiento según se refiera a la Directiva de cesación que la excluye o al Reglamento de cooperación que la integra ¿Cuál es el criterio?

En cuanto a las prácticas agresivas, mucho habrá que trabajar para entroncar los términos empleados, acoso, coacción, con las conductas en el mercado que interfieren el proceso de formación

de la voluntad o su ejercicio libre, sin por ello constituir tipificaciones penales. Acercarlos al concepto de ofertas molestas desarrollado por José Massager (58), parece lo más apropiado

Mi opinión en definitiva y según lo señalado no es optimista, aunque es cierto que las consecuencias de «comunitarizar» todo el terreno correspondiente a la protección del consumidor, tanto desde la perspectiva de seguridad como de sus intereses económicos, son difíciles de anticipar, pero en

todo caso sugieren una relevancia sustancial de esta política, lo cual puede determinar una intensificación en la atención prestada y en la provisión de los recursos necesarios. Entre tanto, vayamos preparando para incorporar esta Directiva a nuestro ordenamiento interno, comenzando por analizar su impacto sobre la pléyade de disposiciones del Estado y de las comunidades autónomas (59), que sin tener un apoyo claro en Directivas de mínimos regulan hoy en nuestro país multitud de prácticas comerciales.

(58) *Comentario a la Ley...*, p. 159.

(59) Como una muestra, ver M.^a del Pilar MELARA, *Análisis comparado de la legislación española sobre promoción de ventas*, Ed. Civitas 2001.

