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

LUIS GONZÁLEZ VAQUÉ, Consejero, Dirección General de Mercado Interior y Servicios, Comisión Europea, Bruselas (*)

Sumario:

1. Introducción: la Propuesta inicial de la Comisión

2. La Directiva 2005/29/CE: ¿sólo un *enfoque de plena armonización*?

2.1 Base jurídica

2.2 Ámbito de aplicación: la definición de *prácticas comerciales*

2.3 Otras definiciones

2.3.1 Consumidor
2.3.2 Comerciante

2.4 La prohibición de las prácticas comerciales desleales

2.5 Las prácticas comerciales engañosas

2.5.1 Las acciones engañosas
2.5.2 Las omisiones engañosas
2.5.3 Las prácticas comerciales engañosas enumeradas en el Anexo I

2.6 Las prácticas comerciales agresivas

2.7 Códigos de conducta

2.8 Ejecución y sanciones

2.9 Entrada en vigor y *transposición*: información sobre la legislación nacional

3. Conclusión

(*) Dirección electrónica: **luis-gonzalez.vaque@cec.eu.int** (las opiniones expresadas en este estudio son de la exclusiva responsabilidad del autor y pueden no coincidir con las de la Institución en la que éste presta sus servicios). Se agradece a **CARMEN GÜELL BARCELÓ**, **PIETRO MARIUCCI**, **ELLEN MITTLER** y **FRANÇOISE ROUGNY**, de la Biblioteca Central de la Comisión, su colaboración en la selección y localización de las referencias bibliográficas citadas.

1. Introducción: la Propuesta inicial de la Comisión

A mediados del año 2003, la Comisión presentó una Propuesta de Directiva sobre las prácticas comerciales desleales[1] (a la que en lo sucesivo nos referiremos como la "Propuesta de la Comisión"), que se basaba en la orientación que inspiró el Libro Verde "sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea"[2], en el que se hacía expresamente referencia a la necesidad de reformar la legislación comunitaria relativa a la protección de los consumidores a fin de suprimir las barreras al suministro transfronterizo de bienes y servicios[3]. En dicho Libro Verde se sugería también que una Directiva marco, que estableciera un régimen general en relación con las prácticas comerciales desleales, podía constituir la base para la reforma en cuestión.

En este sentido, en la "Comunicación de seguimiento del Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea"[4] se confirmó la pertinencia de ese proyecto. Además, el Consejo, en una Resolución de 2 de diciembre de 2002 sobre la estrategia sobre política de los consumidores de la Comisión (2002-2006)[5], solicitó a la Comisión que persiguiera ese objetivo[6].

Cabe destacar que la finalidad de la *Propuesta de la Comisión* era «*armoniza[r] plenamente* los requisitos de la UE relativos a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores... »[7], a fin de alcanzar un alto nivel *común* de protección de los consumidores, objetivo que la Comisión se comprometió a perseguir en su Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre la "Estrategia en materia de política de los

---

[1] Documento COM(2003) 356 final, de 18 de junio de 2003, que puede consultarse en la siguiente página de Internet: http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/directive_prop_es.pdf .

[2] Documento COM(2001) 531 final de 2 de octubre de 2001.

[3] Véase el punto 1 de la "Exposición de motivos" de la *Propuesta de la Comisión*.

[4] Documento COM(2002) 289 final de 11 de junio de 2002.

[5] DO núm. C 11 de 17 de enero de 2003, pág. 1.

[6] Véase el punto 4 de la "Exposición de motivos" de la *Propuesta de la Comisión* (por lo que se refiere a la historia, e incluso a la *prehistoria*, de la citada propuesta, véase: **LEISTNER**, "Unfair Competition or Consumer protection?: The Commission's Unfair Commercial Practices Proposal 2003", *Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2003-2004*, Vol. 6, 2005, 147-149).

[7] Véase el punto 30 de la "Exposición de motivos" de la *Propuesta de la Comisión*, en el que, tras afirmar que dicha armonización era necesaria para eliminar los obstáculos al Mercado interior derivados de disposiciones nacionales diferentes, se declaraba que el efecto deseado era que «... los Estados miembros no [puedan] utilizar las cláusulas mínimas de otras directivas para imponer requisitos adicionales en el ámbito coordinado por la presente Directiva» [véase también: **BYRNE**, "Le droit communautaire de la consommation: une nouvelle ère pour la protection des consommateurs au niveau européen", *L'Observateur de Bruxelles*, núm. 53, 2003, 23-24; y **TOUCHENT**, "La proposition de directive sur les pratiques commerciales déloyales", *Les Petites affiches*, Vol. 392, núm. 153, 2003, pág. 3 (cabe subrayar que **TOUCHENT** se refiere a «... une approche d'harmonisation complète»)].

consumidores 2002-2006"[8]. Sin embargo, como ha señalado la doctrina, la *Propuesta de la Comisión* perdió *muchas plumas*[9] en el curso de su ardua *gestación* en el Parlamento Europeo y el Consejo, que culminó el 11 de mayo de 2005 con la adopción de la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consumidores[10].

En este contexto, nos parece oportuno dedicar el presente estudio al examen de las divergencias existentes entre la *Propuesta de la Comisión* y el texto finalmente adoptado por el legislador comunitario, teniendo en cuenta tanto las *causas* de las modificaciones introducidas por el Parlamento y el Consejo como sus posibles *efectos*. De todos modos, no nos limitaremos al análisis de dichas divergencias, puesto que las disposiciones de la Directiva en cuestión, que establece a nivel comunitario un marco común para la regulación de las prácticas comerciales desleales (fundamentalmente en los ámbitos de la publicidad y la mercadotecnia), merecen también una especial atención, en particular por lo que se refiere a la *piedra angular* de dicha normativa comunitaria, es decir, la prohibición general de las prácticas comerciales desleales que afectan a los intereses económicos de los consumidores. También nos ocuparemos de las diversas categorías de prácticas desleales contempladas en la Directiva 2005/29/CE (las engañosas y las agresivas), así como de la *lista negra* de prácticas que siempre se considerarán desleales (y que, por lo tanto, estarán prohibidas de antemano) y de los instrumentos previstos para la aplicación de dicha Directiva, incluyendo los Códigos de conducta.

