



Centro de Estudos de
Economia Aplicada do Atlântico

WORKING PAPER SERIES

CEEApIA WP No. 12/2009

Directiva 2005/29/CE sobre Práticas Comerciales Desleales: La Protección de los Consumidores en Europa (I Parte)

Silvana Newman Rodríguez

October 2009

**Directiva 2005/29/CE sobre Prácticas Comerciales
Desleales: La Protección de los Consumidores en
Europa (I Parte)**

Silvana Newman Rodríguez
Universidad Pompeu Fabra
Barcelona, España

Working Paper n.º 12/2009
Outubro de 2009

RESUMO/ABSTRACT

Directiva 2005/29/CE sobre Prácticas Comerciales Desleales: La Protección de los Consumidores en Europa (I Parte)

Directive 2005/29 on unfair commercial practices persecutes the construction of general a regulating frame with a view to obtaining a homogenous protection of the European consumer, as well as the elimination of the barriers in the inner market in the European Union. To this aim, the communitarian legislator has devised a norm that he looks for to consolidate the confidence of the consumer in the internal market and the access of the consumers to the border interchange, which at the same time contributes to increase the competition and the efficiency within the internal market. In the development of these objectives one granted to the Directive very ample contours. Then, in this analysis the scope of application of the Directive is examined, the concepts commercial practices and their structure, in order to determine if indeed the Directive offers an opportunity to establish a uniform notion of commercial fairness, that benefits not only to the consumers but also the border commerce.

Keywords: Unfair Competition, Unfair Commercial Practices Directive 2005/29/CE, misleading practices, aggressive commercial practices, consumer protection.

Silvana Newman Rodríguez
Universidad Pompeu Fabra,
Barcelona, España

Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales¹: la protección de los consumidores en Europa. (I Parte)

Silvana Newman Rodríguez²

Sumario: I. Introducción. II. Ámbitos de aplicación: objetivo, subjetivo y temporal. III. Prohibición general de las prácticas comerciales desleales IV. La distorsión sustancial del comportamiento económico de los consumidores. V. El consumidor medio y el consumidor relevante. VII. Ámbitos no cubiertos por la Directiva 2005/29/CE. VIII. La relación entre la prohibición general de las prácticas comerciales desleales y las prácticas comerciales engañosas y agresivas.

Resumen:

La Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales persigue la construcción de un marco regulador general con miras a obtener una protección homogénea del consumidor europeo, así como también la eliminación de las barreras en el mercado interior en la Unión Europea. A este fin, el legislador comunitario ha ideado una normativa que busca consolidar la confianza del consumidor en el mercado interno y el acceso de los consumidores al intercambio fronterizo, lo que al mismo tiempo contribuye a incrementar la competencia y la eficiencia dentro del mercado interno. En el desarrollo de estos objetivos se concedió a la Directiva unos contornos muy amplios. Pues bien, en este análisis se examina el ámbito de aplicación de la Directiva, los conceptos sobre prácticas comerciales y su estructura, con el fin de determinar si efectivamente la Directiva ofrece una oportunidad de establecer una noción uniforme de lealtad comercial que beneficie no sólo a los consumidores sino también al comercio fronterizo.

Palabras clave: Competencia Desleal, Directiva sobre Prácticas Comerciales Desleales 2005/29/CE, prácticas engañosas, prácticas comerciales agresivas, Protección del Consumidor.

Abstract:

Directive 2005/29 on unfair commercial practices persecutes the construction of general a regulating frame with a view to obtaining a homogenous protection of the European consumer, as well as the elimination of the barriers in the inner market in the European Union. To this aim, the communitarian legislator has devised a norm that he looks for to consolidate the confidence of the consumer in the internal market and the access of the consumers to the border interchange, which at the same time contributes to increase the competition and the efficiency within the internal market. In the development of these

¹ Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (en adelante Directiva 2005/29/CE) Vid. Diario Oficial L 149/28 de 11 de junio de 2005.

² Doctoranda del Programa de Doctorado en "Derecho Patrimonial" de la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España. Master Lvcentinus en Marcas, patentes, derechos de autor y diseños de la Universidad de Alicante, España. DEA en Derecho Mercantil por la Universidad Pompeu Fabra. Profesor Titular de la Universidad de Los Andes, Mérida, Venezuela.

objectives one granted to the Directive very ample contours. Then, in this analysis the scope of application of the Directive is examined, the concepts commercial practices and their structure, in order to determine if indeed the Directive offers an opportunity to establish a uniform notion of commercial fairness, that benefits not only to the consumers but also the border commerce.

Keywords: Unfair Competition, Unfair Commercial Practices Directive 2005/29/CE, misleading practices, aggressive commercial practices, consumer protection.

I. Introducción

El interés en las leyes de competencia desleal en la Comunidad Europea existe desde hace muchos años³. El estudio de la legislación sobre prácticas comerciales desleales en los diferentes Estados miembros demuestra una variedad de diversos elementos legislativos que con frecuencia combinan elementos de derecho privado, público y criminal, reflejando una amplia dispersión en relación con los intereses protegidos, valga decir, los consumidores, los competidores o el público en general. Sin embargo, algunas características comunes pueden ser precisadas en varios grupos de Estados miembros⁴. Así, de esta forma, algunos Estados miembros han compilado las principales reglas del comercio leal en una sola Ley sobre prácticas de mercado dirigido a la protección de consumidores y de competidores contra las prácticas desleales,

³ Ya desde 1965, Eugen Ulmer escribió un análisis comparativo de las leyes de seis de los Estados miembros, identificando en los diferentes sistemas legislativos tres intereses que se pueden proteger por las leyes de competencia desleal: los competidores, los consumidores y el público en general. En consecuencia, las leyes de competencia desleal pueden directa o indirectamente proteger uno, dos o los tres intereses señalados. *Vid.* Ulmer, E. *Das recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, Munich: C. H. Beck Verlag, 1965, citado por Howells, en Howells, Micklitz y Wilhelmsson, *European Fair Trading Law*, Hampshire, 2006, p. 2, nota al pie n° 6. También otros estudios relacionados con la materia son Schricker (Hrsg.), *Recht der Werbung in Europa*, Baden-Baden 1995 et seq.; Micklitz, Monazzahian, Rößler, *Door-to-Door Selling – Multi-Level Marketing*, Study on behalf of the European Commission, November 1999; Schricker, Henning-Bodewig, *Elemente einer Harmonisierung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs in der EU*, WRP 2001, 1367; Micklitz, Keßler, *Marketing Practices Regulation and Consumer Protection in the EC Member States and the US*, Baden-Baden 2002, citados por Schulze, Schulte-Nölke, *Analysis of National Fairness Laws Aimed at Protecting Consumers in Relation to Commercial Practices*, Studio ordered by the Directorate-General Health and Consumer Protection of the European Commission (DG SANCO), 2003, p. 2, http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/green_pap_comm/studies/unfair_practices_en.pdf

⁴ Los grupos de Estados miembros y sus características comunes han sido tomados de Schulze, Schulte-Nölke, *Analysis of National Fairness Laws Aimed at Protecting Consumers in Relation to Commercial Practices*, Studio ordered by the Directorate-General Health and Consumer Protection of the European Commission (DG SANCO), 2003, pp.11 y ss.

protegiendo la competencia en todo su conjunto⁵. En cuanto al ámbito de aplicación puede establecerse que al menos algunas de sus disposiciones cubren las prácticas comerciales dirigidas a los consumidores (business to consumer B2C) y/o prácticas comerciales dirigidas a los competidores (business to business B2B). Por consiguiente, se asume la protección de ambos grupos, aun cuando tradicionalmente en algunas ocasiones haya estado orientada más hacia la protección del consumidor o del competidor. En cualquier caso, en lo relativo a la protección al consumidor las cláusulas del contrato o los Códigos o Leyes de protección al consumidor, complementan la protección.

De otra parte, algunas de estas legislaciones se basan en una cláusula general dirigida a la protección tanto de consumidores como de competidores y prohíben también cualquier conducta contraria a las prácticas honestas del mercado⁶. Otras legislaciones también fundamentan su ley en una cláusula general complementada por normas incluidas dentro del mismo cuerpo legal destinadas a la protección de competidores, consumidores y público en general, así como legislación especial relacionada con la competencia desleal como la Ley de publicidad⁷. En otros Estados miembros, las disposiciones sobre prácticas comerciales desleales se encuentran en

⁵ Dentro de este grupo se encuentran the Swedish Marketing Act, the Belgian Act on Commercial Practices and Consumer Information, the German, the Greek and the Austrian Act against Unfair Competition, and the Danish Marketing Practices Act. *Vid. idem*

⁶ Sobre este aspecto se señala como un caso a resaltar the Belgian Act on Commercial Practices and Consumer Information, la cual contiene “dos cláusulas generales” que son casi idénticas, una dirigida a proteger los intereses de los consumidores y la otra dirigida a proteger los intereses de los agentes comerciales. Estas cláusulas generales son complementadas, a través de Códigos o leyes suplementarias, por reglas específicas referentes a ciertas categorías de deslealtad, como la publicidad engañosa, o de métodos de venta especiales como la venta a domicilio. En este mismo sentido legisló Finlandia, donde hay dos instrumentos jurídicos que regulan las prácticas comerciales desleales, uno dirigido a la protección de los consumidores (The Consumer Protection Act) y otro dirigido a la protección de otros agente comerciales como competidores y al comercio justo en conjunto (Unfair Trade Practices Act). *Vid. Schulze, Schulte-Nölke, ob. cit., p. 11.*

⁷ Estas características las encontramos en la legislación española que ofrece a través de sus diversas leyes un ordenamiento general de la conducta de todos los operadores del mercado. La norma más importante en esta área es el Ley de Competencia Desleal (Ley 3/1991, de fecha 10 de enero de 1991); además se encuentra, la Ley General de Publicidad (Ley 34/1988 de fecha 11 de septiembre de 1988) que resguarda las prácticas desleales en materia de publicidad. Otras leyes importantes son, particularmente, la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989 de fecha 17 de julio de 1989) y, en lo que concierne a la protección al consumidor, la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios (Ley 26/1984 de fecha 10 de julio de 1984). Según la cláusula general de la Ley de Competencia Desleal (artículo 5) “se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”. La ley proteja a los competidores y a los consumidores cuyos intereses son afectados directamente por el comportamiento competitivo. La particularidad de la legislación española se encuentra en el hecho de que las disposiciones sobre prácticas comerciales desleales no sólo son dictadas por el Estado sino también por las Comunidades Autónomas.

Códigos de Derecho Privado⁸. También, las disposiciones generales de la ley de daños juegan un importante papel en el sistema de las prácticas comerciales desleales, así como la normativa específica referente a la protección del consumidor⁹.

Finalmente, encontramos aquellas legislaciones que no tienen una ley comprensiva de las prácticas de mercado, ni tampoco tienen una codificación de derecho privado que contenga una disposición general aplicable a las prácticas comerciales desleales, sino que su marco jurídico se fundamenta en una variedad de reglas del derecho común complementadas por una cierta legislación, con todo, de naturaleza fragmentaria. Entre las fuentes del derecho común, el contrato y la ley de daños proporcionan las reglas que gobiernan la deslealtad comercial, sin embargo, no hay una regla legal general que gobierne la deslealtad de las prácticas comerciales ni son las variadas leyes sectoriales las que conducen a un concepto general de deslealtad¹⁰.

Cabe resaltar, como característica general que en todos los Estados miembros, las actividades económicas y las prácticas comerciales están reguladas conforme a un sistema de normas diferente que generalmente tiende a abrazar otros aspectos como la protección de los consumidores a través de un nivel relativamente alto de protección, al menos, en ciertos ámbitos fundamentales. Esto último se presenta como una característica común de casi todos los sistemas legislativos nacionales, en los cuales las normas y los instrumentos legales que regulan el comportamiento de mercado tienen

⁸ En este grupo se encuentran Italia y los Países Bajos. En Italia el Codice Civile contiene una cláusula general que estipula un deber de trato leal (Art. 2598 Atti di concorrenza sleale. Ferme le disposizioni che concernono la tutela dei segni distintivi (2563 e seguenti) e dei diritti di brevetto (2584 e seguenti), compie atti di concorrenza sleale chiunque: 1) usa nomi o segni distintivi idonei a produrre confusione con i nomi o con i segni distintivi legittimamente usati da altri, o imita servilmente i prodotti di un concorrente, o compie con qualsiasi altro mezzo atti idonei a creare confusione con i prodotti e con l'attività di un concorrente; 2) diffonde notizie e apprezzamenti sui prodotti e sull'attività di un concorrente, idonei a determinare il discredito, o si appropria di pregi dei prodotti o dell'impresa di un concorrente; 3) si vale direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda) y en los Países Bajos los principios generales de competencia leal son derivados de una disposición básica de la ley de daños (art. 6:162 Burgerlijk Wetboek). *Vid.* Schulze, Schulte-Nölke, *ob. cit.*, p 12.

⁹ Al respecto, los Tribunales franceses han desarrollado el concepto de competencia desleal ("déloyale de la concurrence") basado en las provisiones básicas de la ley de daños (hecho ilícito) previstas en el Código Civil que se dirigen la protección de competidores, pero que benefician indirectamente a los intereses de consumidores. El segundo pilar en el sistema francés es el Code de la Consommation, que contiene un número provisiones sobre lealtad y transparencia que tienen como objetivo la protección de consumidores. *Vid. idem*

¹⁰ Dentro de este grupo se incluyen Irlanda y el Reino Unido

también como objetivo la protección de los consumidores. En la mayor parte de los Estados miembros estas normas se pueden encontrar en ámbitos de la ley que también persiguen otros objetivos protectores, particularmente en las leyes que protegen a los competidores contra la competencia desleal y en general, en las leyes que regulan el funcionamiento de la competencia en conjunto.

