

ARTÍCULOS

LAS PRÁCTICAS COMERCIALES ENGAÑOSAS EN LA DIRECTIVA 2005/29/CE SOBRE LAS PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES

JOSÉ MASSAGUER FUENTES
Abogado ()*

Catedrático de Derecho mercantil de la Universidad Pompeu Fabra y Profesor del Instituto de Empresa.

1 · INTRODUCCIÓN

La reciente aprobación y entrada en vigor de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales») constituye un notable desarrollo de la acción legislativa comunitaria contra la competencia desleal.

El nivel de armonización existente en esta materia distaba de ser satisfactorio por la acción legislativa comunitaria anterior. Y ello, ciertamente, no puede extrañar, toda vez que sólo se habían abordado algunos aspectos, sin duda importantes, pero en todo caso parciales: en particular, se había tratado, con carácter general o transversal, sólo de ciertas prácticas publicitarias (publicidad engañosa y comparativa por medio de la Directiva sobre publicidad

engañosa y publicidad comparativa) y, con carácter sectorial, sólo de la publicidad y comunicaciones comerciales difundidas a través de ciertos medios de comunicación (televisión e Internet por medio de la llamada Directiva sobre televisión sin fronteras y de la Directiva sobre el comercio electrónico) o sólo de las concernientes a la promoción de ciertos productos o servicios (como bebidas alcohólicas, en la propia Directiva sobre televisión sin fronteras; productos del tabaco, en la Directiva sobre publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco; o medicamentos, en la Directiva sobre publicidad de medicamentos de uso humano). E incluso en algunos casos se había hecho por medio de normas que establecieron una armonización de mínimos, como sucedió en relación con la publicidad engañosa. No puede extrañar, por ello, que la legislación de los Estados miembros contra la competencia desleal presentara notables diferencias, tanto en su orientación y sistema como en el tratamiento sustantivo de las prácticas. Diferencias que son ciertamente adecuadas para distorsionar la competencia en el mercado interior y obstaculizar su buen funcionamiento.

A este estado de cosas trata de poner fin la Directiva, cuyo ámbito de aplicación, no obstante, se limita a las prácticas comerciales realizadas por las empresas en sus relaciones con consumidores que perjudiquen directamente sus intereses económicos. En particular, la Directiva consta de un preámbulo (compuesto por veinticinco considerandos), veintiún artículos y dos anexos. Sus preceptos se agrupan en cuatro capítulos, dedicados a las disposiciones generales, a las prácticas comerciales desleales, a los códigos de conducta, y a los remedios y sanciones, así como a la modificación de ciertas directivas que versan sobre materia

* Del Departamento de Derecho de Comunicación, Salud y Derecho Industrial de Uría Menéndez (Madrid).

relacionada con la propia Directiva. En particular, la Directiva establece una prohibición general de las prácticas comerciales desleales (artículo 5 de la Directiva), llamada a operar como cláusula general en el ámbito armonizado y a sustituir a las vigentes en las legislaciones internas, desarrollada y concretada para las prácticas comerciales engañosas (artículos 6 y 7 de la Directiva) y las prácticas comerciales agresivas (artículos 8 y 9 de la Directiva).

En conjunto, la Directiva se separa del régimen vigente en nuestro ordenamiento interno en aspectos sistemáticos y formales así como también, en una menor medida aunque no por ello irrelevante, en aspectos sustantivos. Uno de estos aspectos es el que concierne al tratamiento de las prácticas comerciales engañosas, que actualmente establecen el artículo 7 de la Ley de Competencia Desleal, los artículos 4, 5 y 7 de la Ley General de Publicidad y el artículo 8 de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como de forma indirecta en algunas de las prohibiciones y limitaciones de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista sobre modalidades de promociones y ventas. A continuación se efectuará un primer análisis de las prohibiciones establecidas por la Directiva para las prácticas comerciales engañosas. Antes se examinará, de forma breve y sólo en la medida precisa para el objeto de este trabajo, algunas cuestiones generales, como son el ámbito de aplicación de la Directiva y sus principios generales.

2 · ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA

El ámbito o materia objeto de la armonización que establece la Directiva sobre Prácticas Comerciales Desleales son las prácticas comerciales realizadas por las empresas en sus relaciones con los consumidores (artículo 3.1 de la Directiva) que perjudiquen de forma directa sus intereses económicos (artículo 1 de la Directiva).

Las prácticas comerciales son actos, omisiones, conductas, manifestaciones y comunicaciones comerciales, incluidas la publicidad y la comercialización, directamente relacionados con la promoción, venta o suministro de productos (artículo 2 *d*) de la Directiva), esto es, de bienes o servicios, incluidos los bienes inmuebles y los derechos y obligaciones (artículo 2 *c*) de la Directiva). Las prácticas comerciales se han definido, por tanto, en términos objetivos y funcionales, en particular, mediante una relación de las actuaciones en que pueden consistir (actos, omisiones, conductas, manifestaciones y

comunicaciones comerciales, incluidas la publicidad y la comercialización) y su ulterior individualización por medio de la especificación de su efecto práctico o función (relación directa con la promoción, venta o suministro de productos). A estos efectos, por tanto, ninguna relevancia ha de atribuirse a la intención, finalidad o propósito práctico perseguido con la realización de aquellas actuaciones, y en especial a circunstancias tales como la obtención de un lucro.

Por otra parte, la Directiva es de aplicación a las prácticas comerciales realizadas por las «empresas» en sus relaciones con los consumidores (artículo 3.1 de la Directiva). Así, los destinatarios de la regulación son las empresas. A pesar de ello y de que también son los «sujetos» que realizan las prácticas comerciales que se definen en su artículo 2 *d*), su lugar entre las definiciones del artículo 2 de la Directiva ha sido ocupado por la noción de «comerciante», que aparece como sujeto activo de las prácticas comerciales en la definición de «prácticas comerciales de las empresas» y es objeto de una definición propia en el artículo 2 *b*) de la Directiva. En particular y a estos efectos, las empresas o comerciantes son personas físicas y jurídicas que realizan prácticas comerciales con un propósito relacionado con su actividad económica, negocio, oficio o profesión, así como las personas que, sin ejercitar por sí estas actividades o ejercitándolas en un ámbito distinto, realizan esas conductas en nombre o por cuenta de una empresa (art. 2 *d*) de la Directiva). En el otro polo de la relación establecida mediante una práctica comercial se han de encontrar consumidores. En particular, son consumidores las personas físicas que, en el contexto de una práctica comercial, actúan con un propósito no relacionado con una actividad económica, negocio, oficio o profesión (artículo 2 *a*) de la Directiva), que habrá de entenderse en el sentido de que no han de utilizar o de otro modo aplicar o aprovechar el producto al que se refiere la práctica en el marco de una actividad económica, negocio, oficio o profesión (propios o del sujeto en cuyo nombre o por cuya cuenta se actúa).

