Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. VERICA TRSTENJAK
presentadas el 6 de septiembre de 2012 [1]

Asunto C-206/11

Georg Köck
contra
Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Austria)]

«Directiva 2005/29/CE — Armonización — Defensa de los consumidores — Prácticas comerciales desleales de las empresas — Configuración procesal de los instrumentos de lucha contra las prácticas comerciales desleales — Normativa de un Estado miembro conforme a la cual los anuncios de ventas en liquidación requieren de una previa autorización administrativa»

Índice

I. Introducción 3

II. Marco jurídico 4

1. Derecho de la Unión 4

2. Derecho nacional 6

III. Hechos, litigio principal y cuestión prejudicial 8

IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia 9

V. Alegaciones esenciales de las partes 9

VI. Apreciación jurídica 11

A. Observaciones preliminares 11

B. Análisis de las cuestiones jurídicas 12

1. Aplicabilidad de la Directiva 2005/29 13

1 — Lengua original: alemán.

a) Ámbito de aplicación material 13

b) Ámbito de aplicación personal 13

c) Ningún motivo de excepción 14

d) Conclusión parcial 15

2. Aspectos procedimentales de la cuestión prejudicial 15

a) Control de las autoridades administrativas nacionales 15

b) Competencia de las autoridades para llevar a cabo controles ex ante 15

c) Compatibilidad con la Directiva de una prohibición legal, bajo sanción penal, con reserva de autorización 18

d) Control judicial de la decisión administrativa 19

i) Exposición de la problemática 19

ii) Margen de actuación de los Estados miembros en materia procedimental 19

iii) Prohibición de elusión de la obligación de llevar a cabo una apreciación individual ... 20

e) Conclusión parcial 22

3. Aspectos jurídico-materiales de la cuestión prejudicial 22

a) Consideraciones generales 22

b) Examen de la estructura de ambas normativas 23

i) La estructura de la Directiva 2005/29 23

ii) La regulación material de la UWG relativa a los anuncios de ventas en liquidación ... 24

c) Compatibilidad de la regulación material con la Directiva 2005/29 24

i) Imposición de prohibiciones generales 24

ii) Exigencia de motivación de los anuncios de ventas en liquidación 26

– Anuncio del cierre o del traslado del negocio 26

– Otros motivos mencionados en el artículo 33b, número 4, de la UWG 26

d) Conclusión parcial 27

4. Síntesis de las conclusiones 29

VII. Conclusión 29

I. Introducción

1. El comercio y la cuestión paralela relativa a la protección de las partes implicadas en el intercambio de prestaciones, a las que hoy se denominaría empresarios y consumidores, ya fueron objeto de una especial atención en las mitologías griega y romana. Cuando se trataba de proteger a los comerciantes y a sus clientes se invocaba incluso a los dioses. Así, por ejemplo, en la mitología griega Hermes (Mercurio en la mitología romana) era el dios protector tanto de los mercaderes como del tráfico, de los viajeros y de los pastores. Actualmente, la protección brindada a los consumidores y comerciantes ya no es privativa de los dioses, sino de leyes y tribunales terrenales, cuya función es tener debidamente en cuenta y conciliar los intereses de los comerciantes y de los consumidores.

2. En el presente procedimiento prejudicial conforme al artículo 267 TFUE el Oberster Gerichtshof de Austria (en lo sucesivo, «órgano jurisdiccional remitente») solicita al Tribunal de Justicia la interpretación de la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales en el mercado interior.[2] Se trata en esencia de dilucidar la cuestión de si las disposiciones de esta Directiva se oponen a una normativa nacional conforme a la cual los anuncios de ventas en liquidación requieren de una autorización previa de una autoridad administrativa.

3. Esta petición se ha presentado en el marco de un litigio entre el Sr. Köck, empresario individual, y el Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb (Asociación para la defensa contra la competencia desleal; en lo sucesivo, «Schutzverband»), un organismo que, con arreglo a la legislación nacional, tiene un interés legítimo en combatir las prácticas comerciales desleales. Las partes discuten si el Sr. Köck podía anunciar una venta en liquidación sin disponer de la autorización de la autoridad administrativa del distrito exigida por el Derecho nacional. Una de las cuestiones suscitadas es si la Directiva 2005/29 permite que un Estado miembro, al transponerla en su ordenamiento jurídico, prevea con carácter general la supeditación de los anuncios de ventas en liquidación a la concesión de una autorización previa y sancione el incumplimiento de la obligación legal de presentar una solicitud sin que se examine el carácter leal de la práctica comercial de que se trata.

4. El presente asunto difiere en un aspecto esencial de otros asuntos en los que también se solicitó al Tribunal de Justicia que se pronunciase sobre la transposición conforme al Derecho de la Unión de la Directiva 2005/29, a saber, en el hecho de que el caso de autos no versa únicamente sobre la transposición de las disposiciones sustantivas de la Directiva sino más bien sobre la configuración procedimental de los instrumentos de lucha contra las prácticas comerciales desleales del tráfico mercantil en los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros. Deberá, por tanto, dilucidarse si el legislador de la Unión se distanció del propósito de armonización plena, que rige en principio para las disposiciones sustantivas de la Directiva, a fin de conferir a los Estados miembros un margen de discreción en materia procedimental.

2 — Directiva 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, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales») (DO L 149, p. 22).

II. Marco jurídico

1. Derecho de la Unión

5. El artículo 1 de la Directiva 2005/29 reza:

«La presente Directiva tiene por objeto contribuir al buen funcionamiento del mercado interior y alcanzar un elevado nivel de protección de los consumidores mediante la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las prácticas comerciales desleales que perjudican a los intereses económicos de los consumidores.»

6. El artículo 2 de la Directiva 2005/29 dispone:

«A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

[…]

d) “prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consumidores” (en lo sucesivo, “prácticas comerciales”): todo acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores;

[…]»

7. El artículo 3, apartado 1, de la Directiva prevé lo siguiente:

«La presente Directiva será aplicable a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores según establece el artículo 5, antes, durante y después de una transacción comercial en relación con un producto.»