Esta situación legal es el resultado de diversos puntos de partida y de desarrollos legislativos que ineludiblemente tienen que converger en una amplia gama de diversos sistemas reguladores: sistemas con una Ley que cubre todos los intereses a proteger e incluye una cláusula general, otros con leyes separadas de protección al consumidor y ley de competencia o los sistemas que aplican las disposiciones generales de derecho civil a través de la responsabilidad civil o la ley de daños a las prácticas comerciales desleales. Estos diversos tipos de regulación son complementados, en algunos sistemas, sobre todo por la jurisprudencia¹¹ y en otros sistemas por disposiciones de autorregulación y Códigos de Conducta.

En relación con el sistema aplicación y control de la normativa, una amplia diversidad de propuestas reguladoras se puede encontrar en los distintos Estados miembros de la Comunidad Europea, desde la aplicación del derecho penal hasta la formación de Tribunales especializados en el mercado, la asignación de jurisdicción a los Tribunales Civiles o la asignación de competencia a las autoridades estatales. Asimismo, los derechos de los competidores y de sus asociaciones y los de algunos otros participantes del mercado (consumidores, asociaciones de consumidores) se forman de una manera muy diversa. Por lo demás, casi todos los Estados miembros aplican un sistema similar de sanciones contra las prácticas comerciales desleales (ad. ex., requerimientos judiciales, acciones de cesación, indemnización de daños, sanciones penales, etc.)¹².

Ante el panorama expuesto, y a la vista de las consideraciones apuntadas, la Directiva 2005/29/CE se presentó como un instrumento de armonización cuyo objetivo era establecer reglas comunes en materia de prácticas comerciales a fin de asegurar a los consumidores un elevado nivel de protección y mejorar el funcionamiento del Mercado

¹¹ En el Reino Unido y en Irlanda no existe ninguna cláusula general y las prácticas de comercialización desleales son principalmente resueltas por la jurisprudencia. *Vid.* Schulze, Schulte-Nölke, *ob. cit.*, p. 102

¹² *Vid. idem*, pp. 82 y ss.

interior¹³. Esta Directiva comunitaria constituye el resultado de una larga serie de consultas y negociaciones que tuvieron su origen en el Libro Verde “sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea”¹⁴, cuya finalidad fue efectuar un amplio sondeo público sobre la futura orientación de la protección de los consumidores en la Unión Europea, con miras a dar un nuevo enfoque al Derecho del Consumo europeo, el cual se encontraba estructurado de una manera excesivamente sectorial, lo que constituía un obstáculo para el comercio intracomunitario¹⁵. De esta forma, con el objetivo de alcanzar una armonización total de la legislación de los Estados miembros en esta materia y a fin de reforzar la protección de los consumidores, la Comisión propuso un proyecto de Directiva relativa a las prácticas comerciales desleales. Según la Comisión, era indispensable lograr esta armonización puesto que las divergencias entre las normativas comunitarias en ese ámbito no sólo daban como resultado cierta inseguridad jurídica para los consumidores sino también para las empresas, que preferían concentrarse en su mercado nacional, en detrimento de la realización del Mercado interior. Justamente, las normativas nacionales relativas a las prácticas comerciales eran diferentes en cada uno de los Estados miembros, una práctica que en un país se consideraba desleal, podía no serlo en otro y provocaba confusión en las empresas, que no sabían qué legislación debían cumplir, razón por la cual se hacía necesario disponer de reglas comunes en la materia si se quería devolver la confianza a las empresas y a los consumidores¹⁶. Siguiendo estos planteamientos, el 11 de junio del 2005, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptaron una Directiva relativa a las prácticas comerciales desleales.

¹³ El artículo 1 de la Directiva 2005/29/CE señala: “La presente Directiva tiene por objeto contribuir al buen funcionamiento del mercado interior y alcanzar un elevado nivel de protección de los consumidores mediante la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las prácticas comerciales desleales que perjudican a los intereses económicos de los consumidores”.

¹⁴ Documento COM (2001) 531 final, de 2 de octubre de 2001, disponible en internet en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0531:FIN:ES:PDF>

¹⁵ Vid. Cdo. (3) de la Directiva 2005/29/CE que señala: “Las leyes de los Estados miembros relativas a las prácticas comerciales desleales muestran marcadas diferencias que pueden generar distorsiones apreciables de la competencia y obstaculizar el buen funcionamiento del mercado interior”.

¹⁶ Vid. Doc. COM (2003) 356, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0356:FIN:ES:PDF>, en su punto 3.3.1, donde se establece que “...(*omissis*) la presente propuesta hace un claro hincapié en establecer “normas uniformes” y aclara “ciertos conceptos jurídicos a escala comunitaria en la medida necesaria para el adecuado funcionamiento del mercado interior y el cumplimiento del requisito de seguridad jurídica”.

Como ha quedado advertido, la Directiva 2005/29/CE se adoptó con miras a superar las diferencias existentes entre las legislaciones nacionales e impedir que las mismas se erigieran como un obstáculo al funcionamiento del Mercado interior, motivo por el cual su fundamento jurídico lo constituye el artículo 95 del Tratado Constitutivo de la CE que se refiere al Mercado interior¹⁷. De ahí que, uno de los objetivos de la Directiva 2005/29/CE sea consolidar el desarrollo y la eficacia del Mercado interior¹⁸, y para reforzarlo el legislador comunitario estableció en el artículo 4 de la Directiva 2005/29/CE una cláusula de libre circulación y prestación de los servicios¹⁹.

II. Ámbitos de aplicación: objetivo, subjetivo y temporal

La Directiva 2005/29/CE señala su ámbito de aplicación en los siguientes términos: “La presente Directiva será aplicable a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores según establece el artículo 5, antes, durante y después de una transacción comercial en relación con un producto”²⁰. Para delimitar su ámbito de aplicación, resulta preciso determinar previamente la noción de prácticas comerciales de los agentes comerciales, así como la noción de consumidor.

a. Prácticas comerciales de los agentes comerciales en sus relaciones con los consumidores. Contenido de la definición.

Por “práctica comercial” se entiende “todo acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores”²¹. El suministro de productos, al que

¹⁷ El preámbulo de la Directiva 2005/29/CE señala expresamente: “Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y, en particular, su artículo 95” y el artículo 95.1 del Tratado, por su parte establece “...(*omissis*) El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior”.

¹⁸ *Vid.* Cdos (4), (12) y (13) de la Directiva 2005/29/CE.

¹⁹ El Artículo 4 de la Directiva 2005/29/CE señala: “Los Estados miembros no restringirán la libre prestación de servicios ni la libre circulación de mercancías por razones pertinentes al ámbito objeto de la aproximación que lleva a cabo esta Directiva”.

²⁰ *Vid.* artículo 3.1 de la Directiva 2005/29/CE.

²¹ *Vid.* artículo 2.d) de la Directiva 2005/29/CE. *Vid.* Massaguer, J. El nuevo derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales, ed. Thomson-Civitas, 2006, p. 18, para quien de esta forma, “...(*omissis*) las prácticas comerciales han quedado

hace alusión el legislador comunitario, se refiere al suministro de bienes o servicios, incluidos los bienes inmuebles y los derechos y obligaciones²². Como se desprende de la definición facilitada por el legislador comunitario, el aspecto objetivo de las prácticas comerciales se ha delimitado en un amplio catálogo de conductas (“todo acto”), activas y pasivas, que persigue que no se quede al margen ninguna actuación por razón de su naturaleza, modalidad o clase²³.

De la definición en cuestión destaca claramente que tanto la publicidad como las comunicaciones comerciales se consideran una práctica comercial²⁴, de tal modo que, dentro de las comunicaciones comerciales pueden incluirse el marketing directo, el patrocinio, la promoción de ventas y las relaciones públicas²⁵. Esta circunstancia permite establecer un vínculo directo con la Directiva 2006/114/CE²⁶, que fue modificada en su versión de Directiva 84/450/CEE, en virtud de la propia Directiva 2005/29/CE²⁷.

b. Ámbito Temporal: antes, durante y después de la transacción

definidas en términos preponderantemente objetivos y funcionales, mediante dos elementos, como son una relación de las actuaciones en que pueden consistir (actos, omisiones, conductas, manifestaciones y comunicaciones comerciales, incluidas la publicidad y comercialización), y su ulterior individualización por medio de especificación del efecto práctico relevante en este contexto (relación directa con la promoción, venta o suministro de productos”.

²² Vid. el artículo 2.c) de la Directiva 2005/29/CE que señala: “c) “producto”: cualquier bien o servicio, incluidos los bienes inmuebles, así como los derechos y obligaciones”

²³ Vid. Massaguer, J. El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 18

²⁴ De igual forma se destaca en el Cdo. (14) de la Directiva 2005/29/CE al señalar: “Es conveniente que se consideren prácticas comerciales engañosas aquellas prácticas, incluida la publicidad engañosa, que al inducir a engaño al consumidor, le impiden elegir con el debido conocimiento de causa y, en consecuencia, de manera eficiente. De conformidad con las leyes y prácticas de Estados miembros sobre publicidad engañosa, la Directiva clasifica las prácticas engañosas en acciones engañosas y omisiones engañosas”.

²⁵ Vid. Massaguer, J. El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 18, quien sobre este aspecto hace referencia al Libro Verde de la Comisión sobre Comunicaciones Comerciales, p. 9.

²⁶ Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa (Versión codificada). DOUE n° L 376/21 de fecha 27.12.2006.

²⁷ Vid. Massaguer, J. El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 19, para quien “En este sentido, la Directiva ha superado la singularidad que, en esta materia, algunas legislaciones internas, e incluso el propio Derecho comunitario, habían concedido a la actividad publicitaria y que, en no pocas ocasiones, se ha concretado en una regulación formal y materialmente diferenciada de la que han merecido los actos de competencia en general. Y, de forma consecuenta, exige que en la legislación de la Directiva a los ordenamientos internos aborde de forma unitaria el tratamiento de la represión de cualesquiera actuaciones constitutivas de prácticas comerciales (y por tanto de la publicidad, de las comunicaciones comerciales, y de las demás actuaciones comprendidas en la noción de práctica comercial que no tienen esta condición)”.

De la misma forma, al establecer el ámbito de aplicación de la Directiva 2005/29/CE, el legislador comunitario se ocupó de destacar a la comercialización entre las actuaciones que pueden constituir prácticas comerciales y de señalar con detalle el ámbito temporal de la práctica comercial al referirse al momento en el que se efectúa la transacción: la misma se aplica a la relación antes, durante y después de una transacción comercial²⁸, lo que bien equivale a preparación, realización y ejecución de los contratos, sin comprender los requisitos de validez, perfeccionamiento y la determinación del contenido de los mismos²⁹. Así las cosas, es fácil concluir que la Directiva 2005/29/CE no regula las relaciones obligatorias que se deriven una vez que el contrato haya quedado perfecto, aquéllas evidentemente pertenecen a la esfera de las relaciones contractuales, mientras que la práctica comercial desleal es un ilícito que pertenece al ámbito de las relaciones extracontractuales.

c. Prácticas entre agentes comerciales y consumidores

Como se desprende sin dificultades de la propia Directiva 2005/29/CE, sólo constituyen prácticas comerciales aquellas conductas indicadas en el artículo 2.d), es decir, todo acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un agente comercial, y que guarda una relación directa con la promoción, venta o suministro. De esta forma, el legislador comunitario exige que exista una relación directa entre la conducta que puede constituir una práctica comercial desleal y la promoción, venta o suministro. Siendo ello así, la promoción a la que se hace referencia debe entenderse, no sólo como un ofrecimiento inmediato de cierto producto o servicio, sino que además debe abrazar otras modalidades relacionadas con la promoción, *ad. ex.*, actuaciones que persiguen la

²⁸ Probablemente, este ámbito de aplicación tan amplio se explica porque uno de los objetivos de la Directiva 2005/29/CE es devolver la confianza a los consumidores. *Vid.* Panayota, B. “La protección de los consumidores ante las prácticas comerciales desleales: la Directiva 2005/29/CE” en *ReDeco*, Revista electrónica de Derecho del Consumo y de la Alimentación, n° 12 (2007), p. 22.

²⁹ *Vid.* artículo 3.2 de la Directiva 2005/19/CE que señala: “La presente Directiva se entenderá sin perjuicio del Derecho contractual, y en particular de las normas relativas a la validez, la formación o el efecto de los contratos”. *Vid.* sobre este aspecto Massaguer, J. El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 19, para quien: “De este modo la Directiva ha incluido en el ámbito del control de deslealtad las actuaciones de las empresas que conducen a la contratación y que, tras ella, están relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones contraídas y, más en particular, con la efectividad práctica de los derechos atribuidos a los consumidores en la relación post-contractual, pero que son distintas de la ejecución de la prestación pactada, en general, y del cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato en cuanto conductas contractualmente impuestas y debidas”.

mejora de la imagen de un determinado oferente, de su actividad o del conjunto de su oferta, como es el caso de la publicidad corporativa, el patrocinio, las relaciones públicas o actuaciones de responsabilidad social³⁰. Conviene señalar que las prácticas llevadas a cabo a través de la publicidad indirecta (product placement), de la diferenciación de marcas o las acciones de promoción de ventas, quedan fuera del ámbito de la Directiva 2005/29/CE, salvo claro está, en aquellos casos en que puedan distorsionar el comportamiento económico de los consumidores³¹.

d. Definición de agente comercial

Como ha quedado advertido, la Directiva 2005/29/CE es de aplicación a las prácticas comerciales realizadas por las empresas en su relación con los consumidores³². En consecuencia, es sobre las empresas que recae la normativa en cuestión, pues son las prácticas comerciales llevadas a cabo por ellas (entiéndase los comerciantes, en el sentido del artículo 2.d)), las que van a ser enjuiciadas a los fines de valorar si son o no desleales. A este respecto, la Directiva 2005/29/CE define como comerciante “cualquier persona física o jurídica que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito relacionado con su actividad económica, negocio, oficio o profesión, así como cualquiera que actúe en nombre del agente comercial o por cuenta de éste”³³.