Finalmente, la armonización no se extiende a todas las prácticas comerciales realizadas en la relación entre empresas y consumidores, sino sólo a aquellas que perjudiquen o puedan perjudicar de forma directa los intereses económicos de los consumidores (artículo 1 *in fine* de la Directiva), que en este contexto son los relativos a la adopción de decisiones sobre transacciones económicas y, en particular, la autonomía y racionalidad de sus decisiones de

mercado (véase Cdos. (6) y (7) del Preámbulo y artículo 2 e) de la Directiva). En consecuencia, la protección de la salud y seguridad de los consumidores queda fuera del ámbito de finalidades de la Directiva y, de forma consecuente, escapan a él las prácticas comerciales de las empresas que puedan comprometer estos intereses (sin comprometer al tiempo directamente también sus intereses económicos).

3 · PRINCIPIOS GENERALES

La Directiva sobre las Prácticas Comerciales Desleales tiene su fundamento jurídico-formal y material en el artículo 95 del Tratado de la Comunidad Europea, por lo que es una medida para el establecimiento y funcionamiento del mercado interior, orientada a la eliminación de los obstáculos a las actividades transfronterizas relacionadas con el comercio de mercancías y servicios y con la libertad de establecimiento, así como a la eliminación de las distorsiones de la competencia que derivan de las diferencias entre las legislaciones de los Estados miembros en esta materia (vid. Cdos. (3) a (5) del Preámbulo de la Directiva). Sin perjuicio de lo anterior, la Directiva se halla decisivamente vinculada a la política de protección de los intereses de los consumidores. Y así se advierte, en particular, tanto en la definición de su ámbito objetivo de aplicación como en la misma orientación de su regulación y en la construcción sustantiva de sus prohibiciones. De la prioridad que ha merecido este planteamiento da buena cuenta el realce que se le ha concedido en su Preámbulo, que comienza declarando la existencia de una relación entre su contenido y los objetivos del artículo 153 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y, seguidamente, recoge abundantes referencias a la tutela de los intereses de los consumidores, significativamente en los pasajes que de una forma más directa explican la política-legislativa de la Directiva (cfr. Cdos. (5) a (8) y (11) del Preámbulo de la Directiva) y el sentido de sus disposiciones sustantivas (cfr. los Cdos. (13), (14), (16), (18) o (19) del Preámbulo de la Directiva). Y esta prioridad salta al plano dispositivo y queda consagrada en el primero de los preceptos de la Directiva, que incluye entre sus objetivos, y justamente al lado del buen funcionamiento del mercado interior, el establecimiento de un elevado nivel de protección de los consumidores, que se convierte, en consecuencia, en guía imprescindible para la interpretación de las prohibiciones previstas en la Directiva.

La vinculación de la acción legislativa comunitaria contra la competencia desleal a la protección de los intereses económicos de los consumidores implica la fragmentación subjetiva del régimen comunitario en la materia. En particular, en el Derecho comunitario se han construido dos bloques de legislación contra las prácticas comerciales desleales, definidos y organizados en función de los sujetos cuyos intereses resultan comprometidos por la práctica comercial: por una parte, un bloque relativo a las prácticas comerciales desleales realizadas por las empresas en sus relaciones con los consumidores y en perjuicio de sus intereses económicos, configurado por la Directiva y en el que asimismo se ubican otras normas relacionadas con su aplicación (como la Directiva relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores o el Reglamento relativo a la cooperación en materia de protección de los consumidores [véase artículo 16 de la Directiva]); y, por otra parte, el bloque que regula la represión de las prácticas comerciales desleales realizadas por las empresas en sus relaciones con los consumidores y en perjuicio sólo de los intereses de las empresas, así como en sus relaciones con otras empresas, que actualmente sólo consta de la Directiva 84/450/CEE

En el ámbito del primero de estos bloques, los intereses de las empresas sólo se consideran de forma mediata. En particular, se reconoce que pueden resultar afectados a resultas de la indebida influencia en el comportamiento económico de los consumidores (véase Cdo. (8) del Preámbulo de la Directiva). Pero ello no se traslada al tratamiento de las prácticas comerciales encuadradas en estas relaciones, esto es, a la construcción del reproche de deslealtad, sino sólo a la esfera de la defensa jurídica o, por ser más preciso, de la aplicación práctica y efectivo cumplimiento de las previsiones de la Directiva, mediante la atribución de legitimación activa a las empresas, en cuanto son legítimos interesados o bien competidores, para impetrar los medios de defensa que se reconozcan (artículo 11 II de la Directiva).

Ahora bien, la Directiva no agota el régimen de represión de la competencia desleal en las relaciones entre las empresas y los consumidores, sino sólo de aquellas que lesionan de forma directa los intereses económicos de estos últimos. Fuera de su ámbito quedan las prácticas comerciales de los empresarios en sus relaciones con los consumidores que perjudican sólo los intereses de otros empresarios. Así lo manifiesta de forma explícita el Considerando (6) del Preámbulo de la Directiva. Y así se con-

creta en la definición del ámbito de aplicación de la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa. En efecto, el carácter engañoso de la publicidad se sigue predicando de la que puede inducir a error a las personas a las se dirige o afecta (entre las que pueden contarse consumidores) si por ello puede perjudicar a un competidor (artículo 2.2 de la Directiva 84/450/CEE). Y, por su parte, la regulación de la publicidad comparativa no sólo sigue partiendo de que esta publicidad se dirige a los consumidores y sigue componiéndose en atención a las exigencias derivadas de los intereses de los consumidores (véase Cdo. (5) del Preámbulo de la Directiva 97/55/CE), sino que además, y como novedad, ahora se considera desleal también cuando sea engañosa en el sentido de la Directiva (artículo 3 bis.1 a) de la Directiva 84/450/CEE), lo que ciertamente presupone que esa publicidad se desarrolla en la relación entre empresas y consumidores.

Finalmente, la Directiva sobre las Prácticas Comerciales Desleales se ha configurado como directiva marco y como directiva de máximos. Es, en primer término, una norma de armonización general, que cede ante la regulación comunitaria específica de aspectos particulares de las prácticas comerciales desleales realizadas por las empresas en sus relaciones con los consumidores (véase Cdo. (10) del Preámbulo de la Directiva). Y, en segundo término, establece una armonización plena, por lo que los Estados miembros carecen de la posibilidad de disponer en sus legislaciones internas previsiones más estrictas de las previstas en ella (artículos 1 y 3.1 de la Directiva). Este principio general de armonización plena conoce, no obstante, una importante excepción de carácter transitorio: durante un período de seis años desde la fecha límite para su incorporación a Derecho interno, los Estados miembros podrán seguir aplicando normas internas que establezcan previsiones más restrictivas que las dispuestas en la Directiva (artículo 2.5 de la Directiva).

4 · LAS PRÁCTICAS COMERCIALES ENGAÑOSAS POR ACCIÓN

La Directiva trata como supuestos de prácticas comerciales engañosas no sólo las que pueden considerarse supuestos de engaño en sentido estricto, esto es, las prácticas que inducen a error sobre extremos relevantes para la toma de decisiones de mercado (artículo 6.1 de la Directiva), sino también ciertos supuestos de confusión (art. 6.2 a) de la

Directiva) y la publicidad comparativa (artículo 6.2 a) de la Directiva).