8. El artículo 5 de la Directiva, titulado «Prohibición de las prácticas comerciales desleales», dispone:

«1. Se prohibirán las prácticas comerciales desleales.

2. Una práctica comercial será desleal si

a) es contraria a los requisitos de la diligencia profesional,

y

b) distorsiona o puede distorsionar de manera sustancial, con respecto al producto de que se trate, el comportamiento económico del consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica, o del miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores.

[…]

5. En el anexo I figura una lista de las prácticas comerciales que se considerarán desleales en cualquier circunstancia. La misma lista única se aplicará en todos los Estados miembros y sólo podrá modificarse mediante una revisión de la presente Directiva.»

9. El artículo 11 de la Directiva, titulado «Ejecución» dispone:

«1. Los Estados miembros velarán por que existan medios adecuados y eficaces para luchar contra las prácticas comerciales desleales, con miras al cumplimiento de las disposiciones de la presente Directiva en interés de los consumidores.

Estos medios deberán incluir disposiciones legales en virtud de las cuales las personas o las organizaciones que tengan, con arreglo a la legislación nacional, un interés legítimo en combatir las prácticas comerciales desleales, incluidos los competidores, puedan:

a) proceder judicialmente contra tales prácticas comerciales desleales

y/o

b) someter las prácticas comerciales desleales a un órgano administrativo competente, bien para que se pronuncie sobre las reclamaciones, bien para que entable las acciones judiciales pertinentes.

[…]

2. En el marco de las disposiciones legales a que se refiere el apartado 1, los Estados miembros conferirán a los tribunales o a los órganos administrativos unas competencias que les faculten para tomar las medidas que se indican a continuación si estiman que dichas medidas son necesarias habida cuenta de todos los intereses en juego y, en particular, del interés general:

a) ordenar el cese de prácticas comerciales desleales, o emprender las acciones legales pertinentes para que se ordene el cese de dichas prácticas,

o

b) prohibir la práctica comercial desleal o emprender las acciones legales pertinentes para que se ordene la prohibición de la práctica, cuando ésta no haya sido todavía utilizada pero sea inminente su utilización,

incluso en ausencia de prueba de una pérdida o de un perjuicio real, o de una intención o negligencia por parte del comerciante.

Los Estados miembros preverán además que las medidas a que se refiere el párrafo primero se adopten en el marco de un procedimiento acelerado:

— bien con efecto provisional,

— bien con efecto definitivo,

quedando entendido que corresponde a cada Estado miembro determinar cuál de estas dos opciones será la que se adopte.

Además, los Estados miembros podrán atribuir a los tribunales o a los órganos administrativos competencias que, con el fin de eliminar los efectos persistentes de prácticas comerciales desleales cuyo cese haya sido ordenado por una decisión definitiva, les faculten:

a) para exigir la publicación [...] de dicha decisión [...];

b) para exigir, además, la publicación de un comunicado rectificativo.

[…]

Cuando las competencias a que se refiere el apartado 2 sean ejercidas únicamente por un órgano administrativo, éste deberá motivar sus decisiones en todos los casos. Además, en este caso, se deberán prever procedimientos que permitan someter a control jurisdiccional todo acto u omisión impropio o injustificado en el ejercicio de las competencias del órgano administrativo.»

10. El anexo I de la Directiva («Prácticas comerciales que se consideran desleales en cualquier circunstancia») recoge en particular las siguientes prácticas comerciales engañosas:

«4) Afirmar que un comerciante (incluidas sus prácticas comerciales) o un producto ha sido aprobado, aceptado o autorizado por un organismo público o privado cuando éste no sea el caso, o hacer esa afirmación sin cumplir las condiciones de la aprobación, aceptación o autorización.

[…]

7) Afirmar falsamente que el producto sólo estará disponible durante un período de tiempo muy limitado o que sólo estará disponible en determinadas condiciones durante un período de tiempo muy limitado a fin de inducir al consumidor a tomar una decisión inmediata, privándole así de la oportunidad o el tiempo suficiente para hacer su elección con el debido conocimiento de causa.

[…]

15) Afirmar que el comerciante está a punto de cesar en sus actividades o de trasladarse sin que vaya a hacerlo.»

2. Derecho nacional

11. La Directiva 2005/29 fue transpuesta en Austria con efectos a partir del 12 de diciembre de 2007 mediante una modificación [3] de la Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb de 1984 [4] (Ley federal austriaca contra la competencia desleal de 1984; en lo sucesivo, «UWG»).

12. En el marco de la modificación de la UWG llevada a cabo en 2007, el número 7 del anexo I de la Directiva 2005/29 se reprodujo textualmente en el número 7 del anexo de la UWG.

El epígrafe 4a de la UWG (artículos 33a a 33f), que ya había sido introducido en el año 1992 en la UWG, contiene las siguientes disposiciones en materia de «Anuncios de ventas en liquidación»:

«Artículo 33a.

(1) A los efectos de esta Ley federal se entenderá por anuncio de venta en liquidación toda comunicación pública o aviso dirigido a un amplio círculo de personas que den a entender la intención de vender al por menor productos en gran cantidad en un breve espacio de tiempo y, al mismo tiempo, puedan despertar la impresión de que el comerciante, debido a circunstancias especiales, tiene necesidad de vender rápidamente y por eso ofrece sus productos en condiciones o a

3 — BGBl. I nº 79/2007.

4 — BGBl. I nº 448/1984.

precios extraordinariamente ventajosos. Las comunicaciones o avisos que contengan las expresiones “liquidación”, “venta en liquidación”, “liquidación total”, “venta urgente”, “venta a precios de coste”, “liquidamos existencias” o similares se considerarán en cualquier caso anuncios de ventas en liquidación.