³⁰ Vid. sobre este aspecto Massaguer, J. El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 21.

³¹ Vid. Cdo. (6) de la Directiva 2005/29/CE que establece: “... (*omissis*) No afecta tampoco a las prácticas publicitarias y de comercialización aceptadas, como la publicidad indirecta (product placement) legítima, la diferenciación de marcas o la oferta de incentivos que pueden afectar legítimamente a la percepción que tienen los consumidores de los productos e influir en su comportamiento, pero sin mermar su capacidad de tomar una decisión con el debido conocimiento de causa”.

³² Vid. artículo 3.1 de la Directiva 2005/29/CE.

³³ Vid. artículo 2.b) de la Directiva 2005/29/CE. Vid. desde una perspectiva crítica, Massaguer, J., El nuevo derecho contra la competencia desleal, *ob. cit.*, p. 24, quien ha señalado al estudiar la Directiva 2005/29/CE que hubiera resultado más acertado haber escogido para la traducción española el término “empresario”, teniendo en cuenta la raigambre que tiene en el ámbito de nuestro Derecho mercantil el término “comerciante” y las discusiones que ha suscitado su definición y empleo. Vid. también Fernando, Mº. “Algunos comentarios a la Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa (Versión Codificada)”, Revista de Autocontrol, Asociación para la autoregulación de la comunicación comercial, p. 3, en <http://www.consum.cat/documentacio/8841.pdf>, para quien “sea como fuere, es claro que la citada definición tiene un amplio alcance y comprende tanto los comerciantes en sentido estricto en el Derecho español (esto es, empresarios mercantiles) como cualquier otra clase de empresarios (por ejemplo, agricultores, ganaderos o artesanos), profesionales liberales, así como la Administración Pública en aquellos supuestos en que realice una actividad económica comercial y no administrativa”.

Puede decirse por ello que a los fines de la Directiva 2005/29/CE agente comercial/empresario será entonces aquel que se dedica a la realización de una actividad económica, negocio, oficio o profesión dirigida a los consumidores, y por ende, las empresas estarán constituidas por los agentes comerciales/empresarios mercantiles así como por cualquier otra clase de empresarios: agricultores, artesanos, ganaderos, etc., incluyendo a los profesionales liberales³⁴. También entra dentro de esta consideración la Administración Pública, en cuanto realice una actividad económica con los ciudadanos en su condición de consumidores/adquirentes de bienes o servicios para su uso o consumo, y no como administrados³⁵. Por otra parte, y dentro de esta misma concepción, se ha de señalar que el legislador comunitario no exige una especial forma jurídica de organización del agente comercial/empresario, salvo su presentación como persona física o jurídica atribuyéndole responsabilidad, independientemente de que la actividad se realice en nombre y por cuenta propia, o en nombre y por cuenta de otro.

d. Ámbito subjetivo excluido: medios difusores de las comunicaciones comerciales y terceros cooperantes en la promoción

Quedan excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 2005/29/CE los medios que se encargan de difundir las comunicaciones comerciales y los terceros no relacionados, quienes simplemente ejercen una actividad de cooperación en la promoción, pero que no tienen nada que ver con la práctica comercial de otro³⁶. Evidentemente las razones o motivaciones de carácter subjetivo que determinan las actuaciones no son relevantes al momento de calificar la práctica como desleal, lo que en realidad interesa es que la actuación tenga “objetivamente” una relación directa con la promoción, venta o suministro de bienes o servicios para que pueda ser calificada como práctica comercial³⁷.

³⁴ Vid. artículos 2.1) y 3.8 de la Directiva 2005/29/CE en relación con las normas específicas que rijan las profesiones reguladas

³⁵ Vid. sobre este aspecto Massaguer, J. El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 25.

³⁶ Al respecto señala Massaguer, J. El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 21, : “...(omissis) esta exclusión sólo alcanza a la calificación de las actividades de cooperación como práctica comercial desleal en sí mismas consideradas y por su sola relación (instrumental) con la práctica comercial de otro”.

³⁷ Vid. *idem.*, p. 22.

e. Relación de competencia

En otro orden de ideas, es de destacar que al delimitar el ámbito de aplicación de la Directiva 2005/29/CE, el legislador comunitario no hizo referencia alguna a si el juicio de deslealtad queda reservado a las prácticas comerciales realizadas en el marco de una relación de competencia, y ello es así justamente porque, como ha quedado apuntado, la finalidad de la Directiva 2005/29/CE es armonizar las prácticas comerciales de los agentes comerciales/empresarios con los consumidores. No obstante ello, hay que decir que al tutelar las conductas desleales de los agentes comerciales/empresarios frente a los consumidores, también resguarda indirectamente a las empresas cuyos intereses resultan perjudicados³⁸. En este sentido, no hay que dejar de lado que el legislador comunitario hace algunas referencias a la noción de competidores en relación con algunos aspectos³⁹. No obstante estas referencias, no sería acertado deducir que la relación de competencia es presupuesto para la aplicación de la normativa de la Directiva 2005/29/CE, puesto que ello sería contrario con el espíritu y propósito del legislador comunitario que pretende ofrecer un elevado nivel de protección de los intereses económicos de los consumidores y evitar el riesgo de distorsión de su comportamiento económico⁴⁰. Aparte de ello, parece razonable afirmar que si el legislador comunitario hubiese querido que el juicio de deslealtad quedara reservado a las prácticas comerciales realizadas en el marco de una relación de competencia no hubiese concedido una amplia legitimación activa para el ejercicio de las acciones contra las prácticas comerciales desleales al señalar como legitimados activos a quienes tengan un interés legítimo, incluyendo a los competidores⁴¹.

³⁸ Vid. Cdo (8) que señala: “La presente Directiva protege directamente los intereses económicos de los consumidores frente a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores. Por lo tanto, protege también indirectamente a las empresas que operan lícitamente de aquellos de sus competidores que no cumplen lo dispuesto en la Directiva, garantizando así una competencia leal en el ámbito coordinado por la Directiva”.

³⁹ Vid. sobre este aspecto Massaguer, J. El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 26, para quien: “Estas referencias se hallan en los pasajes dedicados a delimitar la parcela de la represión de la competencia desleal armonizada respecto de aquella otra en la que las prácticas comerciales sólo comprometerían de forma directa los intereses profesionales y no son, por este motivo, objeto de armonización en esta oportunidad (*vid.* Cdos. (6) y (8) de la Directiva 2005/29/CE.) en la definición de las prácticas comerciales engañosas por confusión (artículo 6.2 a) de la Directiva), o en la regulación de la legitimación activa para la interposición de los medios de defensa contra las prácticas comerciales desleales (artículo 11.1 II de la Directiva 2005/29/CE)”.

⁴⁰ Vid. *idem.*, p. 27

⁴¹ Vid. artículo 11.1 de la Directiva 2005/29/CE, que señala: “1. Los Estados miembros velarán por que existan medios adecuados y eficaces para luchar contra las prácticas comerciales desleales, con miras al

f. Consumidor

Al ocuparse de la definición de consumidor, la Directiva 2005/29/CE señala como tal a “cualquier persona física que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio, oficio o profesión”⁴². Esta enunciación corresponde a un modelo que el legislador comunitario ya había plasmado en otras normativas comunitarias relativas a la protección de los consumidores⁴³. La citada definición circunscribe la figura del consumidor exclusivamente a las personas físicas⁴⁴, y aunque la definición de “consumidor medio”, tal como se define en la jurisprudencia del TJCE⁴⁵, formaba parte de Propuesta inicial de la Comisión⁴⁶, dicha definición no se encuentra en la versión

cumplimiento de las disposiciones de la presente Directiva en interés de los consumidores. Estos medios deberán incluir disposiciones legales en virtud de las cuales las personas o las organizaciones que tengan, con arreglo a la legislación nacional, un interés legítimo en combatir las prácticas comerciales desleales, incluidos los competidores, puedan: a) proceder judicialmente contra tales prácticas comerciales desleales, y/o b) someter las prácticas comerciales desleales a un órgano administrativo competente, bien para que se pronuncie sobre las reclamaciones, bien para que entable las acciones judiciales pertinentes”. (subrayado nuestro). *Vid.* también el Cdo. (16) y el artículo 5 de la Directiva 2006/114/CE, de los cuales se infiere que en materia de publicidad engañosa y comparativa tampoco es necesaria la existencia de una relación de competencia, así como que se ha previsto que los Estados miembros puedan proporcionar una protección más amplia en materia de publicidad engañosa no sólo en la realizada por los competidores, sino en general con la realizada por los agentes comerciales. *Vid.* artículo 8 de la Directiva 2006/114/CE. En el caso de la publicidad comparativa el riesgo de confusión se ha extendido a los casos en los que la confusión se produzca entre el agente comercial, entre el anunciante y un competidor...etc. *Vid.* artículo 4.h) de la Directiva 2006/114/CE.

⁴² *Vid.* artículo 2.a) de la Directiva 2005/29/CE

⁴³ *Vid. ad. ex*, la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, DOCE n° L 95 de 21 abril de 1993, pág. 29; la Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 1998 relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores, DOCE n° L 80 de 18 de marzo de 1998, pág. 27; y la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, DOCE n° L 178 de 17 de julio de 2000, pág. 1.

⁴⁴ *Vid.* Panayota, B. “La protección de los consumidores...”, *ob. cit.*, p. 23, para quien “Se trata por lo tanto de una definición restrictiva en relación a la que se encuentra en algunos Derechos nacionales, en los que se considera que tanto las personas físicas como las jurídicas pueden ser consideradas como consumidores (como ocurre, por ejemplo, en Grecia)”.

⁴⁵ *Vid.* entre muchas otras, STJCE asunto C-210/96, “*Gut Springenheide*”, de 16 de julio de 1998, Rec 1998 p. I-04657.

⁴⁶ En la Directiva 2005/29/CE la Comisión fue clara al mantener la figura del consumidor del asunto “*Gut Springenheide*”. De hecho, las primeras propuestas de Directiva definieron al consumidor de referencia como un consumidor “quién está razonablemente bien informado y es razonablemente observador y circunspecto”. Esto se encontró con críticas de los Estados miembros que no estaban preparados para exigir tanto de sus consumidores, y por ellos se tomó una posición común del Consejo y se hizo el compromiso de dejar la fórmula fuera de los artículos de la Directiva, en los que se mencionaba al consumidor medio como una referencia. Sin embargo, este “compromiso” no fue muy honesto, puesto que tal y como los redactores de la Directiva lo hicieron era porque claramente pensaban que la fórmula del TJCE debía continuar teniendo importancia. En efecto, la fórmula fue expresamente mencionada en

definitiva de la Directiva 2005/29/CE, no obstante ello, al concepto de consumidor medio se hace referencia en sus artículos 5, 6, 7 y 8⁴⁷, cuando se trata de caracterizar como desleal una práctica comercial. Por otro lado, la Directiva 2005/29/CE prevé también de forma explícita la protección de grupos de consumidores más vulnerables⁴⁸ en relación con determinadas prácticas por padecer una dolencia física o un trastorno mental, o bien por su edad o credulidad⁴⁹. En estos casos, a fin de caracterizar una práctica comercial como desleal, se considerará como consumidor de referencia al consumidor medio de cada grupo en cuestión⁵⁰.

el Preámbulo de la Directiva: “la presente Directiva, con objeto de permitir la aplicación efectiva de las disposiciones de protección que contiene, toma como referencia al consumidor medio, que, según la interpretación que ha hecho de este concepto el Tribunal de Justicia, está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz...”. *Vid.* Wilhelmsson, T., “The informed consumer v the vulnerable consumer in European Unfair Commercial practices law- a comment”, en *The Yearbook of the consumer law*, Ashgate, UK, 2007, pp. 217-218. *Vid.* también Doc. COM (203) 356 final, cit. supra nota al pie nº 15.

⁴⁷ *Vid.* González, L., “La Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales en materia de protección de los consumidores: entre el objetivo de una armonización total y el enfoque de plena armonización”, *Derecho de los negocios*, nº 181, 2005, p. 8, quien señala que: “La Comisión, en su Comunicación relativa a la Posición común adoptada por el Consejo, se refirió a esta desaparición y se felicitó de que se mantuviera “... la referencia de consumidor medio propuesta por la Comisión y apoyada por el Parlamento como la referencia por defecto con respecto a la cual debe evaluarse el impacto de las prácticas comerciales potencialmente desleales”.

⁴⁸ *Vid.* artículo 5.3 y Cdo. (19) de la Directiva 2005/29/CE.

⁴⁹ Un examen más profundo del tema puede consultarse en Stuyck, J. “The notion of the empowered and informed consumer in consumer policy and how to protect the vulnerable under such a regime” en *The Yearbook of the consumer law*, Ashgate, UK, 2007, p.181, quien considera que la selección de las categorías de consumidores vulnerables parece arbitraria y potencialmente discriminatoria de otras categorías de consumidores vulnerables. De esta forma señala: “...*(omissis)* This selection of categories of vulnerable consumers can be criticized. In a 2004 a survey on fraudulent commercial practices, the US Federal Trade Commission found the particular race, ethnicity, expectations about future income, and comfort with one’s level of debt were all associated with the likelihood of being the victim of fraud –all the factors that are not included in the vulnerability threshold of Article 5 (3) UCPD. Another empirical study has shown the impact of age and education, but rather in a counter-intuitive way. Instead of concluding that older and less educated consumers and consumers who have not graduated from high school were less likely to be victims of attempted fraud”.