Por el contrario, no trataremos en esta ocasión algunos aspectos de la Directiva 2005/29/CE cuyo análisis, necesariamente minucioso, podría hacernos superar los límites materiales que nos hemos impuesto. Así, por ejemplo, no nos referiremos a un (interesante) tema del que la doctrina se ha ocupado ya ampliamente[11]: la coherencia de lo dispuesto en dicha Directiva en relación con el

---

[8] Documento COM(2002) 208 final de 7 de mayo de 2002. Vale la pena recordar que el Consejo, en su Resolución de 2 de diciembre de 2002 (véase la nota 5), felicitó expresamente a la Comisión por plantearse dicho objetivo en materia de política de los consumidores [véanse también la opinión de **BYRNE** en la obra citada en la nota anterior, 22-24; así como el documento "La Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales: un nuevo e importante instrumento para proteger a los consumidores en el ámbito del Mercado interior" (distribuido por el autor del presente estudio en el marco del "Máster en Estudios de la Unión Europea" organizado por el Instituto Universitario de Estudios Europeos "Salvador de Madariaga" y el Polo Europeo *Jean Monnet* de la Universidad de A Coruña, en el mes de junio de 2005), pág. 17].

[9] Utilizando la expresión, probablemente no muy *políticamente correcta*, empleada por **PARDO LEAL** en: "La Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales: ¿un *puedo y no quiero* de la protección de los consumidores?", *Boletín del Centro Europeo para el Derecho del Consumo*, núm. 108, 2005, pág. 9.

[10] Cuyo título *completo* es: Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales 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) n° 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (DO núm. L 149 de 11 de junio de 2005, pág. 22).

[11] Véase, por ejemplo: **STUYCK**, **TERRYN** y **VAN DYCK**, "La proposition de directive *pratiques commerciales déloyales*: quel marché unique pour le consommateur?", *Revue européenne de droit de la consommation*, núm. 4, 2003, 248-249.

contenido de la Propuesta de Reglamento referente a las promociones de ventas en el mercado interior[12].

Tampoco serán objeto de nuestro estudio las disposiciones de la Directiva 2005/29/CE que, a fin de garantizar una relación coherente entre ésta y el Derecho comunitario vigente[13], modifican las Directivas 84/450/CE[14], 97/7/CE[15], 98/27/CE[16] y 2002/65/CE[17], que únicamente citaremos cuando sea preciso.

2. La Directiva 2005/29/CE: ¿sólo un *enfoque de plena armonización*?[18]

2.1 Base jurídica

La Directiva 2005/29/CE se basa en el artículo 95 CE y, en este sentido, en su artículo 1 se indica que dicha normativa comunitaria «... 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».

---

[12] Documento COM(2001) 546 final de 2 de octubre de 2001 [véase también la Propuesta modificada: documento COM(2002) 585 final de 25 de octubre de 2002]. Cabe recordar que, en el curso de la Sesión núm. 2539 del Consejo "Competitividad", celebrada el 10 de noviembre de 2003, una mayoría de Delegaciones, reconocieron la *interrelación* entre la *Propuesta de la Comisión* y la propuesta de Reglamento sobre promociones de venta, aunque manifestaron una preferencia por que se prosiguieran en paralelo los trabajos sobre ambas propuestas, «al tiempo que destacaban la importancia de salvaguardar la coherencia de ambas propuestas legislativas» (véase la pág. 5 del Acta de dicha Sesión, que puede consultarse en la siguiente página de Internet: http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressdata/es/intm/78010.pdf).

[13] Véase el décimo considerando de la Directiva 2005/29/CE citada en la nota 10.

[14] Directiva del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa (DO núm. L 250 de 19 de septiembre de 1984, pág. 17).

[15] Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (DO núm. L 144 de 4 de junio de 1997, pág. 19).

[16] Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (DO núm. L 166 de 11 de junio de 1998, pág. 51).

[17] Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE (DO núm. L 271 de 9 de octubre de 2002, pág.16).

[18] Este epígrafe se basa en el documento de trabajo citado en la nota 8 *in fine*.

Se trata pues de eliminar las *marcadas diferencias*[19] existentes entre las legislaciones de los Estados miembros relativas a las prácticas comerciales desleales que pueden generar distorsiones apreciables de la competencia y obstaculizar el buen funcionamiento del Mercado interior[20]. Según el legislador comunitario, «estas disparidades provocan incertidumbre en cuanto a cuáles son las normas nacionales aplicables a las prácticas comerciales desleales que perjudican a los intereses económicos de los consumidores y crean numerosas barreras que afectan a las empresas y a los consumidores»[21]. Además, «estos obstáculos incrementan el coste que supone para las empresas el ejercicio de las libertades del mercado interior, en particular cuando desean realizar actividades de comercialización transfronteriza, campañas de publicidad y promociones de ventas»[22].

Si nos atenemos a la jurisprudencia "Publicidad y patrocinio de los productos del tabaco"[23] del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), cabe esperar que una Directiva adoptada en virtud del artículo 95 CE contenga una *cláusula de libre circulación*, es decir, una disposición que establezca la libertad de circulación de los productos y/o servicios que se ajusten a lo dispuesto en ella[24].

---

[19] *Sic* en el tercer considerando de la Directiva 2005/29/CE citada en la nota 10. Puede consultarse un resumen de las normativas nacionales en la materia en la siguiente página de Internet: http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/nat_exp/nat_law_comp1_2_disclaim_en.pdf (véase también el "Etude des droits nationaux destinés à la protection des consommateurs en matière de pratiques commerciales", que se puede consultar en: http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/green_pap_comm/studies/unfair_practices_fr.pdf).

[20] Véanse: **Busch**, "Towards a European Legal Framework of Commercial Fairness Rules?: The EU Commission's Proposal for a Directive on Unfair Commercial Practices", *The European Legal Forum*, Vol. 4, núm. 2, 2004, pág. 91; **Byrne**, obra citada en la nota 7, pág. 22; y **Leistner**, obra citada en la nota 6, 142-147.

[21] Véase el cuarto considerando de la Directiva 2005/29/CE citada en la nota 10.

[22] *Ibidem*.

[23] Consagrada en la sentencia "Alemania/Parlamento y Consejo" de 5 de octubre de 2000, asunto C-376/98, RJTJ pág. I-8419 (véanse, sobre este fallo: **Areilza Carvajal**, "Variaciones sobre la limitación de competencias: La anulación de la Directiva de publicidad del tabaco (Comentario a la sentencia del TJCE de 5 octubre de 2000, asunto C-376/98)", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2000, núm. 8, 648-657; **Bourges**, "El TJCE anula la Directiva 98/43/CE relativa a la publicidad del tabaco", *Comunidad Europea Aranzadi*, núms. 8 y 9, 2001, 45-51; **Gosalbo Bono**, "L'arrêt *Tabac* ou l'apport de la Cour de justice au débat sur la délimitation des compétences", *Revue trimestrielle de droit européen*, Vol. 37, núm. 4, 2001, 790-808; **Hervey**, "Up in smoke? Community (anti)-tobacco law and policy", *European Law Review*, Vol. 26, núm. 2, 2001, 115-124; **Khanna**, "The Defeat of the European Tobacco Advertising Directive: A Blow for Health", *Yearbook of European Law*, núm. 20, 2001, 130-134; **Segura Roda**, "La anulación de la Directiva 98/43/CE sobre la publicidad del tabaco: ¿novedades en el reparto de competencia comunitario?", *Gaceta Jurídica de la UE*, núm. 214, 2001, 79-86; y **Weatherill**, "Harmonisation: How Much, How Little", *European Business Law Review*, Vol. 16, núm. 3, 2005, 537-538).