(2) No obstante, no están comprendidas en las disposiciones de los artículos 33a a 33e las comunicaciones y avisos sobre ventas en rebajas de fin de temporada, ventas en rebajas totales de temporada, ventas de promoción por inventario y similares, así como las ventas de promoción habituales en el ramo correspondiente en determinadas épocas del año (por ejemplo, “Semana blanca”, “Semana del abrigo”).

(3) Lo anterior se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el número 7 del anexo.

Artículo 33b.

El anuncio de una venta en liquidación sólo se podrá hacer con autorización de la autoridad administrativa del distrito que tenga competencia en el lugar de la venta en liquidación. La solicitud de autorización deberá ser formulada por escrito y deberá contener los siguientes datos:

1. Los productos que se pongan a la venta, indicando la cantidad, las propiedades y el precio de venta;

2. El lugar exacto de la venta en liquidación;

3. El período de tiempo durante el cual tendrá lugar la venta en liquidación;

4. Los motivos por los que tendrá lugar la venta en liquidación, tales como defunción del titular del negocio, cierre del negocio o abandono de una determinada clase de productos, traslado del negocio, fuerza mayor o similares;

[…]

Artículo 33c.

(1) Con carácter previo a la resolución sobre la solicitud, la autoridad administrativa del distrito deberá requerir a la cámara de comercio que sea competente en función del lugar de la venta en liquidación para que, en el plazo de dos semanas, emita un dictamen.

(2) La autoridad administrativa del distrito deberá resolver sobre la solicitud en el plazo de un mes desde su recepción.

(3) La autorización será denegada cuando no concurran las circunstancias citadas en el artículo 33b, número 4, o cuando el anuncio de la venta no se refiera a un período ininterrumpido de tiempo. Asimismo, se denegará la autorización cuando la venta haya de tener lugar entre el comienzo de la penúltima semana antes de Pascua y Pentecostés o entre el 15 de noviembre y Navidad, o cuando haya de durar más de medio año, a no ser que se trate de la defunción del titular del negocio, fuerza mayor u otros casos de igual consideración. Si el negocio tuviese una antigüedad inferior a tres años, la autorización sólo se concederá en caso de defunción del titular del negocio, fuerza mayor u otros casos de igual consideración.

[…]

Artículo 33d.

(1) Todo anuncio de venta en liquidación deberá mencionar el motivo de la venta urgente, el período de tiempo durante el cual tendrá lugar la venta en liquidación y una designación general de los productos puestos a la venta. Dichos datos deberán corresponderse con los de la resolución de autorización.

(2) Una vez transcurrido el período de venta indicado en la resolución de autorización se deberá cesar todo anuncio de liquidación.

(3) Durante el período de venta indicado en la resolución de autorización sólo se permitirá la venta de los productos designados en el anuncio en la cantidad indicada en la resolución de autorización. Quedará prohibida la venta de nuevas cantidades de productos de la misma clase.

[…]»

13. El artículo 34, apartado 3, de la UWG, remitiéndose, entre otros, al epígrafe 4a, contiene la siguiente disposición:

«Quien contravenga las disposiciones del presente capítulo podrá, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades penales, ser demandado para que cese en la contravención y, en caso de actuación intencionada, podrá exigírsele responsabilidad por daños y perjuicios. La reclamación deberá dirimirse por la vía judicial ordinaria. […]»

III. Hechos, litigio principal y cuestión prejudicial

14. El Sr. Köck, que gestiona una empresa unipersonal en Innsbruck, publicó un anuncio en el que daba a conocer la «liquidación total» de sus mercancías e hizo publicidad de ello delante de su establecimiento mediante carteles sobre soportes y con adhesivos en el escaparate. Junto a la expresión «liquidación total», utilizó también fórmulas como «¡Todo tiene que salir!» y «hasta 90 % de descuento». El Sr. Köck no había recabado de la autoridad administrativa del distrito ninguna autorización para el anuncio de la venta en liquidación.

15. El Schutzverband sostiene que el anuncio infringe los artículos 33a y siguientes de la UWG. Considera que el anuncio de la venta en liquidación llevada a cabo por el Sr. Köck requiere de una autorización previa de la autoridad administrativa del distrito. A su parecer, esta normativa es compatible con la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales y, por lo tanto, sigue siendo aplicable.

16. En consecuencia, el Schutzverband solicitó ante el Landesgericht Innsbruck que se prohibiese al Sr. Köck, mediante una resolución de medidas cautelares, anunciar una venta en liquidación sin disponer de la necesaria autorización de la autoridad administrativa del distrito. El Sr. Köck niega haber incumplido la normativa sobre ventas en liquidación. Alega que él únicamente ha llevado a cabo una venta en rebajas de temporada no sujeta a autorización, con arreglo al artículo 33a, apartado 2, de la UWG. Mediante resolución de 15 de junio de 2010, el Landesgericht Innsbruck se inclinó por la interpretación del Sr. Köck.

17. Mediante resolución de 6 de agosto de 2010, el Oberlandesgericht Innsbruck estimó el recurso de apelación interpuesto por el Schutzverband y adoptó las medidas cautelares solicitadas. A juicio del órgano jurisdiccional de segunda instancia, el demandado había anunciado una venta en liquidación sujeta a autorización con arreglo al artículo 33a, apartado 1, de la UWG. Al no disponer de una autorización, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33b de la UWG, procedía estimar la pretensión de cese en la contravención con arreglo al artículo 34, apartado 3, de la UWG.