4.1 · Las prácticas comerciales engañosas en sentido estricto

Las prácticas comerciales engañosas en sentido estricto son aquellas que consisten en la difusión de información falsa y de información que induzca o pueda inducir a error al consumidor sobre ciertos extremos y que, por ello, pueden llevarle a tomar una decisión de mercado que de otro modo no hubiera tomado.

Información falsa e información adecuada para inducir a error

Desde un punto de vista objetivo, las prácticas comerciales engañosas consisten bien en la difusión de información falsa, o en la difusión de información que, pese a no ser falsa, es adecuada para inducir a error a sus destinatarios.

La información falsa es aquella que no se corresponde con la realidad de las cosas y, por ello, es inveraz. El empleo de información falsa en una práctica comercial es indebido en todo caso, sin necesidad de acreditar que puede inducir a error a los consumidores. Ahora bien, la comunicación de información falsa sólo será engañosa y, por ello, desleal si recae sobre uno de los extremos considerados relevantes por la propia Directiva y además puede influir efectivamente en la conducta de mercado de los consumidores.

Por su parte, la información adecuada para inducir a error es aquella otra que es exacta u objetivamente correcta (esto es, que se corresponde efectivamente con la realidad de las cosas) y, ello no obstante, puede transmitir una incorrecta representación de la realidad o generar infundadas expectativas. Así las cosas, lo relevante no es la veracidad de la información que se comunique a los consumidores en sí misma considerada, sino la exactitud de la creencia que inculca en sus destinatarios o, si se prefiere, la efectiva correspondencia de las expectativas que despierta en sus destinatarios con la realidad de las cosas (STJCE 13-I-2000, asunto C-220/98). En la determinación de las expectativas de los consumidores habrá de estarse, por una parte, al conjunto de circunstancias internas y externas a la información, incluida su presentación (como se encarga de recordar la propia Directiva) y a su difusión y, por otra parte, al consumidor que en cada caso sea relevante en función de los afectados o destinatarios de

la práctica enjuiciada, que de conformidad con las reglas del artículo 5 de la Directiva al respecto, y según proceda, será el consumidor medio, el miembro medio del grupo de consumidores al que específicamente se dirige o el miembro medio de aquel grupo de consumidores especialmente vulnerables claramente identificables y cuyo comportamiento económico pudiera ser distorsionado en un sentido que la empresa pudiera razonablemente haber previsto.

Extremos sobre los que debe versar la información falsa o adecuada para inducir a error

La Directiva precisa además los extremos sobre los que debe recaer la falsedad o el error determinante del engaño desleal por medio del listado que se recoge en las letras *a)* a *g)* de su artículo 6.1. Esta relación expresa los aspectos sobre los que la falsedad de la información o el error al que puede inducir una práctica comercial puede tener trascendencia efectiva en la determinación del comportamiento económico de los consumidores, esto es, puede ser suficiente para mover a los consumidores a tomar decisiones de mercado que de otro modo no habrían tomado.

En particular, son los extremos que se recogieron en el catálogo de circunstancias a las que, según el artículo 3.3 de la Directiva 84/450/CEE, debía principalmente atenderse para establecer si una publicidad era engañosa (como son las características principales de los productos y servicios, el precio y condiciones de suministro, la naturaleza, las características y los derechos del anunciante), que en algunos casos se han precisado hasta extremos de detalle mínimo (como han hecho las relaciones abiertas que acompañan a la referencia a las características principales de productos y servicios y a la referencia a la naturaleza, características y derechos del anunciante). A estos extremos se han sumado la existencia o naturaleza del producto, el alcance de los compromisos del anunciante, la necesidad de un servicio o de una pieza, sustitución o reparación, y los derechos del consumidor, que no fueron mencionados en la Directiva 84/450/CEE.

La relación de extremos sobre los que la falsedad o error es relevante a estos efectos es exhaustiva. Esta aproximación (que se aparta de la solución de los artículos 2.2 y 3 de la Directiva 84/450/CEE) no es acertada: por generales que sean los términos empleados para definir los elementos que componen esta lista y por plausibles que sean los

objetivos de armonizar la legislación de los Estados miembros tan plenamente como sea posible, no parece dudoso que el carácter cerrado de la relación de extremos sobre los que puede recaer la falsedad o el error desleal no es lo más favorable para la intensa protección de los intereses de los consumidores a que se aspira (ni para preservar la transparencia en el mercado, ni por ello para la competencia por eficiencia). Además, es un intento vano. En efecto, no puede negarse la posibilidad de acudir a la prohibición general para llenar los vacíos que hubiera podido dejar el listado: la omisión de un extremo en el artículo 6.1 de la Directiva no puede ser equiparada a una liberalización de la difusión de información falsa o adecuada para inducir a error sobre ese extremo silenciado, sino una mera servidumbre de la armonización comunitaria que no ha de resultar en la necesidad de tolerar prácticas que falsean o inducen a error sobre extremos que, aun silenciados, son adecuados para distorsionar la conducta de los consumidores en el mercado. Ante la imposibilidad de aplicar el artículo 6 de la Directiva en este caso, podrá acudirse a la prohibición general del artículo 5.

Influencia en la toma de decisiones de los consumidores

Finalmente, la práctica comercial que difunde información falsa o adecuada para inducir a error sobre cualquiera de los extremos anteriores sólo será desleal si, en atención a las circunstancias del caso y al consumidor relevante, es apropiada para moverle a adoptar una decisión sobre una transacción (esto es, sobre la contratación de bienes o servicios, conservación de bienes o servicios o ejercicio de derechos contractuales: artículo 2 *k)* de la Directiva) que de otro modo no hubiera adoptado.

Esta exigencia parece dejar fuera del ámbito del engaño desleal, al menos en una lectura literal, la difusión de información falsa o adecuada para inducir a error que afecte a la formación de preferencias o a la decisión de tomar contacto con un oferente, si es que, mediante información ulteriormente transmitida, puede superarse la falsa expectativa despertada antes de la contratación, de modo que el error no haya influido finalmente en la decisión de realizar la transacción. Esta conclusión, sin embargo, se basaría en una separación artificial del proceso de definición del comportamiento económico de los consumidores y, además, comprometería el objetivo de elevada tutela del consumidor a los que aspira la

Directiva y el carácter de ilícito de peligro que encierra la prohibición general. Y, en todo caso, no impediría que las empresas afectadas por esas prácticas, en la medida en que inducen a error a las personas a las que se dirige o afecta y perjudican los propios intereses de las empresas, puedan combatir las por ser publicidad engañosa en el sentido del artículo 2.2 de la Directiva 84/450/CEE, (véase. Cdo. (6) de la Directiva).

La introducción de este elemento en el reproche del engaño desleal, con todo, no carece de algún mérito. En efecto, de esta forma se asegura, en línea con la propia prohibición general, que el ámbito de la ilicitud se contrae a las prácticas que, por su naturaleza, objeto, contenido y circunstancias de realización y difusión, resultan adecuadas para influir negativamente en las elecciones de los consumidores, esto es, que pueden ser, razonablemente, tenidas en cuenta por los consumidores al decidir su comportamiento económico (en línea por lo tanto con la valoración que esta práctica ha merecido en la experiencia española: SAP Barcelona 25 de abril de 1996 y, en *obiter dictum* SAP Madrid 26 de octubre de 2004). Y ello, sin duda, y unido al amparo que se presta a la exageración publicitaria y a la utilización de expresiones de las que no se pretenda una interpretación literal (artículo 5.3 *in fine* de la Directiva), redundará en beneficio de la creatividad e innovación en el ámbito de las prácticas comerciales y, en especial, de las comunicaciones comerciales y, en este sentido, favorece la intensidad de la competencia en la captación de la atención y favor de los consumidores.