[24] Véase el fundamento jurídico núm. 104 de la sentencia "Alemania/Parlamento y Consejo", de 5 de octubre de 2000, citada en la nota anterior (véanse también: **Bourges**, obra citada en la nota anterior, pág. 49; y **Segura Roda**, obra citada asimismo en la nota anterior, pág. 85). Por lo que se refiere a la armonización que es posible llevar a cabo en virtud del artículo 95 CE, véanse las interesantes reflexiones de **Moccia** en: "Du *marché* à la *citoyenneté*: à la recherche d'un droit privé européen durable et de sa base juridique", *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 56, núm. 2, 2004, 312-315.

Por lo que se refiere a la Directiva 2005/29/CE, subrayaremos que, en su artículo 4, figura la siguiente cláusula (que se titula "Mercado interior"):

> «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».

Vale la pena recordar que, en la *Propuesta de la Comisión*, la *cláusula del mercado interior* contaba con dos párrafos, el primero de los cuales consagraba la regla del control por el país de origen[25], puesto que preveía que «los comerciantes habrán de cumplir únicamente las disposiciones nacionales relativas al ámbito objeto de la aproximación que lleva a cabo esta Directiva del Estado miembro en el que se hallen establecidos»[26]. No obstante, este primer párrafo fue suprimido[27], mientras que el segundo párrafo de dicha *cláusula del mercado interior* se ha mantenido sin modificación alguna en el texto adoptado finalmente por el legislador comunitario[28].

---

[25] Cabe destacar que, en el punto 30 de la "Exposición de motivos" de la *Propuesta de la Comisión*, se subrayaba que ésta contenía «… una *cláusula del mercado interior* que establece que los comerciantes han de cumplir sólo los requisitos del país de origen, e impide que otros Estados miembros impongan requisitos adicionales a los comerciantes que ya cumplen los del país de origen (es decir, reconocimiento mutuo)». Sin embargo, en nuestra opinión, no se trataba *stricto sensu* del *principio del reconocimiento mutuo*, consagrado por el TJCE en su sentencia "Cassis de Dijon" de 20 de febrero de 1979 (asunto120/78, RJTJ pág. 649), en relación con la aplicación del artículo 28 CE y, por lo tanto, *aplicable* a la libre circulación en el ámbito no armonizado (véase una opinión aparentemente contraria en: **Stuyck**, **Terryn** y **Van Dyck**, obra citada en la nota 11, 264-265).

[26] En el punto 47 de la "Exposición de motivos" de la *Propuesta de la Comisión* se justificaba la inclusión de esta disposición subrayando que «la convergencia generada por la Directiva propuesta crea las condiciones idóneas para la introducción del *principio del reconocimiento mutuo* de las leyes sobre prácticas comerciales desleales» (la cursiva es nuestra). Asimismo, en el punto 30, se declaraba que la aplicación de dicho principio era necesaria para garantizar que los comerciantes dispusieran de la seguridad jurídica que precisan en su trato con consumidores de otros países sin imponerles cargas excesivas, y se indicaba que «los Estados miembros estarán obligados a garantizar que los comerciantes establecidos en su territorio cumplen las disposiciones nacionales con independencia de si los consumidores a los que se dirigen o atañen sus prácticas comerciales residen en su territorio».

[27] De modo que, según **Pardo Leal**, cabe calificar el contenido del artículo 4 de la Directiva objeto de nuestro estudio como «… una cláusula del mercado interior *mutilada* y casi inválida, cuyo ambiguo contenido no resulta de fácil interpretación» (véase la obra de dicha autora citada en la nota 9, pág. 8).

[28] En el epígrafe núm. 3 de la Comunicación de la Comisión relativa a la Posición común adoptada por el Consejo con vistas a la adopción de la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales [documento COM(2004) 753 final de 16 de noviembre de 2004], tras recordar que la *Propuesta de la Comisión* «incluía una disposición en la que se especificaba que la legislación del país en el que estuviese establecido el comerciante sería siempre la legislación aplicable (es decir, la norma de la elección de la legislación)», así como que se habían rechazado otras enmiendas del Parlamento, se subrayaba que «en la Posición común se suprimió parcialmente la norma relativa a la elección de la legislación debido a la preocupación que esta suscitaba en la mayoría de los Estados miembros, que temían que en los conflictos transfronterizos los consumidores pudieran verse desfavorecidos si se aplicaba la legislación del comerciante». Aunque la Comisión no compartía estos temores debido a la plena armonización y el alto nivel de protección de los consumidores alcanzado en su propuesta, «... no consider[ó] esencial insistir en este punto dada la simplificación considerable derivada de la plena armonización y los consiguientes beneficios para el mercado interior» (*ibidem*). Por estas razones, la Comisión aceptó la supresión de la *norma de la elección de la legislación* y concluyó que «de acuerdo con la práctica habitual, serán los tribunales, por tanto, quienes determinen la legislación aplicable en los conflictos transfronterizos» (*ibidem*).

La cláusula del mercado interior que se encuentra en la Directiva 2005/29/CE será objeto del Informe global sobre la aplicación de dicha normativa comunitaria que la Comisión deberá presentar a más tardar el 12 de junio de 2011, teniendo en cuenta «… las posibilidades de proseguir la armonización y simplificación de la legislación comunitaria en materia de protección de los consumidores… »[29].

2.2 Ámbito de aplicación: la definición de *prácticas comerciales*

En virtud de lo dispuesto en el artículo 3.1 de la Directiva 2005/29/CE, ésta «… 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[30]».

En este contexto, un elemento fundamental para determinar el ámbito de aplicación de la citada Directiva es la noción que se encuentra en su artículo 2(d): la de *prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consumidores*, a las que en la citada Directiva el legislador se refiere como *prácticas comerciales* y define como «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[31] a los consumidores»[32].

Por otro lado, mediante la fórmula «la presente Directiva se entenderá sin perjuicio de…», se excluyen del ámbito de aplicación de la Directiva en cuestión:

- el Derecho contractual, y en particular de las disposiciones referentes a la validez, la formación o el efecto de los contratos[33];

- las normativas nacionales o comunitarias relativas a los aspectos de salud y seguridad de los productos[34];

- las disposiciones que determinan la competencia de los tribunales[35]; y

---

[29] Véase el artículo 18.1 de la Directiva 2005/29/CE citada en la nota 10, en el que se dispone también que «el informe irá acompañado, si es necesario, de una propuesta de revisión de la presente Directiva o de otras disposiciones pertinentes del Derecho comunitario».