18. El Sr. Köck interpuso recurso de casación contra dicha resolución ante el Oberster Gerichtshof. Según la apreciación provisional del Oberster Gerichtshof, dicho recurso no debería prosperar, en aplicación de los artículos 33a y siguientes de la UWG. Sin embargo, el Oberster Gerichtshof alberga dudas sobre si dichos preceptos son compatibles con la Directiva 2005/29. Por este motivo, resolvió suspender el procedimiento sobre el recurso de casación y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

¿Se oponen los artículos 3, apartado 1, y 5, apartado 5, de la Directiva 2005/29/CE […] o bien otras disposiciones de esta Directiva a una normativa nacional conforme a la cual el anuncio de una venta en liquidación sin la autorización de las autoridades administrativas competentes es ilícito y, por lo tanto, debe prohibirse en un procedimiento judicial sin que el órgano jurisdiccional tenga que examinar en dicho procedimiento el carácter engañoso, agresivo o desleal en cualquier otro sentido de esta práctica comercial?

IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

19. La resolución de remisión de 12 de abril de 2011 se recibió en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 2 de mayo de 2011.

20. Han presentado observaciones escritas las partes del procedimiento principal, los Gobiernos austriaco y belga y la Comisión Europea, dentro del plazo establecido en el artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia.

21. En la vista celebrada el 21 de mayo de 2012 comparecieron y formularon observaciones los representantes de las partes del procedimiento principal, de los Gobiernos austriaco y belga y de la Comisión.

V. Alegaciones esenciales de las partes

22. *El Sr. Köck* propone al Tribunal de Justicia que responda afirmativamente a la cuestión planteada. En su opinión, un régimen legal como el debatido, que permite a las autoridades administrativas denegar la autorización de un anuncio de venta en liquidación aun cuando la práctica comercial controvertida no es engañosa, agresiva ni desleal en cualquier otro sentido, no es compatible con la Directiva 2005/29.

23. El Sr. Köck defiende la aplicabilidad de la Directiva 2005/29 en el litigio principal y en apoyo de su postura alega, por un lado, que el anuncio de una venta en liquidación responde a la definición de una práctica comercial y, por otro, que el objetivo de las disposiciones nacionales controvertidas no es proteger sólo a los competidores sino también a los consumidores. Subsidiariamente alega que los anuncios que ha llevado a cabo no eran anuncios de una venta en liquidación sujeta a autorización en el sentido del artículo 33a, apartado 1, de la UWG, sino de una venta en rebajas de temporada no sujeta a autorización con arreglo al artículo 33a, apartado 2, de la UWG.

24. Añade que el número 7 del anexo I de la Directiva 2005/29 no resulta aplicable al litigio principal, dado que él no hizo ninguna alusión expresa a una duración determinada de la venta en liquidación que, en realidad, era una venta en rebajas de temporada. Asevera, además, que la normativa nacional no garantiza la protección jurídica de los particulares porque, a su juicio, no es razonable exigir a las empresas afectadas que reclamen en el marco de un procedimiento administrativo la inaplicabilidad del artículo 33c, apartado 3, de la UWG por ser incompatible con el Derecho de la Unión.

25. Tanto el *Schutzverband* como el *Gobierno austriaco* sostienen que las disposiciones nacionales controvertidas relativas a la autorización de las ventas en liquidación no están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2005/29. A su juicio, esta conclusión está respaldada tanto por el noveno considerando como por el artículo 3, apartado 8, de la Directiva, según el cual la Directiva se entenderá sin perjuicio de «cualesquiera requisitos para el establecimiento o los regímenes de autorización». En opinión del Gobierno austriaco, la inaplicabilidad de la Directiva 2005/29 se infiere asimismo del hecho de que la misma no regula las relaciones jurídicas entre las empresas y las autoridades.

26. Ambas partes formulan observaciones con carácter subsidiario para el caso de que el Tribunal de Justicia afirmase, no obstante, la aplicabilidad de la Directiva 2005/29. Señalan, entre otros extremos, que la mayoría de las actividades de promoción de ventas como, por ejemplo, las ventas en rebajas de fin de temporada, las ventas de promoción por inventario, etc., no están prohibidas en Austria ni sujetas a autorización. Según declaran estas partes, únicamente los anuncios de determinadas ventas en liquidación especiales requieren de una autorización. Alegan que, por lo tanto, la normativa nacional controvertida no constituye ningún principio de prohibición general de determinadas prácticas comerciales. Añaden que el artículo 11 de la Directiva 2005/29 confiere a los Estados miembros la facultad de implementar los medios adecuados y eficaces para combatir las prácticas comerciales desleales. En opinión del Gobierno austriaco, uno de estos medios es el examen *ex ante* de las prácticas comerciales desleales, que, a su juicio, presenta más ventajas que un mero examen *ex post*. El Gobierno austriaco sostiene que, en el caso de los anuncios de ventas en liquidación, un control *ex post* no satisface suficientemente la exigencia impuesta por el artículo 13 de la Directiva, a saber, la obligación de establecer sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias para los casos de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la Directiva.

27. Ambas partes se pronuncian sobre la configuración de los procedimientos administrativo y jurisdiccional en el Derecho austriaco. El Schutzverband se remite a la obligación de las autoridades austriacas de interpretar las disposiciones nacionales a la luz de la finalidad de la Directiva 2005/29 a la hora de examinar las solicitudes de autorización, con miras a alcanzar los objetivos perseguidos por dicha Directiva. Señala asimismo que, por regla general, el órgano jurisdiccional que conoce de un procedimiento de cesación examinará si concurre un anuncio en el sentido del artículo 33a de la UWG. Alega que, en caso de tratarse de un anuncio de venta sujeto a la autorización de una autoridad administrativa pero efectuado sin disponer de dicha autorización, este hecho podría considerarse, en cualquier caso, contrario a los requisitos de la diligencia profesional en el sentido del artículo 5, apartado 2, letra a), de la Directiva 2005/29. Por su parte, el Gobierno austriaco indica que las autoridades administrativas austriacas deberán expedir obligatoriamente la autorización del anuncio de venta en liquidación cuando dicho anuncio no se repute engañoso y no se oponga a lo dispuesto en los artículos 8 y 9 de la Directiva 2005/29.