4.2 · Las prácticas comerciales engañosas por inducción a confusión

Las prácticas comerciales engañosas por acción comprenden asimismo las que «creen confusión». En particular, el artículo 6.2 *a*) de la Directiva incorporan de facto al engaño desleal conductas que generalmente se han considerado constitutivas de un grupo de actos de competencia desleal diferenciado, como son los actos de confusión (cfr. artículo 6 LCD y artículo 6 *b*) LGP), en línea por lo demás con lo que sugería ya el listado de extremos sobre los que podía recaer un engaño desleal por acción (artículo 6.1 *b*) y *f*) de la Directiva).

La conducta engañosa por crear confusión se define como «práctica comercial [...] que suponga cualquier operación de comercialización». Esta delimitación del supuesto de hecho no implica una restricción del concepto de práctica comercial y, en particular, no

limita el engaño desleal por confusión al que resulta de las prácticas consistentes en operaciones de comercialización como especie del género «prácticas comerciales», con exclusión de otras especies de práctica comercial (véase artículo 2 *d*) de la Directiva). Así se desprende con claridad de la expresa inclusión de la publicidad comparativa entre las operaciones de comercialización que pueden ser engañosas por crear confusión: como «operación de comercialización», la publicidad comparativa carece, bajo este aspecto, de particularidades que la diferencien de otras modalidades de publicidad o, en general, de comunicación comercial y, por tanto, de cualquier otra modalidad de práctica comercial. Ahora bien, la referencia a «comercialización» tiene, en este contexto, la virtud de despejar cualquier duda acerca de que aquellas conductas que más directamente forman parte del proceso de venta (como el ofrecimiento directo y la exposición para venta o contratación de productos y servicios a través del canal de distribución) se hallan entre las prácticas comerciales que pueden crear confusión y, por ello, ser engañosas.

En segundo término, la confusión a la que se refiere la Directiva es precisamente la confusión acerca del origen o procedencia empresarial de los productos o servicios. Así resulta de la mención de las marcas y otros signos distintivos de los competidores para precisar el extremo sobre el que recae o puede recaer el error, como por demás anticipa la inclusión del «origen comercial» de los productos entre las características principales de los productos sobre las que puede versar la falsedad o el error determinante del carácter engañoso de una práctica comercial (cfr. art. 6.1 *b*) de la Directiva). Desde esta perspectiva, la confusión constitutiva de práctica comercial engañosa coincide con la confusión que constituye un caso de competencia desleal (y, más en particular, con el sentido que nuestros tribunales atribuyen al acto de confusión del artículo 6 de la Ley de Competencia Desleal: por todas cfr. SSAP Valencia 22 de marzo de 2000, Alicante 24 de julio de 2000, Barcelona 24 de abril de 2001, Murcia 20 marzo de 2002, Barcelona 11 de junio de 2003, Barcelona 17 de septiembre de 2003, Barcelona 20 de octubre de 2003, Barcelona 3 de marzo de 2005) y, aún más, con el peso principal asignado a la protección de los intereses de los consumidores en la explicación del fundamento al que responde la deslealtad del acto de confusión (cfr., entre otras, SSAP Barcelona 10 de marzo de 2000, Barcelona 28 de abril de 2000, Barcelona 30 de diciembre de 2000, Barcelona 11 de junio de 2003,

Barcelona 17 de septiembre de 2003, Barcelona 6 de mayo de 2004).

Por otra parte, no ha de pasar inadvertida la amplitud de los casos de confusión que pueden constituir un engaño desleal por acción según el artículo 6.2 a) de la Directiva. Por medio de la mención de las marcas registradas y, quizá en menor medida, de los nombres comerciales se han traído al ámbito de las prácticas comerciales desleales actos que constituyen infracciones de los derechos subjetivos que conceden a sus titulares las marcas y los nombres comerciales. De otro lado, por medio de la mención de las «otras marcas distintivas», se ha traído igualmente el ámbito de las prácticas comerciales desleales la protección de los signos distintivos no registrados, como son las marcas y nombres comerciales no registrados, los rótulos, la presentación comercial de los productos, los títulos, las creaciones publicitarias, etc. Ello no constituye, sin embargo, una incursión de la Directiva en el régimen de la protección jurídica de los signos distintivos, como por lo demás resulta de la declaración de respecto a los sistemas de protección jurídica de la propiedad intelectual del Considerando (9) del Preámbulo de la Directiva. En particular, no afecta a las relaciones entre la represión de la competencia desleal y la protección jurídica de la propiedad intelectual y, en particular, no impone un vuelco en la relación de complementariedad relativa entre los sistemas de protección jurídica de marcas y de represión de la competencia desleal, según la cual corresponde a la Ley de Marcas una aplicación preferente en los conflictos surgidos con signos registrados o simplemente usados pero protegidos por el sistema de marcas y a la legislación de competencia desleal una aplicación residual en los casos en los que la utilización del signo distintivo escapa del ámbito del *ius prohibendi* concedido, en que el sistema de marcas no procura todos los remedios adecuados o en que el perjudicado por la utilización indebida del signo distintivo carece de legitimación para el ejercicio de las acciones que otorga el sistema de marcas. En efecto y desde la perspectiva de los intereses protegidos por la Directiva, la inclusión de la confusión entre las prácticas comerciales engañosas con expresa referencia a signos registrados y no registrados no integra la protección jurídica que el sistema de marcas ofrece al titular de los signos distintivos, sino que establece un medio de protección de los terceros no titulares de los signos distintivos cuyos intereses, como sucede justamente en el caso de los consumidores, se encuentran expuestos al riesgo del error que se siga de la indebida utilización de

signos ajenos y, sin embargo, no encuentran amparo en el sistema de marcas. En suma, y entre otros aspectos, el artículo 6.2 a) de la Directiva permite a los consumidores oponerse al uso de una marca u otro signo distintivo cuando de ello resulta un riesgo de confusión y, así, salva los límites estructurales que derivan de la construcción de su protección jurídica por medio de la atribución de derechos subjetivos y, en el plano operativo, la falta de legitimación activa para la interposición de la acción por violación.