[30] *Producto* que, en el artículo 2(c) de la Directiva 2005/29/CE, se define del siguiente tenor: «cualquier bien o servicio, incluidos los bienes inmuebles, así como los derechos y obligaciones».

[31] Véase la nota anterior.

[32] Véase: **TOUCHENT**, obra citada en la nota 7, 3-4.

[33] Véase el artículo 3.2 de la Directiva 2005/29/CE citada en la nota 10.

[34] *Ibidem*, artículo 3.3. En este sentido, en el noveno considerando de dicha Directiva, se declara que «... los Estados miembros podrán mantener o promulgar restricciones y prohibiciones de prácticas comerciales por motivos de protección de la salud y de la seguridad de los consumidores en su territorio, con independencia del lugar en el que esté establecido el comerciante, por ejemplo en relación con las bebidas alcohólicas, el tabaco o los productos farmacéuticos».

- los requisitos para el establecimiento o los regímenes de autorización, o de los códigos deontológicos u otras normas específicas que rijan las profesiones reguladas[36] 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[37].

Cabe subrayar, además, que el artículo 3.4 prevé expresamente que, «en caso de conflicto entre las disposiciones de la presente Directiva y otras normas comunitarias que regulen aspectos concretos de las prácticas comerciales desleales, estas últimas prevalecerán y serán aplicables a esos aspectos concretos».

De todos modos, el legislador comunitario ha limitado significativamente el objetivo fundamental previsto en la *Propuesta de la Comisión* relativo a lograr una armonización total, puesto que, en el artículo 3.5 de la versión final de la Directiva, se dispone que:

> «Durante un período de seis años a partir del 12 de junio de 2007, los Estados miembros podrán seguir aplicando, dentro del ámbito objeto de la aproximación que realiza la Directiva, disposiciones nacionales más exigentes o más restrictivas que las que ésta contiene y que tengan por objeto la aplicación de las Directivas que contienen cláusulas mínimas de armonización».

En este sentido, vale la pena destacar que, en el apartado titulado precisamente “Excepción temporal” del epígrafe núm. 3 de su Comunicación relativa a la Posición común adoptada por el Consejo[38], la Comisión declaró, en relación con la *nueva* «... excepción temporal a las legislaciones nacionales basada en las cláusulas mínimas de las Directivas existentes [que] incluye una cláusula que establece una revisión de la aplicación de la Directiva transcurridos cuatro años...», que estaba «... dispuesta a aceptar esta excepción, siempre que sea limitada y temporal, *a fin de permitir a los Estados miembros gestionar la transición de la armonización mínima a la plena*[39]».

---

[35] Véase el artículo 3.7 de la Directiva 2005/29/CE.

[36] En el artículo 2(l) de la Directiva 2005/29/CE se define *profesión regulada* como «la actividad o conjunto de actividades profesionales en las que el acceso, ejercicio o una de las modalidades de ejercicio están subordinados de manera directa o indirecta, en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, a la posesión de determinadas cualificaciones profesionales».

[37] Véase el artículo 3.8 de la Directiva 2005/29/CE.

[38] Citada en la nota 28.

[39] La cursiva es nuestra.

En efecto, el artículo 3.5 de la Directiva 2005/29/CE constituye una excepción que será preciso interpretar restrictivamente, teniendo en cuenta, además, que las disposiciones nacionales a las que se refiere deberán cumplir dos requisitos acumulativos:

- ser indispensables para que los consumidores estén adecuadamente protegidos frente a las prácticas comerciales desleales[40]; y

- ser proporcionadas a ese objetivo[41].

A mayor abundamiento, la Directiva 2005/29/CEE establece otra exigencia adicional: «los Estados miembros notificarán sin demora a la Comisión cualesquiera disposiciones nacionales que apliquen al amparo de lo dispuesto en el [artículo 3.5]»[42].

Por otro lado, el citado artículo 3.5 también será objeto del Informe global sobre la aplicación de la Directiva 2005/29/CE que la Comisión deberá presentar a más tardar el 12 de junio de 2011, «… teniendo en cuenta lo dispuesto en [dicho] artículo […], sobre cuantas medidas sea necesario adoptar a escala comunitaria para garantizar el mantenimiento de niveles adecuados de protección de los consumidores… »[43]. No se excluye, sin embargo, que dicha *revisión* pueda «… incluir una propuesta para prolongar esta excepción por un período limitado de tiempo»[44].

2.3 Otras definiciones

2.3.1 Consumidor

En el artículo 2 de la Directiva objeto de nuestro estudio se define *consumidor* como «cualquier persona física que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio, oficio o profesión».

Se trata de una definición que, en líneas generales, coincide con las que se encuentran en diversas normativas comunitarias relativas a la protección de los consumidores[45]: la Directiva 85/577/CEE referente a los contratos negociados

---

[40] Véase también el artículo 3.5 de la Directiva 2005/29/CE citada en la nota 10.

[41] *Ibidem*.

[42] Véase el artículo 3.6 de la Directiva 2005/29/CE.

[43] *Ibidem*, artículo 18.1.

[44] *Ibidem*, artículo 3.5 *in fine*.

[45] Véase: **Stuyck**, **Terryn** y **Van Dyck**, obra citada en la nota 11, pág. 250.

fuera de los establecimientos comerciales[46], la Directiva 87/102/CEE sobre crédito al consumo[47], la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas[48], la Directiva 97/7/CE relativa a los contratos a distancia[49], la Directiva 98/6/CE en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores[50], la Directiva 1999/44/CE referente a determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo[51], la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico[52] y la Directiva 2002/65/CE relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores[53]. Del examen de las definiciones en cuestión se deduce que el concepto de *consumidor* al que se refieren tiene ciertas características comunes que podrían resumirse en el sentido de que comprende toda persona física, *no profesional*, que adquiere bienes o

---

[46] Directiva del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (DO núm. L 372 de 31 de diciembre de 1985, pág. 31). En el artículo 2(1) de esta Directiva se define *consumidor* como «toda persona física, que para las transacciones amparadas por la presente Directiva, actúe para un uso que pueda considerarse como ajeno a su actividad profesional».

[47] Directiva del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo (DO núm. L 42 de 12 de febrero de 1987, pág. 48), en cuyo artículo 1.2(a) se define *consumidor* del siguiente tenor: «la persona física que, en las operaciones reguladas por la presente Directiva, actúa con fines que puedan considerarse al margen de su oficio o profesión».