⁵⁰ Sobre este aspecto vale la pena destacar el contenido del Cdo (18) de la Directiva 2005/29/CE cuando señala: “Es importante que todos los consumidores estén protegidos de las prácticas comerciales desleales; sin embargo, el Tribunal de Justicia ha considerado necesario, al fallar sobre casos relacionados con la publicidad desde la entrada en vigor de la Directiva 84/450/CEE, estudiar los efectos de dichas prácticas en la figura teórica del consumidor típico. Atendiendo al principio de proporcionalidad, la presente Directiva, con objeto de permitir la aplicación efectiva de las disposiciones de protección que contiene, toma como referencia al consumidor medio, que, según la interpretación que ha hecho de este concepto el Tribunal de Justicia, está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos, pero incluye además disposiciones encaminadas a impedir la explotación de consumidores cuyas características los hacen especialmente vulnerables a las prácticas comerciales desleales. Cuando una práctica comercial se dirija específicamente a un grupo concreto de consumidores, como los niños, es conveniente que el efecto de la práctica comercial se evalúe desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo. Por consiguiente, es adecuado incluir en la lista de prácticas que se consideran desleales en cualquier circunstancia una disposición por la cual, sin prohibir totalmente la publicidad dirigida a los niños, los proteja frente a exhortaciones directas a comprar. La referencia del consumidor medio no es una referencia estadística. Los tribunales y

g. Ámbito subjetivo

De conformidad con la definición de consumidor brindada por la Directiva 2005/29/CE, las personas jurídicas no pueden asimilarse a los consumidores, en consecuencia, los agentes comerciales/empresarios no están protegidos por dicha normativa comunitaria; como ha quedado advertido, esta última se limita a cubrir las transacciones comerciales entre los agentes comerciales/empresarios y las personas físicas/consumidores (es decir, las relaciones *Business to Consumer (B2C)*). No obstante ello, conviene señalar que por lo que respecta a los actos de engaño que se deriven de la publicidad engañosa y comparativa, en relación con la Directiva 2006/114/CE, las personas jurídicas (agentes comerciales/empresarios) siguen al amparo de esta normativa⁵¹, es decir, se protegen las relaciones *Business to Business (B2B)*. De ahí que pueda afirmarse que la Directiva 2005/29/CE excluye de su ámbito subjetivo de aplicación las prácticas comerciales entre agentes comerciales/empresarios, así como cualquier otra práctica cuyo destinatario no sea la persona física/consumidor, por consiguiente, rige únicamente las prácticas comerciales de los agentes comerciales/empresarios en relación con las personas físicas/consumidores; las relaciones con los agentes comerciales/empresarios competidores no están protegidas por la misma⁵².

III. Prohibición general de las prácticas comerciales desleales

Del modo en que ha sido advertido, al establecer el ámbito de armonización de la Directiva 2005/29/CE, el legislador comunitario ha dejado claro que el principal cometido de la misma es alcanzar un elevado nivel de protección sobre las prácticas comerciales que se produzcan en la relación entre empresas y consumidores, que perjudiquen o puedan perjudicar de forma directa los intereses económicos de los

autoridades nacionales deben aplicar su propio criterio, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para determinar la reacción típica del consumidor medio en un caso concreto”.

⁵¹ *Vid. cit. supra* nota al pie nº 26.

⁵² Así de claro se desprende del Cdo. (6) de la Directiva 2005/29/CE cuando señala: “...(omissis) la presente Directiva...(omissis) No comprende ni atañe a las leyes nacionales sobre prácticas comerciales desleales que perjudican sólo a los intereses económicos de los competidores o que se refieren a transacciones entre comerciantes...”. *Vid.* también el punto 41 del documento COM (2003) 356 final, *cit. supra* nota al pie nº 16.

consumidores⁵³. Sobre este aspecto, en aras de cumplir con este objetivo, la Directiva 2005/29/CE establece por una parte, una prohibición general de las prácticas comerciales desleales⁵⁴, y por otra, divide las prácticas comerciales en prácticas comerciales engañosas y prácticas comerciales agresivas⁵⁵.

La importancia de la cláusula general prohibitiva formulada en el artículo 5 de la Directiva 2005/29/CE radica en que la misma pretende alcanzar una armonización plena del Derecho de la Competencia Desleal a nivel europeo, para lo cual es necesario implantar en las Leyes de los Estados miembros de la Unión Europea una “cláusula general prohibitiva exacta y uniforme” que sustituya a las ya existentes, así como instaurarla en las leyes de aquellos Estados miembros que carecen de la misma⁵⁶. A este fin, y desde el punto de vista funcional, la cláusula general prohibitiva de la competencia desleal es una especie de “válvula de cierre” que permite a los Tribunales de los Estados miembros impedir el paso a las nuevas prácticas desleales que reiteradamente surgen en el mercado⁵⁷.

a. Elementos que originan la práctica comercial desleal

Según lo previsto por el legislador comunitario, se consideran prácticas comerciales desleales en general, y por consiguiente, prohibidas⁵⁸, las prácticas que, por

⁵³ Vid. artículo 1 de la Directiva 2005/29/CE *cit. supra* nota al pie nº 13.

⁵⁴ Vid. artículo 5 párrafos 1 y 2 de la Directiva 2005/29/CE

⁵⁵ Vid. sobre este aspecto Massaguer, J. El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 57, para quien: “...(*omissis*) la aplicación de estas normas al caso se deberá hacer con autonomía respecto de la prohibición general en un plano sustantivo, pero en todo caso habrá de ajustarse a las exigencias sistemáticas que emanan de la prohibición general en relación con la caracterización del juicio de deslealtad”.

⁵⁶ Vid. Fernández Novoa, C. “La Directiva Comunitaria sobre prácticas comerciales desleales”, Diario La Ley, nº 6408, 26 de enero de 2006, ref. D-24, p.1337.

⁵⁷ Vid. *idem*, quien señala: “En efecto, cabe recordar a este respecto que ya en el año 1884 el gran industrialista alemán Kohler decía que la competencia desleal – al igual que el Dios Proteo tiene mil caras: se manifiesta de mil maneras, para hacer frente a las cuales los jueces deben contar con normas muy flexibles. Desde una perspectiva más actual afirma Ohly en la doctrina alemana que los conceptos indeterminados utilizados en una cláusula general prohibitiva son los que permiten valorar los intereses existentes en una práctica competitiva y, al mismo tiempo, hacen posible la determinación de las consecuencias del carácter desleal de una práctica”. Vid. Kohler, *Ras Recht. Des Markenschutzes*, Würzburg, 1884, p. 60; y Ohly, *Richterrecht and Generalklausel im Recht des unlauteren Wettbewerbs*, Colonia, 1997, p. 243, citados por Fernández Novoa, C. “La Directiva Comunitaria sobre prácticas comerciales desleales”, Diario La Ley, nº 6408, 26 de enero de 2006, ref. D-24, p.1337.

⁵⁸ Vid. sobre este aspecto Massaguer, J. El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 57, quien afirma: “Esta prohibición está llamada a sustituir las vigentes prohibiciones dispuestas en las leyes de los Estados miembros en el ámbito armonizado, esto es, para las prácticas comerciales realizadas por

un lado, son contrarias a los requisitos de la diligencia profesional y, por otro, distorsionan o pueden distorsionar de manera sustancial, con respecto al producto de que se trate, el comportamiento económico del consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica, o del miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores⁵⁹. La prohibición general de las prácticas comerciales desleales es una norma sustantiva y autónoma, que se aplica directamente a los fines de declarar la deslealtad de una práctica comercial⁶⁰.

Como se sigue de la Directiva 2005/29/CE, la prohibición general sólo resulta quebrantada por las prácticas comerciales que sean contrarias a los requisitos de la diligencia profesional y distorsionen o puedan distorsionar de forma sustancial el comportamiento económico de los consumidores. Lo que significa que para que la práctica comercial considerada pueda ser calificada de práctica comercial desleal se exige no solo la infracción de los requisitos de la diligencia profesional, sino que además debe concurrir la distorsión sustancial del comportamiento económico de los consumidores. De ahí que pueda afirmarse que las prácticas comerciales que influyen en el comportamiento de los consumidores, si son conformes a los requisitos de la diligencia profesional, deben considerarse legítimas⁶¹.

b. La diligencia profesional y la distorsión sustancial del comportamiento económico del consumidor

La diligencia profesional es un principio de buena fe del agente comercial/empresario frente al consumidor y se define como “el nivel de competencia y cuidado especiales que cabe razonablemente esperar del agente comercial 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 agente comercial”⁶², en

las empresas en sus relaciones con consumidores que perjudican los intereses económicos de estos últimos y, en particular, a constituirse en la cláusula general contra la competencia desleal de los ordenamientos internos de los Estados miembros reemplazando a las actualmente vigentes en relación con dicho ámbito armonizado (como se deduce de la seria indicación que al respecto se imparte en el Cdo. (13) del Preámbulo de la Directiva)”.

⁵⁹ Vid. artículo 5.2.a) y b)

⁶⁰ La parte *in fine* del Cdo (7) de la Directiva 2005/29/CE establece expresamente: “Al aplicar la presente Directiva, y en particular las cláusulas generales, deberían tenerse plenamente en cuenta las circunstancias de cada caso”.

⁶¹ Vid. Massaguer, J. El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 58

⁶² Vid. artículo 2.h)

consecuencia, se presenta como una norma de conducta encargada de ordenar la forma en que las empresas deben configurar y ejecutar sus prácticas comerciales⁶³. La calificación de deslealtad de una práctica comercial, precisa por consiguiente, de la evaluación del comportamiento del agente comercial/empresario, un elemento que se basa en criterios objetivos, es decir, en las prácticas de mercado, y en la posibilidad de que el comportamiento económico del consumidor, por objeto de la práctica, pueda distorsionarse de una forma sustancial⁶⁴. En consecuencia, en este sentido resulta irrelevante la intención o propósito del agente comercial, incluso en los casos en que haya podido prever las consecuencias de su práctica. De esta forma, el reproche de deslealtad queda reservado a las prácticas comerciales que sean objetivamente contrarias a los requisitos de la diligencia profesional y que además, distorsionan o pueden distorsionar de forma sustancial el comportamiento económico de los consumidores. Siendo ello así, cuando se trate de una práctica comercial objetivamente contraria a la diligencia profesional, pero no obstante ello, no tenga influencia sobre el comportamiento económico del consumidor, no se considerará una práctica comercial desleal, de modo que no estará prohibida según lo previsto en la Directiva 2005/29/CE⁶⁵. De igual manera, no se juzgarán como desleales aquellas prácticas publicitarias y de comercialización aceptadas, como la publicidad indirecta (*product placement*) legítima, la diferenciación de marcas o la oferta de incentivos que pueden afectar legítimamente a la percepción que tienen los consumidores de los productos e influir en su comportamiento, siempre que no mermen su capacidad de tomar una decisión con el debido conocimiento de causa⁶⁶.

c. Prácticas honradas de mercado y principio de buena fe: pautas jurídicas de la diligencia profesional

⁶³ Vid. Massaguer, J. El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 59

⁶⁴ El legislador comunitario señala en el artículo 2.e) en qué consiste “distorsionar de manera sustancial el comportamiento económico de los consumidores”: utilizar una práctica comercial para mermar de manera apreciable la capacidad del 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...”

⁶⁵ Al respecto, el Cdo. (6) de la Directiva 2005/29/CE establece “...(omissis) la presente Directiva aproxima las leyes de los Estados miembros sobre las prácticas comerciales desleales, incluida la publicidad desleal, que son directamente perjudiciales para los intereses económicos de los consumidores y, por ende, indirectamente perjudiciales para los de los competidores legítimos. Conforme al principio de proporcionalidad, la Directiva protege a los consumidores de las consecuencias de dichas prácticas comerciales desleales cuando éstas son sustanciales, si bien reconoce que, en determinados casos, la incidencia para el consumidor puede ser insignificante”.

⁶⁶ Vid. *idem*.

La diligencia profesional impone en particular a las empresas en la realización de las prácticas comerciales en sus relaciones con los consumidores, dos pautas jurídicas que, de este modo, se han convertido también en normas de conducta que las empresas deben observar en esta materia: prácticas honradas de mercado y el principio de buena fe en el ámbito de actividad de la empresa⁶⁷. La inobservancia de cualquiera de estas pautas es suficiente para concluir que las prácticas comerciales realizadas por las empresas en su relación con los consumidores son contrarias a los requisitos de la diligencia profesional en el sentido establecido en el artículo 5.1.a) de la Directiva 2005/29/CE. De este modo, se observa que la definición de diligencia profesional facilitada en el artículo 2 h) de la Directiva 2005/29/CE integra la cláusula de “prácticas honradas de mercado” con la cláusula de “usos honestos en materia industrial o comercial” del artículo 10bis.2 del Convenio de la Unión de París⁶⁸. Justamente es esta integración la que permite a esta norma jurídica operar eficientemente como cláusula general prohibitiva de la competencia desleal, y ello es así porque ambas cláusulas constituyen conceptos abiertos, flexibles e imprecisos, condiciones propias de una cláusula general que son las que permiten su aplicación a los fines de reprimir las nuevas prácticas desleales⁶⁹.

La finalidad perseguida al incorporar el principio de buena fe como pauta jurídica a seguir por las empresas en sus relaciones con los consumidores es justamente

⁶⁷ Vid. Massaguer, J. El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 64, quien al respecto señala: “En efecto, las prácticas honradas y el principio de buena fe se han establecido como fuentes distintas y alternativas de integración de la diligencia profesional. Tanto los antecedentes del artículo 2 h) de la Directiva como la comparación entre su versión española, que se vale de la conjunción “o” y sus versiones alemana o inglesa, que se valen de las conjunciones “y” y “o” (“und/oder” y “and/or”) para establecer la relación entre uno y otro estándar de conducta, ponen de manifiesto que el principio de la buena fe no es en este contexto otra forma de denominar a las prácticas honradas del mercado (que no es un recurso para aclarar qué son las “prácticas honradas de mercado”), sino un estándar de conducta distinto”.