28. El Schutzverband propone al Tribunal de Justicia que responda negativamente a la cuestión planteada. Por su parte, el Gobierno austriaco propone responder a la cuestión en el sentido de que la Directiva no se opone a una normativa nacional en virtud de la cual el anuncio de determinadas ventas en liquidación especiales requiere de una autorización administrativa.

29. El *Gobierno belga* propone al Tribunal de Justicia responder que la Directiva 2005/29 no se opone a una normativa nacional que supedita el anuncio de una venta en liquidación a la concesión de una autorización previa en tanto dicha autorización sólo tenga por objeto proteger los intereses de los competidores. Añade que, no obstante, corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar este extremo. Por lo demás, el Gobierno belga señala que la práctica comercial mencionada no está incluida en la lista del anexo I de la Directiva.

30. La *Comisión* propone al Tribunal de Justicia que responda afirmativamente a la cuestión plateada. Respecto a la aplicabilidad de la Directiva 2005/29 al litigio principal, la Comisión señala que los anuncios de ventas en liquidación deben calificarse de práctica comercial. Alega que, además, la finalidad de las disposiciones controvertidas es proteger no sólo a los competidores sino también a los consumidores. Ahora bien, una prohibición general con reserva de autorización como la prevista en la normativa nacional controvertida no es compatible con el artículo 5, apartados 2, 4 y 5, de la Directiva 2005/29 ni con los números 7 y 15 de su anexo I. A juicio de la Comisión, tal mecanismo no está en consonancia con el objetivo de armonización plena marcado por la Directiva. Además, el artículo 11 de la Directiva, según el cual los Estados miembros deben implementar los medios adecuados y eficaces para luchar contra las prácticas comerciales desleales, no prevé que las autoridades administrativas nacionales deban llevar a cabo este tipo de controles *ex ante* de todas las prácticas comerciales. La Comisión añade que las disposiciones nacionales controvertidas tampoco encuentran su justificación en el artículo 3, apartado 8, de la Directiva, puesto que esta disposición sólo rige respecto a profesiones reguladas y ese no es el caso en el litigio principal. En opinión de la Comisión, del número 4 del anexo I de la Directiva tampoco se infiere ningún argumento a favor de la admisibilidad de una prohibición general con reserva de autorización.

VI. Apreciación jurídica

A. *Observaciones preliminares*

31. El legislador de la Unión dispuso que los Estados miembros debían transponer la Directiva 2005/29 a más tardar el 12 de junio de 2007 y que la misma debía aplicarse definitivamente a partir del 12 de diciembre de 2007. Una vez que la totalidad de los Estados miembros ha cumplido la obligación de transposición y aplicación en plazo, [5] ha llegado el momento de abordar la cuestión sobre la correcta transposición en los ordenamientos jurídicos nacionales de cada uno de los Estados miembros. En efecto, sólo una óptima transposición puede garantizar la consecución del objetivo de la Directiva, a saber, contribuir al buen funcionamiento del mercado interior y alcanzar un elevado nivel de protección de los consumidores mediante la aproximación de las legislaciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las prácticas comerciales desleales que perjudican a los intereses económicos de los consumidores. [6]

32. El Tribunal de Justicia ha tenido oportunidad de pronunciarse indirectamente sobre la correcta transposición de la Directiva en Bélgica, [7] Alemania, [8] Polonia, [9] Austria [10] y Suecia [11] en varias sentencias prejudiciales. [12] Si bien su competencia en el marco de una petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 267 TFUE consiste en interpretar el Derecho de la Unión y no en pronunciarse sobre la

5 — Sobre el grado de transposición en cada uno de los Estados miembros véase Henning-Bodewig, F., «Die Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs in den EU-Mitgliedstaaten: eine Bestandsaufnahme», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht - Internationaler Teil*, 2010, pp. 273 y 274.

6 — La aproximación de las normativas en materia de Derecho de la competencia desleal por medio de directivas contribuye a la consecución del objetivo de establecer el mercado único garantizando un elevado nivel de protección de los consumidores. Una ventaja de este método es que apenas surgen conflictos entre las libertades fundamentales afectadas y las medidas nacionales de protección de los consumidores, dado que el legislador de la Unión ya ha conciliado ambos intereses (respecto a la problemática de las modalidades de venta en el ámbito de la normativa sobre circulación de mercancías véase Picod, F., «La jurisprudence Keck et Mithouard, a-t-elle un avenir», *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruselas 2011, p. 47).

7 — Sentencia de 23 de abril de 2009, VTB-VAB y Galatea (C-261/07 y C-299/07, Rec. p. I-2949).

8 — Sentencia de 14 de enero de 2010, Plus Warenhandelsgesellschaft (C-304/08, Rec. p. I-217).

9 — Sentencia de 11 de marzo de 2010, Telekomunikacja Polska (C-522/08, Rec. p. I-2079).

10 — Sentencia de 9 de noviembre de 2010, Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag (C-540/08, Rec. p. I-10909; en lo sucesivo, «sentencia Mediaprint»). Respecto al deber de transponer debidamente las directivas que incumbe a los Estados miembros véase Griller, S., «Direktwirkung und richtlinienkonforme Auslegung», *10 Jahre Anwendung des Gemeinschaftsrechts in Österreich*, Viena/Graz 2006, p. 91, quien analiza en profundidad la eficacia de las directivas en el marco del ordenamiento jurídico austriaco.

11 — Sentencia de 12 de mayo de 2011, Ving Sverige (C-122/10, Rec. p. I-3903).