[48] Directiva del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DO núm. L 95 de 21 de abril de 1993, pág. 29). En el artículo 2(b) de dicha normativa comunitaria se define *consumidor* como «toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional» (el TJCE confirmó que el concepto de *consumidor* definido en la Directiva 93/13/CEE «... debe interpretarse en el sentido de que se refiere exclusivamente a las personas físicas» en su sentencia "Cape e Idealservice" de 22 de noviembre de 2001, asuntos acumulados C-541/99 y C-542/99, RJTJ pág. I-9049).

[49] Citada en la nota 15. En el artículo 2(2) de la Directiva 97/7/CE define *consumidor* como «toda persona física que, en los contratos contemplados en la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional».

[50] Directiva 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 (DO núm. L 80 de 18 de marzo de 1998, pág. 27), en la que se define *consumidor* como «cualquier persona física que compre un producto con fines ajenos a su actividad comercial o profesional» [véase el artículo 2(e)].

[51] Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (DO núm. L 171 de 7 de julio de 1999, pág. 12), en cuyo artículo 1.2(a) se define *consumidor* como «toda persona física que, en los contratos a que se refiere la presente Directiva, actúa con fines que no entran en el marco de su actividad profesional».

[52] Directiva 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 (DO núm. L 178 de 17 de julio de 2000, pág. 1). En el artículo 2(e) de esta Directiva se define *consumidor* como «cualquier persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión» (véase: **PARDO LEAL**, "La Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico: su aplicación en el ámbito del Mercado interior", *Gaceta Jurídica de la UE*, núm. 210, 2000, pág. 47).

[53] Citada en la nota 17. A los efectos de esta Directiva, en virtud de su artículo 2(d), se entenderá por *consumidor* «toda persona física que, en los contratos a distancia, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial o profesional».

servicios para su uso o consumo final, con objeto de satisfacer necesidades personales o familiares[54].

Cabe recordar que, en la *Propuesta de la Comisión*, figuraba además otra definición: la de *consumidor medio*, que recogía el concepto elaborado por el TJCE[55]. Sin embargo, dicha definición no se encuentra en la versión definitiva de la Directiva que nos ocupa, a pesar de que se hace referencia a esa noción en sus artículos 5, 6, 7 y 8.

La Comisión, en su Comunicación relativa a la Posición común adoptada por el Consejo[56], se refirió a esta *desaparición*, aunque 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»[57]. Además, la Comisión destacó, en este sentido, el contenido del considerando núm. 18, que se refiere al concepto de consumidor de referencia:

> «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[58], 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*[59], que, según la interpretación que ha hecho de este concepto el Tribunal de Justicia, está normalmente informado y

---

[54] Véanse: **FASQUELLE**, "Rapport introductif" en **FASQUELLE** y **MEUNIER**, "Le droit communautaire de la consommation: Bilan et perspectives: actes du colloque de Boulogne-sur-Mer, 14 et 15 janvier 2000", La documentation française, 2002, pág. 18; **GONZÁLEZ VAQUÉ**, "La noción de *consumidor medio* según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 17, 2004, 50-54; y **MATTERA**, "El Mercado Unico Europeo: sus reglas, su funcionamiento", Civitas, Madrid, 1991, pág. 763.

[55] Véase: **GONZÁLEZ VAQUÉ**, obra citada en la nota anterior, 57-73.

[56] Citada en la nota 28.

[57] Véase el epígrafe núm. 3 del documento citado en la nota 28, en el que se afirma también que «la redacción se ha modificado con el fin de suprimir la definición de consumidor medio en el texto, habida cuenta de *la preocupación que suscitaba el hecho de que ésta pudiese impedir la evolución de este concepto en consonancia con la jurisprudencia del TJCE*» (la cursiva es nuestra). **BUSCH** se ha referido también a las objeciones de algunos Estados miembros (en especial los escandinavos) relativas a la inclusión de una referencia al consumidor medio (véase la obra de este autor citada en la nota 20, pág. 93; véase también: **DAVIES**, "Can selling arrangements be harmonised?", *European Law Review*, Vol. 30, núm. 3, 2005, 373-381)

[58] Véase la nota 14 [véanse, sobre la Directiva 84/450/CE: **GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ**, "La armonización del régimen jurídico aplicable a la publicidad engañosa en la CEE. (Introducción al estudio de la Directiva CEE 84/450, de 10 de septiembre de 1984)", *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 15, núm. 2, 1988, 447-481; y **TROCHU** y **LEHUEDE**, "La directive communautaire du 10 septembre 1984 relative au approchement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de publicité trompeuse", *Revue de droit des affaires internationales*, núm. 8, 1985, 971-976].

[59] La cursiva es nuestra.

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*[60] no es una referencia estadística. Los tribunales y autoridades nacionales deben aplicar su propio criterio, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para determinar la reacción típica del *consumidor medio*[61] en un caso concreto.»

Cabe destacar[62] también que la Directiva 2005/29/CE menciona explícitamente la protección de los consumidores vulnerables en su artículo 5.3[63] y el considerando núm. 19[64], a fin de consolidar la articulación entre la protección de dichos consumidores y los que puedan considerarse incluidos en la noción de consumidor medio.

2.3.2 Comerciante

El artículo 2(b) de la Directiva 2005/29/CE define *comerciante* como «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 comerciante o por cuenta de éste».

A fin de garantizar la coherencia entre lo dispuesto en la Directiva 84/450/CEE relativa a la publicidad engañosa[65] y la Directiva objeto de nuestro

---

[60] *Idem*.

[61] *Idem*.

[62] Como lo hizo la Comisión en el epígrafe núm. 3 del documento citado en la nota 28.

[63] Véase la nota 69.

[64] En el que se declara que «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 comerciante 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».

[65] Véanse las notas 14 y 58.

estudio, en el artículo 14.2 de esta última se prevé la modificación de la primera de modo que se incluya en ella una definición de comerciante similar a la que acabamos de hacer referencia.

2.4 La prohibición de las prácticas comerciales desleales

El artículo 5 de la Directiva 2005/29/CE, en virtud del cual «se prohibirán las prácticas comerciales desleales»[66], puede considerarse la disposición *central* de esta normativa comunitaria.

Concretamente, prevé que:

> «Una práctica comercial será desleal si:
>
> a) es contraria a los requisitos de la diligencia profesional[67], y
>
> b) distorsiona o puede distorsionar de manera sustancial, con respecto al producto de que se trate, el comportamiento económico del consumidor[68] 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 consumidores»[69].

Esta definición de práctica desleal constituye una especie de *disposición escoba* o *safety net clause*[70] y, si se complementa con lo previsto en el artículo

---

[66] Véase el artículo 5.1 de la Directiva 2005/29/CE citada en la nota 10.