⁶⁸ Vid. *idem*, quien opina: “...(*omissis*) no en vano, los términos empleados en las versiones alemana – “anständige Marktgepflogenheiten”- e inglesa – “honest market practices” del artículo 2.h) de la Directiva son los que corresponden literal o semánticamente a las respectivas versiones del artículo 10bis.2 del CUP), que es el criterio al que se ha asociado el llamado modelo corporativo de la represión de la competencia desleal. E integra, por otra parte, una cláusula de “buena fe”, que en el ámbito de los Estados miembros conecta precisamente con la cláusula de “exigencias de la buena fe” del artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal y, a través de esta norma, con el artículo 2 de la Ley federal suiza contra la competencia desleal... y en general, con la evolución que en su finalidad y sentido adquirió, por obra de la jurisprudencia, la cláusula de los buenos oficios de la vieja Gesetz gegen den Unlauteren Wettbeberb alemana de 1909 durante sus casi cien años de vigencia”.

⁶⁹ Vid. Fernández Novoa, C. “La Directiva Comunitaria sobre prácticas comerciales desleales”, Diario La Ley, n° 6408, 26 de enero de 2006, ref. D-24, p.1337.

garantizar una norma de conducta de carácter objetivo en la ordenación de las prácticas comerciales de las empresas y evitar que el reproche de deslealtad quedara condicionado y sometido a los criterios particulares de licitud o de ilicitud ordenados por las propias empresas. Este objetivo se refuerza a través de la incorporación de las prácticas honradas de mercado como pauta de conducta a seguir por el empresario, conjuntamente con las exigencias del nivel de competencia y cuidado especiales que razonablemente cabe esperar del agente comercial en sus relaciones con los consumidores⁷⁰.

d. Elementos objetivos de la diligencia profesional: el nivel de competencia y cuidado especiales

Las prácticas honradas del mercado a las que se refiere el legislador comunitario en el artículo 2.h) de la Directiva 2005/29/CE no tienen nada que ver con las prácticas a las que se refiere el artículo 2.j) de la Propuesta de Directiva⁷¹ cuando al definir la diligencia profesional se refiere a ella como el grado de pericia y cuidado especiales ejercidos por un agente comercial de conformidad con los requisitos de la práctica normal del mercado respecto a los consumidores en su ámbito de actividad en el mercado interior. La aclaratoria tiene su razón, porque sobre la base de algunas disposiciones de la propia Directiva 2005/29/CE, puede que se llegue a interpretar lo contrario. *Ad. ex.*, la concesión que se otorga a la publicidad basada en el reconocimiento de marcas o a la publicidad indirecta (*product placement*), por ser una práctica de publicidad aceptada como práctica comercial “normal”, conforme a los usos y la costumbre, no quedarán incluidas en el ámbito de la Directiva, aún cuando influyan en el comportamiento económico de los consumidores⁷².

⁷⁰ *Vid. idem*, p. 67

⁷¹ *Vid.* Documento COM(2003) 356 final, *cit. supra* nota al pie nº 16.

⁷² *Vid.* apdo. (53) de Documento COM(2003) 356 final, Propuesta de la Directiva, *cit. supra* nota al pie nº 16, y Cdo. (6) de la Directiva 2005/29/CE. *Vid.* también al respecto Massaguer, J., El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 64, quien observa: “...(omissis) debe advertirse que la redacción de este pasaje del Preámbulo se ha mantenido inalterada a pesar de los cambios introducidos finalmente en tenor del artículo 2 h) de la Directiva, cuya justificación, como también se ha indicado, fue precisamente impedir que una determinada práctica comercial pudiera ser considerada lícita por el hecho de ser “normal” en el mercado, en un sentido que claramente apuntada a la sola habitualidad o generalización de su realización por parte de las empresas. En todo caso, los términos en los que ha quedado finalmente definido el estándar de conducta que impone la diligencia profesional en este contexto permiten evitar estas interpretaciones en la práctica y, en particular, que se haga de los usos de clase el criterio para enjuiciar la licitud concurrencial de las prácticas comerciales”.

Por tal razón, hay que decir que para la formulación de la definición de diligencia profesional, el legislador comunitario tomó en consideración términos objetivos (el nivel de competencia y cuidado especiales)⁷³, que deben concretarse en la relación empresario-consumidor y al ámbito de la actividad de la empresa, es decir, al sector de la economía en el que se produce la práctica, y no circunscribirse a las valoraciones de los empresarios⁷⁴, salvo cuando se refieran a requisitos de conducta propios de las empresas de un sector⁷⁵ y siempre que se trate de requisitos obligatorios⁷⁶. De modo que, desde la perspectiva de la prohibición general del artículo 5 de la Directiva 2005/29/CE, la sola conformidad de la práctica comercial con la honestidad comercial definida por las propias empresas de un sector no es suficiente para afirmar que una determinada práctica comercial resulta incuestionable, sino que es menester que la misma respete los intereses económicos de los consumidores en las fases pre-contractual y post-contractual de sus relaciones⁷⁷.

La integración de las prácticas honestas de acuerdo con la propia Directiva 2005/29/CE, exige en primer término que se consideren las conductas de las empresas en el mercado (prácticas de mercado) y, por otra parte, que se atienda al sector del mercado en el que se desarrolla la práctica enjuiciada, así como a la realización de

⁷³ A este respecto hay que tomar en consideración lo que señala Fernández Novoa, C. “La Directiva Comunitaria sobre prácticas comerciales desleales”, Diario La Ley, nº 6408, 26 de enero de 2006, ref. D-24, p.1337: “...(omissis) hay que denunciar que los términos “competencia y cuidado especiales” constituye un cuerpo extraño en nuestra terminología jurídica porque son, a mi modo de ver, una defectuosa traducción de los términos special skill and care que figuran en la versión inglesa de la letra h) del artículo 2 de la Directiva 2005/29/CE. En este punto hubiera sido más acertado referirse a “el nivel de corrección que cabe esperar de un agente comercial en sus relaciones con los consumidores”.

⁷⁴ Vid. Massaguer, J. El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 72, quien al respecto señala: “...(omissis), justamente en el marco de una norma dirigida a asegurar un elevado grado de protección de los intereses económicos de los consumidores o, si se prefiere, a disciplinar la conducta de las empresas en su relación con los consumidores a fin de salvaguardar la autonomía y racionalidad de las decisiones que estos últimos toman en el mercado, ello no puede desembocar en ningún caso en una lectura condicionada por las valoraciones y pautas de conducta decididas o asumidas por los sujetos cuyas prácticas se trata de ordenar, en su caso de forma contraria a los intereses que se trata de proteger”.

⁷⁵ Vid. artículo 3.8 de la Directiva 2005/29/CE que en relación con el ámbito de aplicación señala: “8. La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de cualesquiera requisitos para el establecimiento o los regímenes de autorización, o de los códigos deontológicos u otras normas específicas que rijan las profesiones reguladas con el fin de mantener rigurosas exigencias de integridad por parte de los profesionales que los Estados miembros puedan imponer a estos últimos de conformidad con el Derecho comunitario”.

⁷⁶ Vid. Cdo. (20) de la Directiva 2005/29/CE que señala: “En los sectores en que existan requisitos obligatorios específicos que regulen la conducta de los comerciantes, es oportuno que tales requisitos proporcionen igualmente elementos de juicio sobre la diligencia profesional en dicho sector”

⁷⁷ Vid. Massaguer, J. El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 72

algunos principios específicos de la conducta que gobiernan las prácticas comerciales de las empresas. Así, de este modo, de la finalidad tuitiva de la Directiva 2005/29/CE sobre los intereses de los consumidores, surge para las empresas la obligación de no poner en peligro la autonomía y racionalidad de las elecciones de los consumidores en el mercado. Por esta razón, la práctica comercial contraria al nivel de cuidado y competencia especiales exigible a las empresas en sus relaciones con los consumidores, que interfiera en el normal desarrollo del proceso de formación de preferencias y adopción de decisiones en el mercado⁷⁸, y que limiten la plena libertad de su comportamiento, debe reputarse desleal, sin olvidar que influir e incluso motivar una decisión de mercado no es interferir, siempre que la adopción de la decisión sea libre y racional⁷⁹.

e. Normativa especial

La propia Directiva 2005/29/CE obliga a los Estados miembros a considerar normas que con carácter especial regulan ciertas prácticas comerciales que se encuentran comprendidas en su ámbito de aplicación⁸⁰, sin olvidar, en general, la sujeción de las prácticas comerciales al principio de la legalidad. De ahí que se consideren contrarias a las prácticas honestas del mercado las prácticas comerciales cuya realización infringe las normas a las que están sometidas, como la normativa que regula la publicidad, e incluso, la infracción de normas que tienen por objeto organizar la función concurrencial, como son aquellas destinadas a regular la formulación de ofertas, captación de clientes, etc.⁸¹. Asimismo, y como una consecuencia de lo que precede, la Directiva 2005/29/CE prohíbe a las empresas que abusen de la buena fe de

⁷⁸ *Vid. idem*, para quien esto es así “...cualquiera que sea el alcance de esa interferencia o frustración, pues ésta es cuestión que sólo resulta relevante en el trance de determinar si existe la distorsión sustancial que constituye el segundo elemento de la prohibición general”

⁷⁹ *Vid. idem*

⁸⁰ *Vid. ad. ex.*, Cdos. (9), (14) y (15) de la Directiva 2005/29/CE

⁸¹ *Vid. Massaguer, J.* El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 74, quien, además, al respecto señala: “lo cierto es, bajo este aspecto, que en nuestra práctica se ha proclamado en numerosas ocasiones que el principio de legalidad es la primera de las normas deontológicas a las que está sujeta una modalidad particular de prácticas comerciales, como es la publicidad...(omissis) como también se ha configurado como acto de competencia desleal (salvo que se pruebe que no depara una ventaja competitiva significativa al infractor o que no se prevale de ellas) la infracción de las normas que tengan por objeto regular la actividad concurrencial, que en el ámbito armonizado no son otras que aquellas que ordenan directamente la conducta de las empresas en la captación de la atención, formulación de la oferta y establecimiento de la relación con los consumidores”.

los consumidores, concretamente de su credulidad o inexperiencia, haciendo especial énfasis en aquellos consumidores más vulnerables⁸².

f. Prácticas contrarias al principio de buena fe vs. prácticas contrarias a la honestidad del mercado

Como a buen seguro se habrá advertido, el principio de la buena fe es una pauta de conducta diferente de las prácticas honestas y ha sido incorporado a la definición de diligencia profesional de la Directiva 2005/29/CE a fin de otorgar objetividad al juicio de desvalor en el que se fundamenta el reproche de deslealtad, y con miras a impedir que la “normalidad de la práctica” en el sector enjuiciado, fuera un parámetro apto para que las prácticas comerciales debieran entenderse conformes con los requisitos impuestos por la diligencia profesional. De esta manera, el principio de buena fe, enlaza las normas de conducta de los operadores económicos en el mercado, que se derivan de la competencia económica⁸³, con las normas de conducta a las que las empresas deben adecuar las prácticas comerciales que realicen en sus relaciones con los consumidores, obligando a las empresas a observar las exigencias del principio de competencia por eficiencia en las prácticas comerciales realizadas en sus relaciones con los consumidores⁸⁴. De la propia Directiva 2005/29/CE se desprenden prohibiciones de carácter general, tales como que las empresas persigan el éxito de su actividad económica en el mercado a través de conductas que interfieran en el normal desarrollo del proceso de formación de preferencias y adopción de decisiones en el mercado por parte de los consumidores, o la prohibición de no ocultar información que pueda ser relevante para el establecimiento y desarrollo de la relación comercial entre empresas y consumidores⁸⁵.

⁸² *Vid. idem*, p. 74, quien al respecto señala: “Ésta es una exigencia de conducta que se ha concretado especialmente en la general proscripción del empleo de ciertos recursos en las comunicaciones comerciales dirigidas a los niños que son especialmente adecuados para ganar sus preferencias por el producto ofrecido sobre la base de consideraciones que son ajenas a sus características, propiedades, utilidad o ventajas, como ha sucedido en ciertos supuestos de empleo de la publicidad testimonial”.

⁸³ *Vid. idem*, p. 76, quien al respecto señala: “en la integración de los requisitos de la diligencia profesional también deben considerarse las exigencias de conducta que impone la competencia económica, como principio normativo, a la conducta de las empresas en su relación con los consumidores”.

⁸⁴ *Vid. idem*. p. 76.

⁸⁵ *Ad. ex.*, las prácticas comerciales engañosas por omisión del artículo 7 de la Directiva 2005/29/CE y los casos de publicidad engañosa.

No obstante lo que precede, no puede dejar de advertirse cuán difícil resulta trazar un límite, y deslindar las prácticas contrarias a la honestidad del mercado de las prácticas contrarias al principio de buena fe. Buen ejemplo de ello son las prácticas comerciales como las que interfieren en el desarrollo normal de las preferencias y adopción de decisiones de mercado de los consumidores, que acarrearán una ventaja competitiva significativa para el infractor en su actividad de mercado, y por ende arremeten contra el principio de legalidad; o prácticas comerciales que resulten abusivas de la buena fe, credulidad o inexperiencia de los consumidores, que no sólo son opuestas a la honestidad de mercado sino también a las exigencias de la competencia por eficiencia, y por ende, al principio de la buena fe. Ahora bien, la relación alternativa que existe entre las prácticas honestas y el principio de buena fe en el artículo 2 h) de la Directiva 2005/29/CE impide darles un tratamiento igualitario, así como tampoco es posible -en la determinación de los requisitos de la diligencia profesional- darle preponderancia a una pauta sobre la otra⁸⁶.