12 — Para una perspectiva de la jurisprudencia véase Namysłowska, M., «Trifft die Schwarze Liste der unlauteren Geschäftspraktiken ins Schwarze? Bewertung im Lichte der EuGH-Rechtsprechung», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht - Internationaler Teil*, 2010, p. 1033.

compatibilidad de una normativa nacional con ese Derecho, [13] precisamente esta actividad interpretativa ha contribuido a un mejor entendimiento de la relevancia y el alcance de las disposiciones particulares de la Directiva. Esto ha permitido a su vez a los Estados miembros adaptar ulteriormente sus normas de transposición con el fin de cumplir las exigencias del Derecho de la Unión. [14]

33. Hasta la fecha, las peticiones de decisión prejudicial planteadas por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros sólo se han referido a aquellas disposiciones de la Directiva sobre cuya base puede apreciarse el carácter desleal de las prácticas comerciales. De este modo se pudo comprobar que la incompatibilidad de las respectivas disposiciones nacionales se debía en esencia al hecho de que contravenían el objetivo de armonización plena en el ámbito del Derecho sobre la competencia desleal perseguido por la Directiva. [15] A través de la adopción de prohibiciones generales respecto a determinadas prácticas comerciales los Estados miembros han pretendido ampliar de forma inadmisible la lista exhaustiva de prácticas comerciales recogida en el anexo I de la Directiva. [16] Este extremo también fue analizado en el asunto C-540/08 (Mediaprint), relativo a una prohibición de las ventas con prima consagrada en la UWG austriaca. A raíz de aquel asunto, el Tribunal de Justicia declaró que la Directiva se opone a una normativa nacional que prevea una prohibición general de esta naturaleza. [17]

B. *Análisis de las cuestiones jurídicas*

34. Entre aquel asunto y éste existen ciertos paralelismos en cuanto que el presente asunto está destinado a que el Tribunal de Justicia dilucide si la normativa nacional controvertida en materia de anuncios de ventas en liquidación está configurada como una prohibición general contraria a la Directiva 2005/29. No hay que olvidar, no obstante, que la problemática planteada también incluye un componente procedimental. En efecto, el órgano jurisdiccional remitente solicita que se dilucide si una prohibición con reserva de autorización como la prevista en el Derecho austriaco se atiene a las exigencias de la Directiva. Ello está relacionado con la cuestión de la configuración procedimental de los instrumentos de lucha contra las prácticas comerciales desleales, para lo cual debe analizarse si la Directiva admite tales controles *ex ante* de las prácticas comerciales por parte de las autoridades administrativas. Habida cuenta de que esta cuestión aún no ha sido objeto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, merece un análisis separado.

13 — Véanse, entre otras, las sentencias de 15 de julio de 1964, Costa (6/64, Rec. pp. 1251 y ss., especialmente p. 1268); de 29 de noviembre de 2001, De Coster (C-17/00, Rec. p. I-9445), apartado 23, y de 16 de enero de 2003, Pansard y otros (C-265/01, Rec. p. I-683), apartado 18.

14 — Bernitz, U., «The unfair commercial practices directive: its scope, ambitions and relation to the law of unfair competition», *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 – New rules and techniques* (coord. Stephen Weatherill/Ulf Bernitz), parte de que será necesario un número considerable de peticiones de decisión prejudicial para garantizar la correcta transposición de la Directiva 2005/29 por parte de los Estados miembros. A juicio del autor, es posible que este proceso también requiera recursos por incumplimiento interpuestos por la Comisión contra los Estados miembros que pretendan conservar la vigencia de disposiciones nacionales específicas contrarias a la Directiva.

15 — En opinión de Zimmermann, R., «The present state of European private law», *American Journal of comparative law*, 2009, p. 479, la transición de una armonización mínima a una armonización plena en algunos ámbitos del Derecho de la Unión planteará dificultades a los Estados miembros. Basedow, J., «Der Europäische Gerichtshof und das Privatrecht», *Archiv für die civilistische Praxis*, 2010, p. 190, asegura que esta transición conducirá a la tramitación de numerosos procedimientos prejudiciales. Esta predicción parece estar cumpliéndose paulatinamente respecto a la Directiva 2005/29.

16 — Como acertadamente señala Micklitz, H.-W., «Full Harmonisation of Unfair Commercial Practices under Directive 2005/29», *International review of intellectual property and competition law*, tomo 40 (2009), nº 4, p. 371, todo parece indicar que cuando se adoptó la Directiva 2005/29 los Estados miembros no eran conscientes del alcance de las repercusiones que la armonización plena que se había puesto en marcha tendría sobre sus Derechos nacionales.

17 — Sentencia Mediaprint, citada en la nota 10 *supra*, apartado 38.

35. A los efectos de proporcionar una respuesta adecuada al órgano jurisdiccional remitente así como en aras de una mayor claridad, dividiré mi análisis de la cuestión prejudicial en tres apartados: en primer lugar, examinaré si la Directiva 2005/29 es aplicable al litigio principal y, por tanto, debe tenerse en cuenta como criterio para valorar la correcta transposición del Derecho de la Unión al Derecho interno. A continuación abordaré la problemática procedimental anteriormente mencionada. Por último, analizaré si las disposiciones nacionales relativas a la autorización de los anuncios de ventas en liquidación se atienen a los preceptos sustantivos de la Directiva.

1. Aplicabilidad de la Directiva 2005/29

a) Ámbito de aplicación material

36. Para quedar comprendida en el ámbito de aplicación material de la Directiva 2005/29, la normativa nacional controvertida tendría que tener por objeto una práctica comercial de las empresas en sus relaciones con los consumidores. A este respecto, debe señalarse que el artículo 2, letra d), de la Directiva emplea una formulación especialmente amplia al definir el concepto de práctica comercial 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 a los consumidores».[18] Las medidas publicitarias como las debatidas en el procedimiento principal, mediante las cuales se ofrece a los consumidores la venta de productos a precios reducidos por un motivo especial, se inscriben claramente en el marco de la estrategia comercial de un operador y tienen por objeto directo la promoción y el incremento de las ventas de éste. De ello se deduce que constituyen prácticas comerciales en el sentido de la definición expuesta, por lo que las disposiciones nacionales controvertidas, que regulan el ejercicio concreto de tales prácticas, están incluidas en el ámbito de aplicación material de la Directiva.