[67] Véase el artículo 2(h) de la Directiva 2005/29/CE, en el que se encuentra la siguiente definición de *diligencia profesional*: «el nivel de competencia y cuidado especiales que cabe razonablemente esperar del comerciante en sus relaciones con los consumidores, acorde con las prácticas honradas del mercado o con el principio general de buena fe en el ámbito de actividad del comerciante».

[68] Véase el artículo 2(e) de la Directiva 2005/29/CE, en el que se define *distorsionar de manera sustancial el comportamiento económico de los consumidores* del siguiente tenor: «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» (véase también: **LEISTNER**, obra citada en la nota 6, pág. 155).

[69] Véase el artículo 5.2 de la Directiva 2005/29/CE. Cabe subrayar que, en el artículo 5.3 de dicha normativa comunitaria, se establece que «las prácticas comerciales que puedan distorsionar de manera sustancial, en un sentido que el comerciante pueda prever razonablemente, el comportamiento económico únicamente 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, deberán evaluarse desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo». En dicho artículo se prevé también que «ello 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 literal» (la cursiva es nuestra).

[70] Véase: **LEISTNER**, obra citada en la nota 6, pág. 150 [la misma idea (*filet de sécurité*) se encuentra en: **STUYCK**, **TERRYN** y **VAN DYCK**, obra citada en la nota 11, 275-276].

5.4[71], nos permite concluir que la Directiva 2005/29/CE distingue tres categorías de prácticas comerciales prohibidas:

- las prácticas prohibidas en virtud de la aplicación de la *prohibición general*[72];

- las prácticas engañosas o agresivas[73]; y

- las prácticas enumeradas en el anexo de la propia Directiva, que se consideran desleales en cualquier caso[74].

2.5 Las prácticas comerciales engañosas

2.5.1 Las acciones engañosas

Según lo dispuesto en el artículo 6.1 de la Directiva 2005/29/CE, se considerará *engañosa* toda práctica comercial que contenga información falsa o que, en la forma que sea, incluida su presentación general, induzca o pueda inducir a error al consumidor medio sobre determinados elementos (naturaleza, características principales, precio del producto en cuestión, etc.), y que en cualquiera de esos dos casos le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción[75] que de otro modo no hubiera tomado.

Además, se considerará también engañosa toda práctica comercial que, en su contexto fáctico y teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado, y que suponga[76]:

a) cualquier operación de comercialización de un producto, incluida la publicidad comparativa, que cree confusión con cualesquiera productos, marcas registradas, nombres comerciales u otras marcas distintivas de un competidor;

---

[71] Que se refiere a una *definición* que no puede considerarse *exhaustiva*, pues en dicho artículo se utiliza la expresión *en particular*.

[72] Véase el artículo 5.2 de la Directiva 2005/29/CE citada en la nota 10.

[73] *Ibidem*, artículos 5.4, 6, 7, 8 y 9.

[74] *Ibidem*, artículo 5.5.

[75] En el artículo 2(k) de la Directiva 2005/29/CE se define *decisión sobre una transacción* como «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».

[76] Véase el artículo 6.2 de la Directiva 2005/29/CE.

b) el incumplimiento por parte del comerciante de compromisos incluidos en códigos de conducta que se haya comprometido a respetar, siempre y cuando:

i) el compromiso no remita a una aspiración u objetivo sino que sea firme y pueda ser verificado, y

ii) el comerciante indique en una práctica comercial que está vinculado por el código.

2.5.2 Las omisiones engañosas

Del mismo modo, nos encontraremos ante una práctica comercial engañosa cuando se omita una información sustancial que sea necesaria para que el consumidor medio pueda tomar una decisión con el debido conocimiento de causa en las condiciones previstas en el artículo 7 de la Directiva objeto de nuestro estudio.

Cabe subrayar que, en los casos en que haya una *invitación a comprar*[77], según lo dispuesto en el artículo 7.4 de dicha normativa comunitaria, se considerará *sustancial* la siguiente información:

«a) las características principales del producto, en la medida adecuada al medio utilizado y al producto;

b) la dirección geográfica y la identidad del comerciante, tal como su nombre comercial y, en su caso, la dirección geográfica y la identidad del comerciante por cuya cuenta actúa;

c) el precio, incluidos los impuestos, o, en caso de que éste no pueda calcularse razonablemente de antemano por la naturaleza del producto, la forma en que se determina el precio, así como, cuando proceda, todos los gastos adicionales de transporte, entrega o postales o, cuando tales gastos no puedan ser calculados razonablemente de antemano, el hecho de que pueden existir dichos gastos adicionales;

d) los procedimientos de pago, entrega y funcionamiento, y el sistema de tratamiento de las reclamaciones, si se apartan de las exigencias de la diligencia profesional;

e) en el caso de los productos y transacciones que lleven aparejado un derecho de revocación o cancelación, la existencia de tal derecho».

2.5.3 Las prácticas comerciales engañosas enumeradas en el Anexo I

[77] *Invitación a comprar* se define en el artículo 2(i) de la Directiva 2005/29/CE como: «comunicación comercial que indica las características del producto y su precio de una manera adecuada al medio de la comunicación comercial utilizado, y permite así al consumidor realizar una compra».

En el Anexo I de la Directiva 2005/29/CE se enumeran diversas prácticas comerciales engañosas que *se considerarán desleales en cualquier circunstancia*.

Entre ellas destacaremos las siguientes:

- exhibir un sello de confianza o de calidad o un distintivo equivalente sin haber obtenido la necesaria autorización;

- realizar una invitación a comprar productos a un precio determinado para luego:

a) negarse a mostrar el artículo anunciado a los consumidores, o

b) negarse a aceptar pedidos de dicho artículo o a hacer entregas del mismo en un período de tiempo razonable, o

c) enseñar una muestra defectuosa del mismo, con la intención de promocionar un producto diferente (*señuelo y cambio*);

- recurrir a un contenido editorial en los medios de comunicación para promocionar un producto, pagando el comerciante por dicha promoción, pero sin que ello quede claramente especificado en el contenido o mediante imágenes y sonidos claramente identificables para el consumidor (*publirreportajes*)[78];

- promocionar un producto similar al producto de un determinado fabricante para inducir de manera deliberada al consumidor a creer que el producto procede de ese mismo fabricante no siendo cierto;

- proclamar falsamente que un producto puede curar enfermedades, disfunciones o malformaciones;

- afirmar en una práctica comercial que se ofrece un concurso o premios de promoción sin conceder los premios descritos ni algo razonablemente equivalente; y

- describir un producto como *gratuito*, *regalo*, *sin gastos* o con cualquier fórmula equivalente si el consumidor tiene que abonar dinero por cualquier concepto distinto del coste inevitable de la respuesta a la práctica comercial y la recogida del producto o del pago por la entrega de éste.