IV. La distorsión sustancial del comportamiento económico de los consumidores

La Directiva 2005/29/CE exige expresamente que la práctica comercial contraria a los requisitos de la diligencia profesional distorsione o pueda distorsionar de manera sustancial el comportamiento económico de los consumidores⁸⁷, lo que llevado a una relación de causa-efecto, se traduce así: la práctica comercial actúa como causa y la distorsión o “posible” distorsión del comportamiento económico del consumidor actúa como efecto. En consecuencia, pocas dudas ofrece admitir que una práctica comercial contraria a los requisitos de la diligencia profesional constituye un “ilícito de peligro”, en cuanto no es necesario que la práctica comercial desleal efectivamente distorsione la

⁸⁶ Vid. Massaguer, J. El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 75, quien al respecto señala: “En suma, de la estructura y proceso de formación de la definición de diligencia profesional resulta que el principio de buena fe debe proporcionar normas de conducta o, si se prefiere, niveles de competencia y cuidado distintos de los que proporcionan las prácticas honestas de mercado, aportando pautas de conducta debida o, si se prefiere, exigencias normativas específicas en relación con la actividad de las empresas en el mercado”.

⁸⁷ Vid. artículo 2 e) de la Directiva 2005/29/CE que señala: " e) «distorsionar de manera sustancial el comportamiento económico de los consumidores»: utilizar una práctica comercial para mermar de manera apreciable la capacidad del 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”.

conducta de los consumidores, sino que es suficiente que tenga aptitud para distorsionarla⁸⁸.

a. Elemento de la distorsión sustancial: disminución de la capacidad del consumidor para adoptar una decisión de mercado

El legislador comunitario afirma que a los fines de que la práctica comercial distorsione de manera sustancial el comportamiento económico de los consumidores se requiere que la práctica en cuestión pueda mermar de manera apreciable la capacidad del consumidor para adoptar una decisión. Este elemento de la prohibición general no introduce un elemento de carácter subjetivo en el ilícito de deslealtad, solamente incorpora en su estructura la “distorsión sustancial del comportamiento económico de los consumidores” como consecuencia efectiva o potencial de la práctica comercial, y concentra las exigencias relativas a la acción de realizar una práctica comercial en el mandato de que sea conforme con los requisitos de la diligencia profesional, cuya definición carece igualmente de cualquier elemento subjetivo. De esta forma, la aptitud de la práctica comercial para mermar la capacidad de adopción de una decisión por parte del consumidor tiene que ver con la ejecución de la práctica comercial que por sí misma genera la distorsión, lo que no significa que introduzca un elemento subjetivo en la estructura de la prohibición general⁸⁹.

A los fines de evaluar la distorsión sustancial del comportamiento económico de los consumidores hay que tener en consideración el comportamiento económico del consumidor objeto de la distorsión, la distorsión en sí misma y el carácter sustancial de la distorsión, sin dejar de atender a la respuesta del consumidor medio, como miembro medio del grupo al que se dirige la práctica o del consumidor de referencia del grupo de los consumidores especialmente vulnerables⁹⁰.

b. El comportamiento económico del consumidor

Por su parte, el comportamiento económico del consumidor ha de estar determinado, o mejor dicho influenciado por la práctica comercial contraria a los requisitos de la diligencia profesional. Al respecto, la conducta económica del

⁸⁸ Vid. Massaguer, J. El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 79.

⁸⁹ Vid. *idem*, pp. 79-80

⁹⁰ Vid. *idem*, p. 80

consumidor medio se traduce en la adopción de decisiones sobre transacciones⁹¹, es decir, sobre la adquisición o no de un producto, las condiciones de la contratación, la forma de pago, la conservación o no de un producto, y el ejercicio o no de los derechos contractuales en relación con ese producto⁹². En relación con ello, existe la necesidad de determinar si efectivamente la conducta económica del consumidor medio, que se traduce en la adopción de decisiones sobre transacciones, comprende las fases anteriores al proceso de toma de decisiones de los consumidores, es decir, las fases correspondientes a la formación de las preferencias y captación de la atención de los consumidores⁹³.

Al respecto, hay que señalar que la Directiva 2005/29/CE, al dilatar la noción de práctica comercial hasta las comunicaciones comerciales⁹⁴, entre las que se incluye el patrocinio, las relaciones públicas, etc., ha extendido las prácticas comerciales a todas las fases de la relación empresario-consumidor involucradas en una transacción y, por tanto, también a aquellas prácticas comerciales previas que influyen en la formación de preferencias de los consumidores y en su interés por una oferta, aquellas en las que se establece el primer contacto, captando la atención del consumidor por la oferta y/o por el oferente, y que lo inducen finalmente a contratar. Ello se deriva fundamentalmente de la actividad de promoción que el propio legislador comunitario incluye en la definición de práctica comercial, en el artículo 2 d) de la Directiva 2005/29/CE, y de la propia naturaleza de la actividad promotora, que no es otra que invitar a la toma de contacto con el oferente, mostrándose adecuada para modificar la conducta de mercado de los consumidores en aspectos no relacionados inmediatamente con la propia decisión de

⁹¹ Al respecto *vid.* DOC COM (2003) 356 Propuesta de la Directiva apartados (54), (55) y (57), *cit. supra* nota al pie nº 16 y Cdo (7) y artículo 2 e) de la Directiva 2005/29/CE.

⁹² *Vid.* artículo 2 k) de la Directiva 2005/29/CE, que señala: “k) «decisión sobre una transacción»: toda decisión por la que un consumidor opta por comprar o no un producto y resuelve de qué manera y en qué condiciones efectúa la compra, si realiza un pago íntegro o parcial, si conserva un producto o se deshace de él y si ejerce un derecho contractual en relación con dicho producto, tanto si el consumidor opta por actuar como por abstenerse de actuar”.

⁹³ Se incluyen dentro de estas prácticas aquellas que pueden incidir en la percepción que los consumidores se hagan de la imagen o reputación de un empresario, de sus productos, de sus servicios o de sus establecimientos así como las prácticas que simplemente puedan influir en la decisión de los consumidores de interesarse por una oferta y entrar en contacto con el oferente cuando, en todos estos supuestos, la efectiva decisión de contratar el bien o servicio promocionado se adopte tomando en consideración datos adicionales o distintos de los que sirvieron para ganar el interés del consumidor por una oferta o por un oferente. *Vid.* Massaguer, J. . El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 81.

⁹⁴ *Vid.* artículo 2 d) de la Directiva 2005/29/CE

compra, de sus condiciones o de la conservación de un producto o del ejercicio de un derecho⁹⁵.

Una interpretación contraria que permitiera la legitimación de aquellas prácticas comerciales que conquistan indebidamente el interés de los consumidores por una oferta o por un oferente, es decir, al margen de los requisitos de la diligencia profesional, sería opuesta a la finalidad que persigue la Directiva 2005/29/CE, que no es otra que establecer un elevado nivel de protección de los intereses económicos de los consumidores. Negar que la conducta económica del consumidor medio, que se traduce en la adopción de decisiones sobre transacciones, comprende las fases anteriores al proceso de toma de decisiones de los consumidores, es decir, las fases correspondientes a la formación de las preferencias y captación de la atención de los consumidores, y afirmar que no existe distorsión si la decisión sobre la contratación se toma con pleno conocimiento de causa, aún en aquellos casos en que la práctica comercial transgrediera los requisitos de la diligencia profesional, o cuando el consentimiento del consumidor ha sido arrancado a consecuencia de un error o por un acoso, coacción o influencia indebida, no puede representar la liberalización de las prácticas comerciales que se concentren en la fase de formación de las preferencias o de captación de la atención de los consumidores y que influyen directamente en la decisión de tomar contacto con el oferente. Si se llegara a la conclusión de que estas prácticas no pueden ser consideradas desleales por no distorsionar el comportamiento económico de los consumidores, habría que deducir que en la medida en que indujeran a error o de otra forma determinaran la preferencia de los consumidores por una oferta o un oferente, en esta misma medida, podrían perjudicar los intereses de otras empresas y, por tal motivo, ser considerados como actos de competencia desleal con arreglo a las demás normas contra competencia desleal⁹⁶.

c. La distorsión en sí misma

El otro elemento que configura la distorsión sustancial del comportamiento económico de los consumidores, es justamente la distorsión, que se concreta en la

⁹⁵ Vid. Massaguer, J. . El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 82.

⁹⁶ Vid. *idem*, pp. 83-84, quien, además, al respecto señala: “Por lo demás, y si es que en efecto la aproximación de la Directiva a la decisión de compra es tan estrecha, nos encontraríamos ante una nueva y patente manifestación del desacuerdo político-legislativo de la norma interna de trasposición que siguiera este modelo parcial de regulación contra la competencia desleal”.

utilización de la práctica comercial con el objeto de mermar la capacidad de tomar decisiones del consumidor, con pleno conocimiento de causa⁹⁷, donde destaca que la influencia que ejerza la práctica comercial ha de “torcer” o “deformar” la voluntad del consumidor inhibiendo la racionalidad de sus decisiones de mercado⁹⁸.

El pleno conocimiento de causa como presupuesto de la formulación de la definición de “distorsión sustancial del comportamiento económico” planteada por el legislador comunitario, parece no ser muy acertado. En efecto, el pleno conocimiento de causa conlleva remitirse a la información que maneja el consumidor a fin de adoptar un determinado comportamiento económico, sin requerimientos relativos a la naturaleza y/o calidad de esa información, ni exigencia alguna de conformidad con los principios que regulan la adopción de decisiones por parte de los consumidores en un sistema de competencia económica⁹⁹. Es decir, no se trata de decisiones autónomas o racionales desde un punto de vista económico, esto es, no son decisiones que garanticen a los consumidores maximizar utilidades en el mercado y alcanzar la mayor satisfacción de sus intereses económicos, así como tampoco avalan el éxito en el mercado de la oferta más eficiente y, por ende, el correcto funcionamiento de la competencia económica. Por esta razón, es menester evitar el paralelismo entre “el conocimiento de causa” y la conciencia plena de las razones por las que un consumidor adopta un determinado comportamiento o la disponibilidad de información suficiente, incluso en aquellos casos en que el consumidor dispone de toda la información exigible acerca de la oferta¹⁰⁰. Esta es la interpretación que puede tener cabida cuando el legislador comunitario, en el Cdo. 14 de la Directiva 2005/29/CE, establece la conveniencia de considerar como engañosas aquellas prácticas que le impiden al consumidor elegir con el debido conocimiento de causa y, en consecuencia, de manera eficiente.

⁹⁷ Vid. artículo 2 e) de la Directiva 2005/29/CE, y el apartado 57 de la Propuesta de Directiva, Doc. COM (2003) 356 final, cit. supra nota al pie n° 16, que señala: “Las tres condiciones de la prohibición general están incluidas en las categorías de deslealtad de la forma siguiente: Inducir a error a los consumidores o tratarlos con agresividad se consideran, de por sí, distorsiones del comportamiento de los consumidores, en vez de una influencia legítima y, como tales, conductas contrarias a los requisitos de la diligencia profesional. Una conducta que realmente suponga engaño, acoso, influencia indebida o coacción, vulnerará en todo caso las exigencias de la diligencia profesional y mermará de forma significativa la capacidad de los consumidores de tomar una decisión con el debido conocimiento de causa”.

⁹⁸ Vid. Massaguer, J. . El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 84.

⁹⁹ Vid. *idem*, p. 85, quien, además, al respecto señala: “En particular, el pleno conocimiento de causa no es necesariamente sinónimo de la autonomía y racionalidad económica de una decisión de mercado en el lado de los consumidores”.

¹⁰⁰ Vid. *idem*, p. 85

d. El carácter sustancial de la distorsión

Al plantear “la distorsión del comportamiento económico de los consumidores”, el legislador comunitario exige que la misma sea “de manera sustancial”¹⁰¹, lo que significa que la práctica comercial debe ser suficientemente apta para mermar de manera apreciable la capacidad del consumidor de adoptar una decisión con conocimiento de causa, haciendo así que éste tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado¹⁰², es decir, que dos son los elementos que deben concurrir para considerar la “sustancialidad” de la distorsión del comportamiento, el primero, la aptitud de la práctica comercial de mermar de manera apreciable la capacidad, y el segundo, que como consecuencia de esa disminución de la capacidad, el consumidor observe un comportamiento económico distinto del que hubiera seguido en otras circunstancias. De esta forma se prevé, atendiendo a las circunstancias de hecho que rodean el caso concreto, que la práctica comercial sea adecuada para definir el comportamiento del consumidor, afectando o pudiendo afectar sus decisiones de mercado, sin tomar en consideración la importancia o tamaño de ese mercado¹⁰³.

V. El consumidor medio y el consumidor relevante (miembro medio del grupo al que específicamente se dirige la práctica comercial enjuiciada).

a. El consumidor medio

Como seguramente ha quedado advertido, la Directiva 2005/29/CE establece la deslealtad de una práctica comercial cuando es contraria a los requisitos de la diligencia

¹⁰¹ Vid. apartado nº 37 de la Propuesta de Directiva, Doc. COM (2003) 356 final, cit. supra nota al pie nº 16, donde se señala: “37. Se da aquí una definición de lo que significa “distorsionar de manera sustancial” el comportamiento económico de los consumidores, una de las tres condiciones de la prohibición general. Esta definición tiene dos componentes: en primer lugar, la práctica comercial debe utilizarse para mermar la capacidad del consumidor de tomar una decisión con conocimiento de causa, y en segundo lugar, debe ser lo suficientemente relevante como para cambiar la decisión que toma el consumidor. La aplicación de este concepto se explica en mayor detalle más adelante, en el apartado 54”.

¹⁰² Vid. artículo 2 e) de la Directiva 2005/29/CE

¹⁰³ Vid. Massaguer, J. . El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 87, quien al respecto señala: “No se requiere, en este sentido, que la práctica afecte o pueda afectar a la conducta de un número significativo (más o menos elevado) de consumidores, sino sólo que la posibilidad de que afecte y, en particular, distorsione la conducta observada por los consumidores en el mercado sea, a la luz de los hechos del caso, probable, y no una mera posibilidad en abstracto (como resulta del apartado (57) de la Propuesta de Directiva que, no en vano, especifica que en las prácticas engañosas y agresivas, la condición de sustancialidad se encuentra, en esencia, en la exigencia de que, afecten o puedan afectar sus decisiones de mercado)”.

profesional y (conjuntamente) cuando distorsiona o puede distorsionar de manera sustancial, el comportamiento económico del consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica, o del miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores¹⁰⁴.