b) Ámbito de aplicación personal

37. La inclusión de la normativa nacional objeto de litigio en el ámbito de aplicación personal de la Directiva 2005/29 depende de si dicha normativa, al igual que la Directiva, también tiene por objeto la protección de los consumidores. En la sentencia Mediaprint,[19] el Tribunal de Justicia declaró que una normativa nacional relativa a las prácticas comerciales desleales está incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva cuando no sólo pretende proteger a los consumidores sino que también persigue otros objetivos. Tal y como se desprende del sexto considerando de esta Directiva, únicamente se excluyen de su ámbito de aplicación las normativas nacionales relativas a prácticas comerciales desleales que menoscaben *sólo* los intereses económicos de los competidores o que se refieran a transacciones entre comerciantes. Por lo tanto, aunque el objetivo de la normativa reguladora de los anuncios de ventas en liquidación recogida en los artículos 33a y siguientes de la UWG fuese proteger no sólo a los consumidores sino también o incluso principalmente a los competidores, este hecho no excluiría la aplicabilidad de la Directiva.

38. Como ha declarado reiteradamente el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia,[20] corresponde al órgano jurisdiccional remitente, al que también incumbe la interpretación del Derecho nacional, dilucidar si el objetivo de la disposición nacional controvertida es efectivamente proteger a los consumidores, a fin de poder determinar si dicha disposición está incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva. A este respecto, debe recordarse que en su resolución de remisión,[21] el órgano

18 — Véanse las sentencias VTB-VAB y Galatea, citada en la nota 7 *supra*, apartado 50; Plus Warenhandelsgesellschaft, citada en la nota 8 *supra*, apartado 36, y Mediaprint, citada en la nota 10 *supra*, apartado 17, así como el auto de 30 de junio de 2011, Wamo (C-288/10, Rec. p. I-5835), apartado 30.

19 — Sentencia Mediaprint, citada en la nota 10 *supra*, apartados 21 a 24.

20 — Véase el auto Wamo, citado en la nota 18 *supra*, apartado 28.

21 — Véase la página 7 de la resolución de remisión.

jurisdiccional remitente secunda en gran medida la afirmación de que el anuncio de una venta en liquidación con arreglo a la definición recogida en el artículo 33a, apartado 1, de la UWG constituye «sin duda una práctica comercial en el sentido de la Directiva 2005/29», con lo que deja entrever claramente su postura de que la normativa controvertida está comprendida en el ámbito de aplicación de la mencionada Directiva. Ello supone admitir implícitamente que el objetivo de la normativa objeto de litigio es en cualquier caso proteger a los consumidores.

39. Existen varios indicios que apuntalan esta conclusión. Como se desprende de las observaciones formuladas por el Gobierno austriaco [22] y por el Schutzverband, [23] así como de la jurisprudencia de los tribunales austriacos [24] y de la doctrina jurídica, [25] la normativa sobre ventas en liquidación recogida en el artículo 33a, apartado 1, de la UWG tiene como finalidad hacer frente al uso abusivo de las ventas en liquidación (simuladas) que se aprovechan de la atracción dimanada del anuncio al público de que un empresario, por razones imperativas extraordinarias, se ve obligado a llevar a cabo una venta en liquidación en condiciones y por precios especialmente ventajosos. Esta normativa contempla únicamente las ventas en liquidación anunciadas, toda vez que sugieren la posibilidad de llevar a cabo compras especialmente ventajosas. Tales anuncios pueden ejercer fácilmente una influencia psicológica sobre los consumidores, por lo que su uso podría ser abusivo en detrimento de los competidores. A fin de poner coto a esta situación, el artículo 33a, apartado 1, de la UWG supedita la admisibilidad de tales anuncios a la concesión de una autorización administrativa. Según se indica, esta normativa tiene en cuenta tanto la protección de los empresarios y los competidores frente a la competencia desleal como la de los consumidores frente a una influencia psicológica.

40. En consecuencia, a los efectos del presente procedimiento puede considerarse que esta normativa también está comprendida en el ámbito de aplicación personal de la Directiva 2005/29. No obstante, este extremo deberá ser confirmado por el órgano jurisdiccional remitente.

c) Ningún motivo de excepción

41. Sólo será posible afirmar la aplicabilidad de la Directiva 2005/29 en caso de que en el litigio principal no sea pertinente ninguna excepción. En su argumentación, el Schutzverband cuestiona la aplicabilidad de la Directiva remitiéndose al artículo 3, apartado 8, de la misma. Esta disposición, que excluye determinadas materias del ámbito de aplicación material de la Directiva, establece que «la [...] Directiva se entenderá sin perjuicio de cualesquiera requisitos para [...] los regímenes de autorización [...] u otras normas específicas que rijan las profesiones reguladas». A juicio del Schutzverband, ello implica que las normativas en materia de autorizaciones, como las reservas de control administrativo, incluida la normativa contenida en los artículos 33b y siguientes de la UWG sobre el procedimiento de autorización que deben llevar a cabo las autoridades administrativas y el contenido necesario de la resolución adoptada, no están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva. Sin embargo, cabe oponer a esta argumentación que en el litigio principal no se debate acerca de una normativa nacional específica relativa a una «profesión regulada» en el sentido de esta disposición. Por consiguiente, este motivo de excepción no es pertinente.

22 — Véanse los puntos 7 y 8 del escrito del Gobierno austriaco.

23 — Véase el punto 6 del escrito del Schutzverband.

24 — Véanse las sentencias del Verwaltungsgerichtshof de 25 de febrero de 1993 (asunto nº 93/04/0011) y de 14 de abril de 1999 (asunto nº 98/04/0159, Recopilación nº 15123 A/1999); sentencia del Oberster Gerichtshof de 25 de marzo de 2003 (asunto nº 4Ob48/03t).