2.6 Las prácticas comerciales agresivas

[78] Este supuesto se entenderá sin perjuicio de la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (DO núm. L 298 de 17 de octubre de 1989, pág. 23).

Según lo dispuesto en el artículo 8 de la Directiva 2005/29/CE, una práctica comercial se considerará agresiva si se cumplen dos condiciones:

- que, en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, merme o pueda mermar de forma importante, mediante el acoso, la coacción, incluido el uso de la fuerza, o la influencia indebida[79], la libertad de elección o conducta del consumidor medio con respecto al producto; y

- que haga o pueda hacer que el consumidor tome una decisión sobre una transacción que de otra forma no hubiera tomado.

Por lo que se refiere a la evaluación relativa a si una práctica comercial *implica* acoso, coacción o influencia indebida, el artículo 9 facilita algunos criterios adicionales:

«a) el momento y el lugar en que se produce, su naturaleza o su persistencia;

b) el empleo de un lenguaje o un comportamiento amenazador o insultante;

c) la explotación por parte del comerciante de cualquier infortunio o circunstancia específicos lo suficientemente graves como para mermar la capacidad de discernimiento del consumidor, de los que el comerciante tenga conocimiento, para influir en la decisión del consumidor con respecto al producto;

d) cualesquiera obstáculos no contractuales onerosos o desproporcionados impuestos por el comerciante cuando un consumidor desee ejercitar derechos previstos en el contrato, incluidos el derecho de poner fin al contrato o el de cambiar de producto o de comerciante;

e) la amenaza de ejercer cualquier acción que, legalmente, no pueda ejercerse».

Como ocurre en el caso de las prácticas comerciales engañosas, en el Anexo I de la Directiva 2005/29/CE se enumeran diversas prácticas agresivas que *se considerarán desleales en cualquier circunstancia*. Se trata de los siguientes supuestos:

- crear la impresión de que el consumidor no puede abandonar el local hasta haber perfeccionado el contrato;

---

[79] Cabe recordar que en el artículo 2(j) de la Directiva objeto de nuestro estudio se encuentra la siguiente definición de *influencia indebida*: «utilización de una posición de poder en relación con el consumidor para ejercer presión, incluso sin usar fuerza física ni amenazar con su uso, de una forma que limite de manera significativa la capacidad del consumidor de tomar una decisión con el debido conocimiento de causa».

- realizar visitas en persona al domicilio del consumidor, ignorando las peticiones de éste de que el comerciante abandone su casa o no vuelva a personarse en ella, salvo en las circunstancias y en la medida en que esté justificado, con arreglo a la legislación nacional, para hacer cumplir una obligación contractual;

- realizar proposiciones no solicitadas y persistentes por teléfono, fax, correo electrónico u otros medios a distancia, salvo en las circunstancias y en la medida en que esté justificado, con arreglo a la legislación nacional, para hacer cumplir una obligación contractual[80];

- exigir al consumidor que desee reclamar una indemnización al amparo de una póliza de seguro que presente documentos que no puedan razonablemente considerarse pertinentes para determinar la validez de la reclamación o dejar sistemáticamente sin responder la correspondencia al respecto, con el fin de disuadirlo de ejercer sus derechos contractuales;

- incluir en una publicidad una exhortación directa a los niños para que compren o convenzan a sus padres u otros adultos de que les compren los productos anunciados[81];

- exigir el pago inmediato o aplazado, la devolución o la custodia de productos suministrados por el comerciante, pero que no hayan sido solicitados por el consumidor (*suministro no solicitado*), salvo cuando el producto en cuestión sea un producto de sustitución suministrado de conformidad con lo establecido en el artículo 7. 3, de la Directiva 97/7/CE[82];

- informar expresamente al consumidor de que el trabajo o el sustento del comerciante corren peligro si el consumidor no adquiere el producto o servicio; y

- crear la impresión falsa de que el consumidor ha ganado ya, ganará, o conseguirá si realiza un acto determinado, un premio o cualquier otra ventaja equivalente, cuando en realidad:

— no existe tal premio o ventaja equivalente, o

---

80 Este supuesto se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 10 de la Directiva 97/7/CE, citada en la nota 15, así como de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DO núm. L 281 de 23 de noviembre de 1995 pág. 31) y 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 (DO núm. L 201 de 31 de julio de 2002, pág. 37).

81 Este supuesto se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 16 de la Directiva 89/552/CEE citada en la nota 78.

82 Citada en la nota 15.

— la realización de una acción relacionada con la obtención del premio o ventaja equivalente está sujeta a la obligación, por parte del consumidor, de efectuar un pago o incurrir en un gasto.

2.7 Códigos de conducta

En el artículo 2(f) de la Directiva 2005/29/CE se define *Código de conducta* del siguiente tenor:

> «acuerdo o conjunto de normas no impuestas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de un Estado miembro, en el que se define el comportamiento de aquellos comerciantes que se comprometen a cumplir el código en relación con una o más prácticas comerciales o sectores económicos concretos».

De nuevo hemos de referirnos a una definición que se encontraba en la *Propuesta de la Comisión* y que el legislador comunitario no consideró necesaria en la versión final de la Directiva objeto de nuestro estudio: la de *Código de conducta a escala comunitaria*. Comprensiblemente, la doctrina ha criticado esta omisión[83], teniendo en cuenta que, como se indicaba en el punto 73 de la "Exposición de motivos" de la *Propuesta de la Comisión*, «la existencia de códigos aplicables a escala de la UE podría promover la convergencia de las expectativas en materia de diligencia profesional, con lo que se reducirían aún más los obstáculos al mercado interior…».

De todos modos, la Directiva 2005/29/CE se ocupa genéricamente de los Códigos de conducta, «… que permiten a los comerciantes aplicar los principios de la Directiva de forma eficaz en ámbitos económicos específicos»[84], en su artículo 10. En este contexto, el legislador comunitario ha valorado el hecho de que «el control ejercido por los responsables de los códigos[85] a escala nacional o *comunitaria*[86] para eliminar las prácticas comerciales desleales puede evitar tener que recurrir a acciones administrativas o judiciales, por lo que se debe fomentar»[87].

---

[83] Véase, por ejemplo, **PARDO LEAL**, que opina que los Códigos de conducta aplicables exclusivamente en el ámbito territorial de un Estado miembro pueden suponer una barrera a la libre circulación de productos y servicios, lo que, obviamente, es menos probable en el caso de los *Códigos de conducta a escala comunitaria* (véase la obra de dicha autora citada en la nota 9, 9-10).

[84] Véase el considerando núm. 20 de la Directiva 2005/29/CE citada en la nota 10.