De manera que, a estos efectos el consumidor relevante es el denominado consumidor medio, bien sea el del círculo de destinatarios a los que afecta o se dirige la práctica comercial enjuiciada, o bien, en el caso de que se dirija específicamente a un grupo de consumidores, al miembro medio de ese grupo de consumidores¹⁰⁵. Sobre este aspecto, la Directiva 2005/29/CE se ha alejado de criterios únicamente estadísticos que se refieran a un determinado porcentaje de consumidores cuyo comportamiento puede ser potencialmente afectado de manera sustancial, así como también de “criterios de máximos” que tiendan a la tutela de un consumidor atípico, es decir, un consumidor que no es representativo del grupo al que afecta o se dirige específicamente la práctica comercial enjuiciada, todo ello, sin perjuicio de la tutela reforzada de los llamados consumidores especialmente vulnerables¹⁰⁶.

El consumidor medio es el consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, tal y como ha sido definido en reiterada jurisprudencia comunitaria¹⁰⁷. A los fines de determinar el consumidor medio se han de considerar otros aspectos como los factores sociales, culturales y lingüísticos que puedan influir en el entendimiento, expectativas y reacciones de los consumidores¹⁰⁸. Siendo ello así, no sería difícil admitir la posibilidad de variados y diversos enjuiciamientos de una misma práctica en los diferentes países de la Comunidad

¹⁰⁴ Vid. artículo 5.2.a) y b) de la Directiva 2005/29/CE

¹⁰⁵ Vid. Massaguer, J. . El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 88, quien observa: “En todo caso, uno y otro, esto es, tanto el consumidor medio como el miembro medio del grupo al que la práctica se halla dirigida en especial son estándares jurídicos, y no en cambio consumidores individuales a cuya reacción real o probable deba atenderse”.

¹⁰⁶ Vid. *idem*, p. 89, quien al respecto también señala: “Aún más, la Directiva ha asumido la misma noción del consumidor medio (dentro del círculo de destinatarios) establecida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en relación con la apreciación del engaño (*vid. Cdo. (18) del Preámbulo de la Directiva*), pero (con buen criterio) ha rechazado su incorporación a una norma con la finalidad de evitar su rigidez y desconexión de los eventuales desarrollos de la jurisprudencia comunitaria al respecto (cfr. Comunicación de la Comisión del Parlamento Europeo acerca de la Posición Común adoptada por el Consejo con vistas a la adopción de la Directiva, p. 2). De ahí que la interpretación de la noción de consumidor medio por los tribunales y organismos administrativos nacionales deba guiarse por las resoluciones del TJCE que en cada momento expresen su doctrina en esta materia”.

¹⁰⁷ Vid. *supra* nota al pie de página nº 45.

¹⁰⁸ Vid. STJCE Asunto C-220/98, “Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. KG c. Lancaster Group GmbH”, de fecha 13.1.2000, Rec. 2000 p. I-00117.

europea¹⁰⁹. De todas formas, a los efectos de determinar la reacción del consumidor medio o del miembro medio del grupo relevante se ha de realizar un examen de cada caso en particular. No obstante ello, en todos los casos se exige, en primer término, la delimitación del círculo de destinatarios al que afecta o a quienes se dirige la práctica comercial enjuiciada; en segundo término, el grado de formación, atención y pautas de conducta del consumidor o miembro medio del círculo previamente identificado; y en tercer término, la determinación de la posible reacción de ese consumidor o miembro medio del grupo relevante teniendo en cuenta todas las circunstancias que rodeen al caso en concreto. Asimismo, se ha de determinar la posibilidad de que la práctica comercial enjuiciada lleve al consumidor medio o al miembro medio del círculo previamente identificado, a tomar decisiones de mercado sin pleno conocimiento de causa¹¹⁰.

b. Consumidores especialmente vulnerables como parámetro de excepción: niños, ancianos, discapacitados y personas crédulas.

La Directiva 2005/29/CE también toma en consideración las prácticas comerciales que puedan distorsionar de manera sustancial -en un sentido que el agente comercial pueda prever razonablemente- el comportamiento económico de un grupo claramente identificable de consumidores especialmente vulnerables a dichas prácticas o al producto al que se refieran, por padecer estos últimos una dolencia física o un trastorno mental o por su edad o su credulidad, debiendo ser evaluados siempre desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo¹¹¹.

La figura del “consumidor especialmente vulnerable” se fundamenta en el hecho de que las expectativas y la reacción de estos consumidores se encuentran condicionadas por circunstancias especiales, ausentes en el caso del consumidor medio y que, según el criterio del legislador comunitario ameritan una especial atención, amparando de esta forma a aquellas personas que sufren o padecen una dolencia física o un trastorno mental, así como a aquellas personas que por la edad o incluso por el nivel de credulidad puedan estar más expuestos a la práctica comercial, todo ello tomando

¹⁰⁹ Vid. Massaguer, J. . El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 90.

¹¹⁰ Vid. *idem*

¹¹¹ Vid. artículo 5.3 de la Directiva 2005/29/CE

siempre en consideración el contexto en el que se desarrolla la práctica, la naturaleza de la práctica en sí misma considerada y las características del bien o servicio que se oferta a través de la práctica. De esta forma, la previsión del legislador comunitario exige poner atención a la reacción del consumidor medio de entre todos aquellos a los que afecta o se dirige la práctica comercial, de modo que, si la práctica se dirige concretamente a un grupo de consumidores vulnerables, para establecer si existe algún peligro de distorsión sustancial del comportamiento económico se tomaría en cuenta la reacción esperable del consumidor vulnerable medio, puesto que sería el miembro medio del grupo de consumidores al que específicamente se dirigiría la práctica comercial enjuiciada¹¹². Al tratarse de una norma de excepción, debe aplicarse en aquellos casos en los que los intereses de los consumidores vulnerables se encuentren verdaderamente comprometidos y, además cuando por sus circunstancias personales, el principio general no garantice el nivel de protección adecuado para la preservación de su libertad de elección.

c. Aplicación del modelo del consumidor especialmente vulnerable

El modelo del consumidor especialmente vulnerable no es de aplicación cuando la práctica comercial pueda afectar a quienes pertenecen a un grupo de consumidores especialmente vulnerables conjuntamente con otros consumidores. En este caso se aplicará el principio general según el cual se reparará en la reacción del consumidor medio del grupo afectado por la práctica enjuiciada. Tampoco será de aplicación este modelo de consumidor especialmente vulnerable cuando la práctica comercial se dirija fundamentalmente a un grupo de consumidores especialmente vulnerables, en cuyo caso se tomaría en consideración el miembro medio del grupo de consumidores al que específicamente se dirigiría la práctica comercial enjuiciada¹¹³. Esto es así, porque la Directiva 2005/29/CE para establecer el supuesto de aplicación de esta regla

¹¹² Vid. Massaguer, J. . El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 92, quien observa: “Mediante el artículo 5.3 de la Directiva, en realidad, se ha incorporado una variante de la regla general para apreciar si una práctica comercial puede distorsionar el comportamiento económico de los consumidores que a estos efectos sólo cambia el universo de consumidores en el que han de establecerse el referente del consumidor medio o miembro medio del grupo y su reacción esperable. En particular, esta regla se aplica en los supuestos en los que los consumidores vulnerables no son propiamente los destinatarios específicos de la práctica comercial, sino consumidores que, junto con otros, se encuentran afectados por ella (*Vid.* Cdo. (19) de la Directiva) En estos casos, el estándar de enjuiciamiento no será el del consumidor del círculo relevante en su conjunto, sino el del miembro medio del círculo de consumidores vulnerables comprendidos en ese círculo y afectados por esa práctica.”

¹¹³ Vid. *idem*, p. 93.

excepcional se funda en el grupo cuyo comportamiento económico puede resultar distorsionado, exigiendo que el supuesto en concreto sea de aplicación en el caso de que la práctica comercial enjuiciada “con toda probabilidad”¹¹⁴ o “únicamente”¹¹⁵ pueda distorsionar el comportamiento económico de un grupo de consumidores especialmente vulnerables aunque no se dirija específicamente a este grupo, es decir, en el supuesto en el que la práctica comercial vaya dirigida y afecte a consumidores ordinarios y consumidores especialmente vulnerables, pero sólo pueda distorsionar el comportamiento económico de estos últimos. Ahora bien, es menester que, los consumidores especialmente vulnerables puedan, en efecto, tomar las decisiones económicas en cuya adopción puede influir la práctica, es decir, se requiere que la práctica comercial influya en la “decisión sobre una transacción”¹¹⁶, independientemente de quien materialice esa transacción: el consumidor vulnerable directamente u otra persona que obre a instancia de él, *ad. ex.*, en el caso de los niños y personas enfermas¹¹⁷.

d. Identificación del grupo de consumidores especialmente vulnerables

La Directiva 2005/29/CE además, exige que el grupo de consumidores especialmente vulnerables sea “claramente identificable”, es decir, determinable o reconocible (por las causas que determinan su vulnerabilidad) como grupo cuyo comportamiento pueda ser distorsionado por la práctica comercial, y que esa distorsión pueda ser “razonablemente prevista”, es decir, advertida por la empresa que lleva a cabo la práctica comercial¹¹⁸, tomando en consideración la naturaleza del bien o servicio ofrecido, el lenguaje empleado, su configuración y presentación, el espacio a través del que se difunde, el horario o lugar de difusión, etc., en relación con la causa determinante

¹¹⁴ Vid. Cdo. (19) de la Directiva 2005/29/CE que establece: “Cuando determinadas características como la edad, una dolencia física o un trastorno mental o la credulidad hagan que los consumidores sean especialmente sensibles a una práctica comercial o al producto correspondiente y, con toda probabilidad, únicamente el comportamiento económico de tales consumidores sea susceptible de distorsión merced a la práctica en cuestión en un sentido que el agente comercial pueda prever razonablemente, debe garantizarse que estén adecuadamente protegidos, para lo cual es necesario que la práctica se evalúe desde la perspectiva de un miembro medio de ese grupo”.

¹¹⁵ Vid. artículo 5.3 de la Directiva 2005/29/CE

¹¹⁶ Vid. artículo 2 k) de la Directiva 2005/29/CE

¹¹⁷ Vid. Massaguer, J. . El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 93

¹¹⁸ Vid. *idem.*, p. 94, quien al respecto señala: “...(omissis) la diligente previsibilidad de la influencia sobre los consumidores de este grupo no determina *per se* la infracción de ninguna específica exigencia de diligencia profesional. A este respecto son de aplicación los criterios generales del artículo 5.2.a) de la Directiva”.

de la vulnerabilidad. Este último supuesto de la Directiva debe relacionarse con la circunstancia de que entre los consumidores afectados por la práctica comercial en cuestión podría encontrarse un grupo de consumidores especialmente vulnerables en situación de adoptar las decisiones de mercado promovidas o de influir decisivamente en otras personas para su adopción¹¹⁹.

e. Dolo bueno en la práctica publicitaria

Por último, la aplicación de este modelo se entenderá sin perjuicio de la práctica publicitaria habitual y legítima de efectuar afirmaciones exageradas o afirmaciones respecto de las cuales no se pretenda una interpretación literal¹²⁰, de modo que al adecuarse a esta pauta, el empresario no tiene porque imponer límites a la creatividad y utilización de recursos habituales en las prácticas comerciales, como el empleo de expresiones exageradas o el juego con el doble sentido de las palabras y expresiones. No obstante ello, esto no significa, bajo ningún concepto, un salvoconducto para el empleo indiscriminado de expresiones ambiguas en la publicidad que puedan generar falsas expectativas en el consumidor, máxime si se trata de prácticas comerciales dirigidas a un grupo de consumidores especialmente vulnerables, destinadas a distorsionar su comportamiento económico¹²¹.

VII. Ámbitos no cubiertos por la Directiva 2005/29/CE

a. Otras normativas comunitarias

La Directiva 2005/29/CE es una Directiva-marco que incluye una prohibición general pero sólo se aplica de manera subsidiaria¹²². Efectivamente, la Directiva en cuestión no es aplicable en ciertos ámbitos que son o pueden llegar a ser objeto de normativas comunitarias más específicas¹²³, y ello es así, justamente porque se trata de una norma de armonización general.

¹¹⁹ *Vid. idem.*

¹²⁰ *Vid.* artículo 5.3 in fine de la Directiva 2005/29/CE

¹²¹ *Vid.* Massaguer, J. . El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 95

¹²² *Vid.* Panayota, B. *ob. cit.*, p. 25. De esta forma fue concebida por la Comisión en el Libro Verde sobre la protección de los Consumidores en la Unión Europea, *Vid.* Doc COM (2001) 531 final, de fecha 02.10.2001, p. 12, *cit. supra* nota al pie nº 14.

¹²³ *Vid.* Cdo. (10) de la Directiva 2005/29/CE que establece: “Es preciso garantizar una relación coherente entre la presente Directiva y el Derecho comunitario existente, especialmente por lo que respecta a las disposiciones detalladas sobre prácticas comerciales desleales aplicables a sectores concretos...(omissis)

b. Salud y seguridad

De la definición de prácticas comerciales que brinda la Directiva 2005/29/CE resulta fácil deducir que la misma está destinada a la protección de los intereses económicos de los consumidores, por lo cual los sectores relativos a la salud y a la seguridad de los productos no están cubiertos. Las regulaciones de la Directiva 2005/29/CE no derogan la regulación comunitaria e interna de los Estados miembros sobre prácticas comerciales que se halle orientada a la protección de los intereses de los consumidores relacionados con su salud y seguridad¹²⁴. No obstante, una práctica engañosa que se refiera a la salud puede estar prohibida en virtud de la Directiva 2005/29/CE si tiene como resultado alterar la capacidad del consumidor para elegir con conocimiento de causa¹²⁵.

c. Buen gusto y Decoro

Asimismo quedan al margen del ámbito de aplicación de la Directiva 2005/29/CE prácticas no aptas para determinar el comportamiento económico de los consumidores, como *ad. ex.*, las exigencias legales en relación con el buen gusto y el decoro, los cuales varían considerablemente de un Estado miembro a otro¹²⁶, así como las relacionadas con la tutela de la intimidad en materia de protección de datos de carácter personal¹²⁷.