Asimismo, por medio de la expresa mención de los productos, el engaño por confusión también ha absorbido ciertos supuestos de imitación (como lo confirma la inclusión de un caso de imitación en el apartado 13) del Anexo I, entre las prácticas comerciales engañosas *per se*) y, en particular, aquellos en los que el error acerca de la procedencia empresarial de los productos resulte de ellos en sí mismos, esto es, de su propia configuración. Ahora bien, el artículo 6.2 a) de la Directiva no entraña en ningún caso un reproche de deslealtad *per se* contra la imitación, que la propia Directiva descarta precisamente en atención a su efectiva contribución al incremento de la competencia (ampliación de la oferta y de las posibilidades de elección de los consumidores) en el mercado (véase Cdo. (14) del Preámbulo de la Directiva, con cuyo planteamiento se alinea plenamente el tratamiento de la imitación en el artículo 11 de la Ley de Competencia Desleal y su entendimiento por nuestros tribunales: por todas, véase SSTs 13 de mayo de 2002, 17 de mayo de 2004, y SSAP Girona 19 de diciembre de 2000, Valencia 21 de mayo de 2003, Murcia 23 de diciembre de 2003, Ciudad Real 12 de enero de 2004, Barcelona 4 de mayo de 2005, Barcelona 20 de mayo de 2005). Y aún más y como obliga a concluir la exigencia de atender a las circunstancias del caso, tampoco se prevé la deslealtad de la imitación por el solo hecho de que la identidad o similitud entre el original y la imitación pueda resultar en un riesgo de confusión con independencia de las condiciones en que se presenta la imitación en el mercado (en línea, por lo tanto, con el enjuiciamiento que ha merecido este supuesto en el artículo 11.2 de la Ley de Competencia Desleal y en la doctrina de nuestros tribunales sobre este particular: cfr. STS 17 de octubre de 2002, y SSAP Murcia 24 de septiembre de 2001, Toledo 1 de marzo de 2002, Murcia 30 de enero de 2003, Las Palmas 29 de abril de 2005).

Finalmente, la relación de los casos de engaño por confusión, por más amplios que sean los elementos a los que se refiere (productos, marcas y nombres

comerciales registrados, signos distintivos no registrados), suscita ciertas dudas acerca del alcance que en este contexto tiene la confusión y, en particular, si comprende todas las modalidades de riesgo de confusión que de forma habitual se han considerado desleales y, en este sentido, si comprende el riesgo de asociación (cuya inclusión en el ámbito de la confusión desleal proclama expresamente el artículo 6 de la Ley de Competencia Desleal y ha sido reconocido por los tribunales: cfr. SSAP Navarra 20 septiembre de 2000, Valencia 29 de enero de 2003, Valencia 28 de febrero de 2003 Vizcaya 14 de mayo de 2003, Barcelona 11 de junio de 2003, Barcelona 3 de marzo de 2005). Con todo, una posible limitación del alcance del riesgo de confusión del artículo 6.2 a) de la Directiva al riesgo de confusión en sentido estricto inmediato no ha de impedir, una vez que se ha establecido que la confusión es una de las modalidades posibles del engaño, que los casos de confusión no comprendidos en ese precepto se consideren supuestos de inducción a error sobre el origen comercial de los bienes o servicios del artículo 6.1 b) de la Directiva (que claramente comprende el riesgo de confusión en sentido estricto mediato), o sobre la afiliación y conexiones del comerciante del artículo 6.1 f) de la Directiva (que comprende el riesgo de confusión en sentido amplio). Como tampoco ha de impedir que, si no prosperara la tesis de que las prácticas comerciales que originan un riesgo de asociación son prácticas comerciales engañosas o contrarias a la prohibición general, la publicidad que lo entrañe, sobre la base de que induce a error y de que por ello puede ocasionar un perjuicio a otras empresas, sea considerada, y reprimida, como modalidad de publicidad engañosa al amparo de la Directiva 84/450/CEE o, en general, de las normas internas contra las prácticas comerciales desleales perjudiciales sólo para los intereses de los competidores.

4.3 · La publicidad comparativa

La publicidad comparativa no ha merecido una explícita consideración como modalidad de práctica comercial desleal en la Directiva. Ello no obstante, se ha mencionado entre las operaciones comerciales que pueden ser engañosas por inducir a confusión (artículo 6.2 a) de la Directiva). Como demuestran los términos en que se han definido los casos de publicidad comparativa desleal y la atribución de medios para combatirla en los artículos 3 bis y 4.1 de la Directiva 84/450/CEE, no parece dudoso que la publicidad comparativa está plenamente sometida a la Directiva en cuanto pueda perjudicar

de forma directa los intereses económicos de los consumidores. En efecto, la publicidad comparativa ha quedado implícita, pero plenamente encuadrada entre las prácticas comerciales potencialmente engañosas en un sentido estricto (no en vano, la nueva letra a) del artículo 3 bis de la Directiva 84/450/CEE ha añadido el engaño, precisamente según resulte de las disposiciones de la Directiva, a los casos de publicidad comparativa desleal que enumera) y, además, como supuesto de práctica comercial engañosa por inducir a confusión (del modo en que se indica en el artículo 6.2 a) de la Directiva y se recoge en la nueva letra h) del artículo 3 bis de la Directiva 84/450/CEE).

Tal vez el juicio que, desde un punto de vista de política legislativa y sistemático, merece este planteamiento no deba ser tan crítico como a primera vista pudiera parecer o, por mejor decir, no es acreedor de una crítica específica y más severa de la que con carácter general merece la fragmentación subjetiva del entero sistema de represión de la competencia desleal que aporta la Directiva. En este sentido, debe reconocerse cierta coherencia en el planteamiento, esto es, en la ubicación del tratamiento de la publicidad comparativa en el ámbito del engaño desleal sin necesidad de haber dedicado una norma específica al efecto. En primer término, la Directiva sólo contempla casos de deslealtad frente a los consumidores, esto es, directamente lesivos para los intereses económicos de los consumidores y, en segundo término, el tratamiento de la publicidad comparativa en la Directiva 84/450/CEE y, más en particular, el reconocimiento de licitud del que parte su regulación se funda, precisamente, en que se trata de una práctica publicitaria que favorece los intereses de los consumidores (STPICE 28 de marzo de 2001, asunto T-144/99 y Cdo. (5) de la Directiva 97/55/CE). Ello, en su conjunto, expresa el acertado entendimiento de que, desde la óptica de la protección de los intereses de los consumidores ante la competencia desleal, la publicidad comparativa no ha de recibir un tratamiento singular, sino que debe someterse al juicio general de deslealtad y, más en particular, de que los riesgos que de común puede entrañar para los consumidores derivan de la falsedad o aptitud para inducir a error de las afirmaciones realizadas y, por tanto, de la inculcación de creencias y expectativas infundadas. Y a estas razones de fondo se suma, ahora en un plano operativo, la necesidad de salvar los efectos de la limitación de la legitimación activa para combatir la publicidad comparativa desleal a

empresas y competidores que, no obstante la referencia a los interesados legítimos de su inciso segundo, sugiere la nueva redacción del inciso primero del artículo 4.1 de la Directiva 84/450/CEE: la inclusión de la publicidad comparativa en el ámbito de la Directiva era en efecto precisa para asegurar a los consumidores acción contra las empresas que, mediante esta práctica, distorsionaran su comportamiento económico de forma sustancial e indebida.