[85] Véase el artículo 2(g) de la Directiva 2005/29/CE, el que se define *responsable del código* como «cualquier entidad, incluido un comerciante o grupo de comerciantes, que sea responsable de la elaboración y revisión de un código de conducta y/o de supervisar su cumplimiento por quienes se hayan comprometido a respetarlo».

[86] La cursiva es nuestra.

[87] Véase también el considerando núm. 20 de la Directiva 2005/29/CE citada en la nota 10.

Subrayaremos, además, que en el citado artículo 10 se establece expresamente que el procedimiento de auto-regulación al que se refiere debe ser «... *adicional*[88] al procedimiento administrativo o judicial mencionado en [el] artículo [11]». Por otro lado, el recurso a tales métodos de control «nunca supondrá la renuncia a las acciones judiciales o administrativas a que se refiere el artículo 11»[89].

2.8 Ejecución y sanciones

Los artículos 11, 12 y 13 de la Directiva 2005/29/CE se dedican al tema de la ejecución así como de las correspondientes sanciones y se inspiran en lo dispuesto al respecto en la Directiva 84/450/CEE[90].

No se trata de una armonización propiamente dicha, puesto que, en el artículo 11.1 de la Directiva objeto de nuestro estudio se dispone explícitamente que «corresponderá a cada Estado miembro decidir [si] adoptará [un procedimiento judicial o administrativo] y si conviene que el tribunal o el órgano administrativo esté facultado para exigir el recurso previo a otras vías establecidas para la solución de reclamaciones, incluidas las mencionadas en el artículo 10[91]».

2.9 Entrada en vigor y *transposición*: información sobre la legislación nacional

La Directiva 2005/29/CE entró en vigor el 12 de junio de 2005[92] y ahora corresponde a los Estados miembros adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la misma a más tardar el 12 de junio de 2007[93], teniendo en cuenta que dichas disposiciones deberán ser de aplicación antes del 12 de diciembre de ese mismo año[94].

Cabe destacar que las autoridades nacionales no deberán limitarse a *transponer* la Directiva en cuestión… En virtud de lo dispuesto en su artículo 17, tienen también la obligación de «… informar a los consumidores de la ley nacional por la que se incorpora la presente Directiva a su ordenamiento interno, y, cuando

---

88 La cursiva es nuestra.

89 Véase también el artículo 10 de la Directiva 2005/29/CE citada en la nota 10.

90 Véanse las notas 14 y 58.

91 Relativo a los Códigos de conducta (véase el apartado 2.7).

92 Es decir el día siguiente de su publicación en el DO, según lo previsto en el artículo 20 de dicha normativa comunitaria.

93 Véase el artículo 19 de la Directiva 2005/29/CE citada en la nota 10.

94 *Ibidem*.

proceda, alentarán a los comerciantes y a los responsables de códigos a informar a los consumidores de sus códigos de conducta».

3. Conclusión

No cabe duda de que la aplicación de lo dispuesto en la Directiva 2005/29/CE facilitará la protección de los consumidores, en especial donde no existe legislación sectorial específica a nivel comunitario: en una importante parcela de las actividades económicas, la de las prácticas comerciales.

En este sentido, resulta evidente que dicha normativa comunitaria «... complementa [...] el acervo comunitario aplicable a las prácticas comerciales que perjudican a los intereses económicos de los consumidores»[95].

Es cierto, sin embargo, que se deduce de la comparación entre la *Propuesta de la Comisión* y el texto adoptado finalmente por el legislador comunitario que habrá que esperar todavía algunos años para alcanzar integralmente los objetivos de dicha Propuesta, en particular por lo que se refiere a la implantación de una armonización total[96]. No obstante, se ha logrado mantener el *enfoque de plena armonización* de la Directiva[97], puesto que las disposiciones que prevén el mantenimiento de normativas nacionales no armonizadas relativas a las prácticas comerciales son de carácter excepcional (y *transitorias*) y, además, su aplicación se somete al cumplimiento de estrictas condiciones.

Ahora todo depende de la *gestión de la transición de la armonización mínima a la plena* por parte de los Estados miembros, gestión a la que la Comisión se refirió en su Comunicación relativa a la Posición común adoptada

---

[95] Véase el décimo considerando de la Directiva 2005/29/CE.

[96] Que **MATTERA** ha definido del siguiente tenor: «se produce una armonización total cuado una Directiva impone reglas que sustituyen en su totalidad a las normas nacionales existentes en la materia de modo que sólo pueda comercialzarse en todo el territorio de la Comunidad el producto que cumpla las exigencias fijadas por la Directiva comunitaria» [véase la obra de dicho autor citada en la nota 54, pág. 208 (véase también: **GUILLÉN CARAMÉS**, "El estatuto jurídico del consumidor: política comunitaria, bases constitucionales y actividad de la administración", Civitas, Madrid, 2002, pág. 124)]. Como recientes ejemplos de la *utlización* por parte del legislador comunitario de este tipo de armonización, podemos citar las siguientes normativas comunitarias: la Directiva 2000/31/CE citada en la nota 52; la Directiva 2002/65/CE citada en la nota 17; y la Directiva 2003/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco (DO núm. L 152 de 20 de junio de 2003, pág. 16). Por el contrario, la técnica de la *armonización mínima* da lugar a la práctica del *gold-plating*, es decir, el establecimiento por parte de los Estados miembros de exigencias adicionales a las previstas en la normativa comuntaria, con efectos a menudo negativos por lo que se refiere a la homogeneidad del Mercado interior (véase: **WEATHERILL**, obra citada en la nota 23, 538-541). Por esta razón, no sólo la doctrina ha criticado duramente esta técnica *de minimis* (*ibidem*), si no que incluso la Comisión, en su Libro Verde "sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea" (citado en la nota 2), se mostró bastante reticente en relación con su aplicación en el ámbito del Derecho del Consumo comunitario (véanse: **GONZÁLEZ VAQUÉ**, "El Derecho del Consumo en la Unión Europea: la problemática planteada por la armonización mínima en las normativas comunitarias relativas a la protección de los consumidores", *Gaceta Jurídica de la UE*, núm. 233, 2004, 35-36; y **HOWELLS** y **WILHELMSSON**, "EC consumer law: has it come of age?", *European Law Review*, Vol. 28, núm. 3, 373-374).

[97] Véase el considerando núm. 14 de la Directiva 2005/29/CE citada en la nota 10.

por el Consejo[98]. Un tema que merece una atención especial y un atento seguimiento…

[98] Véase el apartado titulado “Excepción temporal” del epígrafe núm. 3 de dicha Comunicación, citada en la nota 28 (véase también el apartado 2.2 del presente estudio).