La presente Directiva resulta por tanto aplicable sólo en la medida en que no haya disposiciones específicas del Derecho comunitario que regulen aspectos concretos de las prácticas comerciales desleales, como requisitos relativos a la información y normas sobre la manera en que ha de presentarse la información al consumidor. Establece una protección para los consumidores allí donde no existe legislación sectorial específica a nivel comunitario y prohíbe a los comerciantes crear una falsa impresión sobre la naturaleza de los productos. Esto es especialmente importante en el caso de productos complejos que implican un elevado nivel de riesgo para los consumidores, como ciertos productos ligados a servicios financieros. La presente Directiva complementa, pues, el acervo comunitario aplicable a las prácticas comerciales que perjudican a los intereses económicos de los consumidores”.

¹²⁴ Vid. artículo 3.3 de la Directiva 2005/29/CE que señala: “La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de las normas nacionales o comunitarias relativas a los aspectos de salud y seguridad de los productos”.

¹²⁵ Vid. el punto 43 del documento COM (2003) 356 final, *cit. supra* nota al pie nº 16

¹²⁶ Vid. Cdo. (7) de la Directiva 2005/29/CE.

¹²⁷ Vid. Cdo. (14) de la Directiva 2005/29/CE que señala: “... (*omissis*) En particular, la presente Directiva debe entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 13, apartado 3, de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas”.

Sobre este aspecto hay que decir, como bien ha quedado advertido, que una práctica comercial será desleal si es contraria a los requisitos de la diligencia profesional y si tuerce materialmente o es probable que tuerza el comportamiento económico del consumidor. Tratar de entender la noción de deslealtad apoyada en estas dos referencias resulta bastante limitado, si se parte de la base de que la deslealtad es un término cargado de muchos valores, y que en este contexto implica la necesidad de distinguir la valoración de la deslealtad relacionada con las prácticas de mercado de la apreciación basada en otros valores no relacionados con el mercado. De esta forma, aun cuando el preámbulo de la Directiva 2005/29/CE establece que las materias del “buen gusto y el decoro” no son tratadas por la Directiva y permanecen en las manos de los Estados miembros, incluso por razones culturales, como por ejemplo, las campañas de publicidad directa en la calle que pueden calificarse de indeseables en algunos Estados miembros por motivos culturales¹²⁸, resulta complicado distinguir entre las materias de buen gusto, decoro y cultura que permanecen fuera del alcance de la Directiva, en manos de las legislaciones nacionales, y las materias propias de la deslealtad, que están dentro de su alcance. En consecuencia, se hace necesario una demarcación entre la lealtad relacionada con el mercado, por una parte, y la moral no relacionada con el mercado, por la otra¹²⁹. Tarea a simple vista muy enrevesada. Un ejemplo que sirve para ilustrarlo son los famosos anuncios de la marca “Benetton”, cuya estrategia de publicidad está basada en la llamada publicidad de choque, que utiliza fotos que llevan un mensaje sociopolítico impactante para atraer la atención de los consumidores, una publicidad que además de impactar a primera vista esconde un tema polémico y más que polémico tabú, que despierta cada día con más fuerza en la sociedad. El mensaje de la publicidad y los productos no están vinculados de ninguna manera. Pues bien, estos polémicos anuncios han generado decisiones contradictorias, incluso dentro de una misma jurisdicción. Prueba de ello, ha sido la controversia surgida entre el Tribunal Constitucional Federal alemán y el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH). La cuestión era conocer si los anuncios eran contrarios al orden público, es decir, a la *bonos mores*, si no respetaban las materias del buen gusto y del decoro. El conflicto se presentó entre los dos Tribunales federales por lo que respecta a la estructura de la ley

¹²⁸ Vid. Cdo. (7) de la Directiva 2005/29/CE

¹²⁹ Vid. Howells, G., Micklitz, H., y Wilhelmsson, T. “Towards a better understanding of unfair commercial practices”, *International Journal of Law and Management*, Vol. 51, n° 2, 2009, p. 81

de prácticas comerciales desleales alemana. De una forma exagerada podría ser dicho que el Tribunal Constitucional entiende la práctica comercial desleal como una comunicación de mercado, razón por la cual los destinatarios requieren hacer sus propios juicios de valor. Por su parte, en una línea opuesta, el Tribunal Supremo condenó los anuncios por considerarlos moralmente ofensivos¹³⁰ y ordenó su retiro.

Sobre este aspecto, volviendo sobre lo que ha quedado advertido, una posible solución, más teórica que práctica, sería tener muy presente, que para caer dentro del ámbito de la Directiva 2005/29/CE la legislación del Estado miembro tiene que regular las prácticas comerciales conectadas directamente con la promoción, venta o suministro de un producto¹³¹ y que como consecuencia de ello, influyen directamente en las decisiones de los consumidores sobre transacciones relacionadas con productos. De esta manera, la legislación nacional que regule prácticas comerciales que no están directamente relacionadas con las decisiones de los consumidores sobre transacciones comerciales no cae dentro del campo armonizado. Esto implicaría que una regulación de prácticas comerciales basada en motivos éticos o morales, o en el buen gusto y el decoro, iría más allá del ámbito armonizado, siempre que la misma no esté directamente relacionada para influir en las transacciones comerciales de los consumidores. No obstante ello, si esta relación directa existe, la legislación nacional cae dentro del ámbito de la Directiva 2005/29/CE y necesita ser valorada de acuerdo con los parámetros de la lealtad en el comercio¹³². La explicación puede enriquecerse agregando que la principal tarea de la legislación protectora del consumidor está generalmente conectada con la

¹³⁰ *Vid. idem.* También una concreta referencia del asunto y a la diversidad de decisiones que se han adoptado puede consultarse en *Managing Intellectual Property*, “Benetton’s advertising acquitted in Germany”, february 18, 2001, que al respecto señala: “ Different reactions on an international level show that courts have had difficulties in finding a unique standard to justify the prohibition of the Benetton advertisements. While the image of the “oil-covered duck” was accepted in United Kingdom, it was forbidden in Germany by the Federal Supreme Court. The photograph of a “blood stained tee-shirt of a dead Bosnian” was prohibited in Norway, whereas in neighboring Finland no offence against common decency was established. To our knowledge, neither in Austria nor in the United States has a Benetton motif been forbidden by a court. The “HIV POSITIVE” photograph was prohibited by the courts in France, but in Italy the very same picture was allowed”, en <http://www.managingip.com/Article.aspx?ArticleID=1256567>

¹³¹ *Vid.* artículo 2.d) de la Directiva 2005/29/CE que señala: “prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consumidores» (en lo sucesivo «prácticas comerciales»): todo acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un agente comercial y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores”

¹³² *Vid.* Stuyck, J., Terryn E. y Van Dyck, T. “Confidence through fairness? The new directive on unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market, CMLR, v. 43, n° 1, February 2006, p. 123.

toma de decisiones racionales por parte de los consumidores en el mercado. De esta forma, los consumidores deben ser protegidos contra influencias que afecten muy fuertemente una toma de decisión adversa, apoyando su mecanismo para la toma de decisiones. Este enfoque sobre la toma de decisiones está más resaltado en la Directiva 2005/29/CE. En efecto, en varias provisiones de la Directiva uno de los criterios dominantes de la deslealtad es que la práctica en cuestión sea capaz de torcer materialmente el comportamiento económico de los consumidores, o dicho en otras palabras, hacer que los consumidores tomen decisiones transaccionales que de otra manera no habrían tomado. Claramente esto refleja las tradiciones legislativas de muchos Estados miembros. No obstante ello, no puede descartarse la posibilidad de que la regulación sobre prácticas comerciales desleales sea también utilizada en los Estados miembros para otros propósitos distintos que salvaguardar la toma de una decisión racional, como *ad. ex.*, cuando dentro del concepto de deslealtad se incluyen valores éticos y morales¹³³. Como es fácil predecir, sobre este aspecto en concreto, pueden surgir conflictos entre los Estados miembros e incluso potenciales decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

d. Intereses de los competidores

Tampoco quedan comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2005/29/CE, las prácticas comerciales realizadas por las empresas en sus relaciones con los consumidores que sólo perjudican los intereses de otros empresarios, salvo como quedo apuntado, que perjudiquen de forma refleja los intereses de los empresarios¹³⁴, puesto que la Directiva 2005/29/CE no afecta las acciones individuales de quienes hayan sido alcanzados por una práctica comercial desleal¹³⁵.

¹³³ Vid. Howells, G., Micklitz, H., y Wilhelmsson, T. "Towards...", *ob. cit.*, p. 85. Estos autores observan que algunos regímenes reguladores tienden a restringir el papel de la lealtad de la ley del consumidor a los aspectos que afectan a la racionalidad de la toma de decisión del consumidor, dejando por ejemplo aspectos relacionados con la discriminación de género a la autorregulación, mientras que otros tienden a estar más preparados para dar también a ley del consumidor la tarea apropiada de promover los valores relacionados con el gusto y la decencia. (traducción nuestra).

¹³⁴ Vid. Cdo (8), *cit. supra* nota al pie n° 38.

¹³⁵ Vid. Cdo. (9) de la Directiva 2005/29/CE

VIII. La relación entre la prohibición general de las prácticas comerciales desleales y las prácticas comerciales engañosas y agresivas

Como ha bien quedado advertido, la Directiva 2005/29/CE establece una prohibición general o cláusula general prohibitiva¹³⁶ de las prácticas comerciales contrarias a la diligencia profesional, que puedan influenciar de forma significativa en el comportamiento económico del consumidor. Corresponderá al juez nacional o a la autoridad competente de cada Estado miembro decidir sobre el carácter desleal de una práctica comercial e imponer los remedios y las sanciones que resulten procedentes en el caso considerado¹³⁷. No obstante ello, la propia Directiva prevé en su Anexo I una lista, de carácter enunciativo, de prácticas que se considerarán desleales bajo cualquier circunstancia. Ahora bien, la prohibición general de las prácticas comerciales desleales está materializada en una norma sustantiva que puede ser directamente aplicada para establecer la deslealtad de una determinada práctica comercial, y que además, puede ser invocada incluso si las circunstancias de un caso concreto no están cubiertas por las categorías específicas de deslealtad que figuran más adelante en la Directiva o en el Anexo¹³⁸. Con lo cual, tanto para las prácticas engañosas como para las prácticas agresivas recogidas en el Anexo I, aplican los mismos elementos contenidos en la prohibición general, pero funcionan independientemente de ella, lo que significa que una práctica que sea engañosa o agresiva según las disposiciones correspondientes es automáticamente desleal pero si la práctica en cuestión no es engañosa ni es agresiva, la prohibición general determinará si es desleal¹³⁹.

De modo que, las prácticas comerciales engañosas y agresivas no componen un catálogo exhaustivo de prácticas comerciales desleales, por lo que la prohibición general del artículo 5.1 de la Directiva 2005/29/CE viene a ser una especie de diván donde descansan todas aquellas prácticas comerciales desleales que no han sido desarrolladas en una normativa autónoma o consideradas en alguna Directiva comunitaria, o aquellas que no pueden calificarse como engañosas o como agresivas, pero que de igual forma

¹³⁶ Vid. González, L. “La Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales, entre el objetivo de una armonización total y el enfoque de plena armonización en materia de protección de los consumidores”. *Derecho de los Negocios*, 181, 2005, p. 14.

¹³⁷ Vid. artículos 11 y 13 de la Directiva 2005/29/CE

¹³⁸ Vid. apartados (50) y (51) del documento COM (2003) 356 final, *cit. supra* nota al pie nº 16

¹³⁹ Vid. *idem* apartado (30).

lesionan los intereses económicos de los consumidores¹⁴⁰. Para determinar la deslealtad de la práctica al amparo de la prohibición general se habrá de establecer que la práctica comercial enjuiciada es contraria a las exigencias de la diligencia profesional y distorsiona o puede distorsionar sustancialmente el comportamiento económico del consumidor.

Dentro de las prácticas comerciales que pueden catalogarse bajo el amparo de la prohibición general se encuentran las llevadas a cabo con infracción de una norma, las prácticas comerciales que abusan de la buena fe, credulidad, o inexperiencia de los destinatarios, las prácticas contrarias al decoro o al buen gusto que limiten la libertad de decisión de los consumidores¹⁴¹, así como aquellas prácticas que no llegan a ser agresivas, como *ad. ex.*, las que suponen para el consumidor una presión y lo colocan en la situación de contratar el producto promocionado; o aquellas otras prácticas que no llegan a ser prácticas comerciales engañosas, *ad. ex.*, las que impiden a los consumidores formarse un juicio adecuado acerca de la conveniencia de la oferta, (las que se valen de la presión psicológica), siempre que no puedan incluirse entre las prácticas de acoso o influencia indebida¹⁴².

¹⁴⁰ Vid. Massaguer, J. . El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 96, quien al respecto señala: "...(*omissis*) la prohibición general desempeña el papel de de cláusula de cierre del sistema de represión de la competencia desleal y asegura su aplicación a prácticas comerciales que presenten perfiles que ahora no se conocen o que ahora no exigen una respuesta específica".

¹⁴¹ Vid. Cdo (7) de la Directiva 2005/29/CE

¹⁴² Vid. Massaguer, J. . El nuevo derecho contra la competencia desleal..., *ob. cit.*, p. 97