4.4 · El incumplimiento de códigos de conducta

El incumplimiento de los compromisos adquiridos por los comerciantes en virtud de códigos de conducta (como son los códigos de autorregulación publicitaria) se ha configurado asimismo como una práctica comercial engañosa en los casos en los que se haya asumido la obligación de respetarlos en firme y de manera verificable, y no se haya manifestado simplemente el objetivo o aspiración de adherirse a ellos o de cumplir sus normas, y además se haya expresado tal vinculación en una práctica comercial (artículo 6.2 *b*) de la Directiva). En este caso, el engaño desleal es el incumplimiento del código en sí mismo. De tal suerte, los compromisos relevantes a estos efectos no son sólo los de ajustar las prácticas comerciales a las previsiones de los códigos de conducta, sino también los relacionados con el sometimiento a los procedimientos de resolución de disputas de estos sistemas así como con el acatamiento y cumplimiento de las decisiones que adopten los organismos encargados de su aplicación.

4.5 · Las prácticas comerciales engañosas *per se*

La determinación de las distintas modalidades de prácticas comerciales engañosas se ha completado con una lista negra, esto es, con una relación de prácticas comerciales que se consideran engañosas «en cualquier circunstancia» en el Anexo I de la Directiva, que los Estados miembros deben asumir y no pueden modificar (artículo 5.5 de la Directiva).

En particular el reproche de deslealtad deberá formularse en relación con estas prácticas sin necesidad de comprobar si concurren los elementos con los que se define el engaño desleal en el artículo 6 de la Directiva y, muy en particular, sin evaluar la posibilidad de que la práctica pueda distorsionar efectivamente la toma de decisiones de mercado de los consumidores relevantes. Con todo, en buena parte de los casos de la lista negra no puede decirse

que se haya logrado el objetivo condicionar el reproche de deslealtad a la sola comprobación de ciertos extremos de hecho y conseguir, por ello, la aplicación poco menos que automática de las normas internas en la materia. En efecto, en la medida en que el enunciado de las prácticas del Anexo I de la Directiva contiene extremos cuya apreciación requiere realizar en todo caso juicios valorativos, como son «motivos razonables», «intención de promocionar», «crear por otro medio la impresión», «de manera deliberada», etc. De hecho, algunos de estos juicios son muy próximos a los que se requieren para comprobar la efectiva posibilidad de influencia en la conducta de los consumidores, como es la determinación de la finalidad de «inducir al consumidor a tomar una decisión inmediata, privándole de la oportunidad o el tiempo suficiente para hacer su elección con el debido conocimiento de causa» o de «inducir al consumidor a adquirirlo (el producto) en condiciones menos favorables», etc.

Entre las prácticas comerciales consideradas engañosas *per se* por la Directiva tal vez merezca la pena destacar —por su novedad, por su trascendencia social y concurrencial, por su habitualidad o por consideraciones de orden sistemático— las ofertas vacías y ofertas señuelo (igualmente consideradas engañosas en nuestra práctica: véase SSAP Alicante, Madrid 17 de octubre de 2002, y RJAAP (Sección 3ª) 26 de febrero de 2001 «Spanair, S. A.», (Sección 4ª) 23 de julio de 2001 «Línea Directa Aseguradora, S. A.»), alguna modalidad de publicidad encubierta (también considerada engañosa entre nosotros: véase RRJAAP 26 de junio de 1998 «Fujitsu», (Secc. 2ª) 29 de julio de 2003 «Marina D'Or-Loger, S. A.»), algunas modalidades de imitación de productos (véase artículo. 11.2 LCD), algunas configuraciones de los programas de venta en pirámide (véase artículo 23 LOCM), algunas de las circunstancias por las que se ha establecido el control administrativo de las liquidaciones (vid. arts. 30 y 31 LOCM), como es la falsa afirmación de terminación o traslado de la actividad, la alegación de que la adquisición del producto promocionado puede facilitar la obtención de premios en juegos de azar, o algunas modalidades de los llamados *sweepstakes* (apartados 5), 6), 11), 13), 14), 15), 16), 19), 20) y 22) del Anexo I de la Directiva).

Otras prácticas comerciales incluidas en esta relación son supuestos clásicos de engaño, en relación con los que la aplicación de la prohibición del engaño no entraña problema, como la exhibición infundada de un sello de confianza o calidad o distintivo

equivalente (vid. RJP (Secc. 5ª) 12-II-2003 «Academia Arenal»), la falsa afirmación de una limitación del tiempo de duración o existencias disponibles de una oferta, la falsa afirmación de la legalidad de la venta de un producto, la alegación de que los derechos legalmente reconocidos son una característica de la propia oferta (vid. RJP (Secc. 5ª) 13-V-2003 «Comercial de Publicidad Publipunto, S. L.»), la advertencia de falsos riesgos para el caso de que no se adquiera el producto promocionado, la falsa afirmación de que un producto o servicio tiene propiedades terapéuticas, la alegación de una inexistente escasez del producto, el ofrecimiento de premios que no se conceden (vid. RJP (Pleno) 29-VII-2003 «Leche Celta, S. L.»), el envío de documentos comerciales que generen la falsa impresión de haber contratado un producto o servicio (apartados 2), 7), 9), 10), 12), 15), 17), 18) y 21) del Anexo I de la Directiva).

Y otras, en fin, son supuestos considerablemente menos relevantes, incluso anecdóticos (como demuestra la falta de precedentes conocidos en nuestra práctica), como sucede con la falsa afirmación de ser signatario de un código de conducta, la falsa afirmación de que un código de conducta ha recibido un refrendo público o de otro tipo, la falta de advertencia acerca del idioma diferente en el que se prestará el servicio postventa cuya disponibilidad se ofreció en otro idioma o la falsa indicación de que el servicio postventa está disponible en un Estado distinto de aquel en el que se ha contratado el producto o servicio (apartados 1), 3), 8) y 23) del Anexo I de la Directiva).

Finalmente, no estará de más advertir que en esta lista no se definen en ningún caso las únicas circunstancias en que el supuesto de hecho enunciado puede ser considerado desleal. Dicho en otros términos, sería incorrecto concluir que las prácticas comerciales incluidas en la lista negra sólo constituyen competencia desleal en los casos en los que concurren precisamente las circunstancias allí indicadas, y no cuando en ellas concurren otras circunstancias de hecho (esto es, concluir que el Anexo I actúa como disposición liberalizadora en un sentido negativo). En esos otros casos, ciertamente, no podrá declararse automáticamente la deslealtad de la práctica en cuestión, pero podrá y deberá enjuiciarse a la luz de las prohibiciones relativas a prácticas comerciales engañosas (o de las prácticas comerciales agresivas) y, si concurren las condiciones requeridas para ello con carácter general, declarar su deslealtad.

5 · LAS PRÁCTICAS COMERCIALES ENGAÑOSAS POR OMISIÓN

Como práctica comercial desleal, la omisión engañosa se ha configurado por referencia a la información sustancial que no se proporciona al consumidor respecto del bien o servicio que se promociona, vende o suministra y cuya falta le lleva a tomar una decisión sobre una transacción (esto es, una compra y la manera y condiciones de efectuarla, la conservación de un producto o el ejercicio de un derecho) sin pleno conocimiento de causa (artículos 7.1 y 2 de la Directiva).

5.1 · Omisión, ocultación y oscurecimiento de información

La omisión engañosa comprende no sólo la falta total de información sustancial (artículo 7.1 de la Directiva), sino también la ocultación de esa información y, en particular, su comunicación de forma que no pueda ser percibida por el consumidor, su ofrecimiento de forma poco clara, ininteligible, ambigua o en un momento que no sea adecuado (artículo 7.2 de la Directiva). Por tanto, son prácticas comerciales engañosas por omisión las prácticas en las que se proporciona la información sustancial requerida pero de forma que puede no ser tomada en consideración por los consumidores en el trance de decidir su comportamiento económico. De este modo, la omisión engañosa comprende el silenciamiento de la información sustancial así como su ofrecimiento de forma que los consumidores no puedan percibirla. Igualmente se incluye entre las prácticas comerciales engañosas por omisión la publicidad encubierta y publicidad subliminal, que en la Directiva se presenta como aquella que no da a conocer su propósito comercial (artículo 7.2 de la Directiva)

En particular, esta modalidad de práctica comercial engañosa se ha definido sobre la sola base de la omisión (en el sentido amplio indicado) de información sustancial para tomar decisiones sobre transacciones, sin exigirse en cambio que la omisión pueda inculcar infundadas expectativas en los consumidores y sin exigirse tampoco una relación causa-efecto entre esas falsas expectativas y el comportamiento económico de los consumidores. Dicho en otros términos, la prohibición de las prácticas comerciales engañosas por omisión es ajena a la inducción a error sobre extremos relevantes para las decisiones de mercado de los consumidores. No parece, en efecto, que la sola referencia a la adopción de decisiones con pleno conocimiento de cau-

sa sirva para introducir en este contexto una exigencia de inducción a error. Y ello, toda vez que no sólo no es ésta la función que estructuralmente le corresponde (pues es extremo que versa sobre los efectos que determinan el reproche de deslealtad, y no sobre el juicio de disvalor de la conducta), sino que además es perfectamente posible, y de hecho así sucederá de común, que la falta de conocimiento de causa se deba a la misma ignorancia de datos relevantes relativos a las características, propiedades, utilidades u otros extremos de los productos sobre los que, precisamente debido a la omisión, no se tuvo ninguna expectativa. Bien miradas las cosas, por tanto, la deslealtad de las prácticas comerciales engañosas por omisión no se funda tanto en el riesgo de que los consumidores adopten una decisión a partir de un entendimiento incorrecto de la realidad, cuanto directamente en la posibilidad de que la adopten a partir de la limitada información sustancial comunicada, aunque no haya podido inducir a error sobre el extremo omitido.

Siendo ello así, las cosas, la prohibición del artículo 7 de la Directiva impone a las empresas el deber de procurar en sus prácticas comerciales la información necesaria para que los consumidores estén en condiciones de adoptar decisiones de mercado racionales (cfr. apartado (64) de la Propuesta de Directiva), y no, en cambio, el deber de poner en el mercado una información tan completa como fuere preciso para evitar el riesgo de que los consumidores se formen una falsa representación de la realidad. Ahora bien, este deber de información sólo exige formalización o verbalización de la información en los casos en que no resulte del contexto (cfr. artículos 7.2 y 4 de la Directiva).

Ciertamente, no puede decirse que esta aproximación a la omisión de información en las prácticas comerciales sea desconocida en la legislación interna. No obstante, al menos en el caso español, se había producido en el seno de las normas sobre protección de consumidores y usuarios (artículo 8.1 LCU), y no en el ámbito de la represión de la competencia desleal (cfr. artículo 4 LGP y artículo 7 LCD). Pero tampoco pueden obviarse los riesgos que entraña este planteamiento. En particular, se impone a los empresarios una carga que puede resultar excesiva —y que hasta la fecha se había rechazado—, como es la de dotar a sus comunicaciones comerciales de una amplitud y objetividad exquisita, que puede resultar en detrimento del carácter persuasivo y sugestivo que le es consustancial (y que, por supuesto, se corresponde, tal vez con la excepción de los consumidores espe-

cialmente vulnerables, con las expectativas razonables de los consumidores que se enfrentan con prácticas comerciales), sólo limitada por el contenido con que se ha definido la información sustancial y por la clase de comunicación mediante la que se transmita la información, como se verá a continuación.

5.2 · Información sustancial

Sólo la omisión (en sentido amplio) de información sustancial determina que la práctica comercial constituya una práctica comercial engañosa. A estos efectos, la información sustancial es aquella que los consumidores necesitan para tomar una decisión sobre una transacción con el debido conocimiento de causa. Con carácter general no comprende, por tanto, cualquier extremo que pueda influir en la toma de esta clase de decisiones, sino sólo «datos básicos» (apartado (64) de la Propuesta de Directiva), esto es, datos que objetiva y típicamente el consumidor relevante toma en cuenta para decidir en el caso considerado (del modo en que se ha venido estimando en nuestra práctica: véase RRJP (Sección 3ª) 17 de octubre de 2001 «Renault España Comercial, S. A.», (Pleno) 26 de marzo de 2003 «Abbott Laboratories, S. A.»). La determinación de la información que tiene el carácter de sustancial en este contexto, como es obvio, debe realizarse caso por caso, en atención a las circunstancias de los productos a los que se refiera la práctica, el medio o espacio de realización o difusión de la práctica y las condiciones de los consumidores que resulten afectados por ella o a los que se dirija.

La Directiva, con todo, ha ido más lejos en este punto y no se ha limitado a dejar la determinación de qué debe ser información sustancial al análisis del supuesto de hecho de que se trate.

En particular, ha señalado que, en todo caso, es información sustancial la que debe proporcionarse a los consumidores con arreglo a lo dispuesto en las Directivas comunitarias relacionadas en el Anexo II de la Directiva, como son las relativas a la contratación de viajes combinados, vacaciones combinadas y circuitos combinados, a la contratación de derechos de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido, a la indicación de los precios, a la información sobre medicamentos, a la contratación electrónica, a la contratación de créditos al consumo, a la contratación de seguros y a la información de los prospectos de oferta pública o admisión a cotización de valores.

Y, además y para las prácticas comerciales que contengan una invitación a comprar (esto es, que indiquen las características del producto y su precio de forma que permitan al consumidor tomar la decisión de compra: artículo 2 i) de la Directiva), ha señalado que es información sustancial la que versa sobre los extremos del artículo 7.4 de la Directiva. Son éstos extremos que claramente superan en amplitud y detalle los mencionados en el artículo 8.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y que, en particular, comprenden las características principales del producto, la dirección e identidad del comerciante, el precio, impuestos incluidos, o forma de determinación del precio así como gastos o, si no es posible su cálculo, la indicación de que pueden existir gastos adicionales, las condiciones de pago, entrega y prestación, el sistema de tratamiento de reclamaciones (cuando no se corresponda con exigencias de diligencia profesional), y la existencia de un derecho de revocación o cancelación en los supuestos en que sea de aplicación en atención a la naturaleza del producto o de la transacción. No será preciso incluir las informaciones relativas a estos extremos en los casos en que se desprenda del contexto, lo que exige considerar tanto el conocimiento y la experiencia que los consumidores tienen como los datos que pueden inferirse de forma directa del propio producto o servicio, oferente, canal de comercialización o modalidades de contratación. Desde el punto de vista contrario, y como consecuencia del principio de armonización plena que preside la Directiva, no podrá considerarse información sustancial a estos efectos aquella que, al amparo de cláusulas de mínimos y en materia contractual, se haya añadido en las normas internas de transposición de las Directivas a las que se refiere el Anexo II (vid. Cdo. (15) del Preámbulo de la Directiva). Ello no obstante, los Estados miembros podrán completar la lista de extremos que según el artículo 7.4 constituyen información sustancial a estos efectos mediante la especificación de las características de ciertos productos, mencionándose en particular, pero sin carácter exhaustivo, los objetos de una colección y los materiales eléctricos (véase Cdo. (14) del Preámbulo de la Directiva).

Los datos que constituyen información sustancial en el caso de que la práctica contenga una invitación de compra, y los términos en que ella misma ha sido definida, indican que esa invitación se produce cuando, atendidas las circunstancias del caso y en especial las condiciones del consumidor rele-

vante, pueda esperarse que la decisión de mercado se tome sin recabar más datos, sobre la sola base de la información comunicada. De ahí resulta, a mi modo de ver, que la información sobre extremos relacionados en el artículo 7.2 de la Directiva no será exigible en la publicidad que no contenga una invitación de compra, y en especial no lo será, por ejemplo, en la publicidad de marca o de recuerdo (cfr. apartado (64) de la Propuesta de Directiva), sin perjuicio de que las empresas deban proporcionar esa y otra información sustancial a los consumidores a lo largo de la relación que precede a la toma de la decisión.

5.3 · Influencia en la decisión del consumidor

La Directiva reitera en este contexto la exigencia general de que la práctica comercial considerada sea adecuada para influir en el comportamiento económico de los consumidores y, en particular, para moverles a tomar decisiones sobre una transacción que, de haber mediado la información exigible, no hubieran tomado. En consecuencia, si bien es cierto que no se requiere que la omisión de información sustancial despierte en los consumidores expectativas infundadas, no lo es menos que, en todo caso, se exige que la información omitida sea susceptible de llevar a los consumidores a tomar una decisión distinta de la que habrían tomado si hubieran sido informados de los extremos silenciados u ocultados. Esto es, se exige que la información omitida sea tan relevante como para determinar la decisión contraria si el consumidor hubiera dispuesto de ella.

La Directiva ofrece dos pautas para establecer esta circunstancia (que en la práctica deben matizar el alcance de la obligación de información que entraña la prohibición de las prácticas comerciales engañosas por omisión), como son la limitación de la omisión relevante a estos efectos a aquella que tiene por objeto información esencial (*vide supra* [5.2]) y el mandato contextualizar el análisis de la reacción del consumidor relevante. En particular, la Directiva destaca de forma especial la necesidad de atender a todas las circunstancias de hecho para concluir la existencia de una omisión engañosa, y ello con una insistencia indicativa de la prudencia exigible a estos efectos. Así, a la general exigencia de que la aplicación de las prohibiciones de la Directiva debe tener en cuenta las circunstancias de cada caso (Cdo. (7) in fine del Preámbulo de la Directiva) se suma no sólo la doble incorporación genérica de esta exigencia en la definición de prácticas comerciales engañosas por omisión («en su contexto fác-

tico» y «según el contexto»), sino también la especificación de los elementos a los que se ha de prestar especial atención para concretar la información sustancial que debe transmitirse con la práctica comercial («todas sus características y circunstancias y las limitaciones de espacio», «las limitaciones de espacio y tiempo» y «las medidas para poner la información a disposición del consumidor por otros medios»).

Desde esta perspectiva, merece especial atención la referencia a la información que se ponga a disposición del consumidor por otros medios como circunstancia relevante para desestimar la existencia de una omisión engañosa. Con ella, la Directiva parece querer dar a las empresas la posibilidad de sanar la omisión inicial de información sustancial, y lo que es lo mismo tolerarles la utilización de una información limitada en la fase de captación de la atención e interés de los consumidores por las ofertas y admitir que la información sustancial pueda proporcionarse en cualquier momento antes de la toma de la decisión por los consumidores. Esta posibilidad puede compadecerse con la concepción de la deslealtad por omisión como cumplimiento de un deber, pero no con su tradicional entendimiento como supuesto de engaño. En particular, no puede admitirse que, por esta vía, se autorice a las empresas valerse de la omisión adecuada para inducir a error, para ganar el interés y favor inicial de los consumidores y asegurarse el primer contacto. Y en este sentido, no puede pasarse por alto que esa circunstancia sólo se menciona en relación con casos en los que el silencio de la información sustancial se debe a las limitaciones de espacio y tiempo que imponga la práctica comercial; en segundo término, que la omisión engañosa comprende explícitamente las prácticas comerciales que proporcionan la información en momento inadecuado y que alguna modalidad de publicidad encubierta figura en la lista negra (y que, por ello, es desleal *per se*, aunque se hubiera proporcionado toda la información sustancial imaginable, incluido el reconocimiento de que la prác-

tica en cuestión tenía finalidad comercial). De ahí y de las propias exigencias de la construcción sistemática del ilícito de deslealtad como ilícito de peligro y de la finalidad de establecer un elevado nivel de protección de los intereses de los consumidores, el ofrecimiento de información adicional a través de otros medios distintos de aquellos de los que se vale el empresario para realizar la práctica comercial o en un momento ulterior no pueda reparar el inicial silenciamiento de información sustancial o, si se prefiere, la insuficiencia de información directamente debida a los términos en los que la empresa ha configurado la oferta comunicada a los consumidores, como sucede en los casos en que la publicidad calla limitaciones, matizaciones o condiciones que restringen la amplitud de la oferta realizada si ello resulta adecuado para llevarles a tomar la decisión de entrar en contacto con el oferente o descartar otras ofertas (tal y como viene entendiéndose en nuestra práctica hasta la fecha: véase SAP Madrid 28 de octubre de 1991 «Azúcar light», y, entre otras, RRJP (Sección 3ª) 20 de noviembre de 2000 «Ya.com Internet – Factory», (Sección 2ª) 26 de junio de 2001 «Travelsite, S. L.», 15 de julio de 2002 «Viajes Marsans, S. A.», (Pleno) 26 de julio de 2001 «Telefónica de España, S.A.U.», (Pleno) 22 de abril de 2002 «Retevisión I, S. A.», (Pleno) 12 de febrero de 2003 «Grupo Leche Pascual, S. A.», (Pleno) 29 de mayo de 2003 «Caja de Ahorros de Catalunya», (Pleno) 27 de octubre de 2004 «Burger King España, S. A. U.»). En todo caso, si se llegara a considerar que la posterior comunicación de la información sustancial inicialmente silenciada sana la omisión de la primera práctica no obstante ser adecuada para influir en la formación de preferencias y primera elección de los consumidores, no parece dudoso que entonces, y sobre la base del perjuicio del interés de los competidores (cfr. Cdo. (6) del Preámbulo de la Directiva), esta conducta entra de lleno en el ámbito de aplicación de la Directiva 84/450/CEE y, si induce a error a los consumidores, constituye publicidad engañosa en el sentido de su artículo 2.2.