25 — Véanse Duursma, D., en: *UWG – Kommentar* (coord. Maximilian Gumpoldsberger/Peter Baumann), Viena 2006, artículo 33a, marginal 1, p. 1185; Wiltschek, L., *UWG – Kommentar*, 2ªed., Viena 2007, artículos 33a-f, marginal 1, p. 1034; Feik, R., *Öffentliches Wirtschaftsrecht* (coord. Michael Holoubek/Michael Potacs), Viena 2002, p. 177.

d) Conclusión parcial

42. En virtud de las consideraciones expuestas, procede declarar que en el litigio principal nada indica que la Directiva 2005/29 no pueda aplicarse. No obstante, corresponde al órgano jurisdiccional remitente efectuar esta apreciación.

2. Aspectos procedimentales de la cuestión prejudicial

43. Una vez afirmada, en principio, la aplicabilidad de la Directiva 2005/29, deberá examinarse a continuación si el legislador austriaco ha cumplido los requisitos exigidos por el Derecho de la Unión al implantar los medios procedimentales destinados a garantizar la aplicación de la Directiva en el Derecho nacional. Habida cuenta de la diversidad de las cuestiones jurídicas planteadas por la petición de decisión prejudicial, abordaré sucesivamente, en aras de una mayor claridad, el análisis de dichas cuestiones.

a) Control de las autoridades administrativas nacionales

44. La primera cuestión de carácter procedimental que plantea este asunto es si la Directiva 2005/29 permite que las autoridades administrativas lleven a cabo un control del carácter desleal de las prácticas comerciales. A mi juicio, la respuesta se desprende de los artículos 11 y 12 de la Directiva, según los cuales, los Estados miembros están facultados para establecer procedimientos jurisdiccionales y administrativos destinados a luchar contra las prácticas comerciales desleales, con miras al cumplimiento de la Directiva. El carácter alternativo de ambos procedimientos, reflejado claramente en el tenor literal («a los tribunales o a los órganos administrativos») de estas disposiciones, evidencia que la determinación del procedimiento adecuado queda, en principio, a discreción de los Estados miembros.[26] Por cuanto se ha expuesto, se debe concluir que la Directiva 2005/29 admite que se atribuya a las autoridades administrativas la facultad de controlar el carácter leal de las prácticas comerciales.

b) Competencia de las autoridades para llevar a cabo controles *ex ante*

45. Como ya he señalado, otra cuestión de naturaleza procedimental que plantea el presente asunto es si la Directiva 2005/29 permite a las autoridades administrativas llevar a cabo un control *ex ante* de las prácticas comerciales. A este respecto, cabe reseñar, como indica acertadamente el órgano jurisdiccional remitente en su resolución de remisión,[27] que la Directiva no lo prohíbe explícitamente. En efecto, de la Directiva no se desprende que sólo se permitan los controles *ex post* y que se excluya

26 — Véase Holzmayr-Schrenk, T., *Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken*, Múnich 2010, p. 68, según quien, aunque el objetivo de la Directiva 2005/29 sea lograr una armonización plena, dicha Directiva no prescribe ningún sistema concreto en el ámbito de la lucha contra las prácticas comerciales desleales. Stolze, C., *Harmonisierung des Lauterkeitsrechts in der EU – Unter besonderer Berücksichtigung der Sanktionssysteme*, Hamburgo 2010, p. 159, señala que de los artículos 11 y 12 de la Directiva 2005/29 se infiere que los Estados miembros son libres de configurar procedimientos administrativos o jurisdiccionales civiles destinados a la protección contra las prácticas comerciales desleales. Alexander, C., «Die Sanktions- und Verfahrensvorschriften der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im Binnenmarkt – Umsetzungsbedarf in Deutschland?», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht - Internationaler Teil*, 2005, p. 810, destaca que el Derecho de la Unión hasta ahora se ha limitado a unificaciones puntuales de las disposiciones sancionadoras y de procedimiento de los Estados miembros, y no prescribe ningún sistema concreto de lucha contra las prácticas comerciales desleales. La Directiva 2005/29 tampoco modifica esta tolerancia del Derecho de la Unión hacia la variedad de sistemas de aplicación. Sigue correspondiendo a los legisladores nacionales decidir si se combaten dichas prácticas por la vía administrativa, penal o civil. Ciatti, A., «La tutela amministrativa e giurisdizionale», *La pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori* (coord. Giovanni De Cristofaro), Turín 2007, p. 267, indica que el alto grado de precisión y el carácter detallado de las exigencias sustantivas que la Directiva 2005/29 impone a la legislación nacional de transposición no rige respecto a los mecanismos de aplicación y sancionadores, máxime porque el legislador nacional goza de un amplio margen de discreción para su configuración.

27 — Véase el apartado 3 de la resolución de remisión.

la posibilidad de establecer una autorización previa de las autoridades administrativas para determinadas prácticas comerciales. Como expondré a continuación, de una interpretación del tenor literal de las disposiciones pertinentes efectuada teniendo en cuenta la sistemática de las mismas se infieren incluso argumentos a favor de la compatibilidad con la Directiva de dicho control *ex ante*.

46. En primer lugar, de la disposición fundamental contenida en el artículo 11, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2005/29 se desprende que el Derecho de la Unión impone a los Estados miembros la obligación de «[velar] por que existan medios adecuados y eficaces para luchar contra las prácticas comerciales desleales, con miras al cumplimiento de las disposiciones de la presente Directiva en interés de los consumidores». Esto implica que la compatibilidad con la Directiva de una medida adoptada por un Estado miembro queda supeditada a la condición de que sea «adecuada» y «eficaz» para poner fin a las prácticas comerciales desleales. Por lo tanto, como ya expliqué en mis conclusiones presentadas en el asunto Banco Español de Crédito, [28] los Estados miembros gozan de un amplio margen para diseñar tales medidas, [29] toda vez que, teóricamente, son diversas las medidas que satisfacen ambas exigencias. En definitiva, sólo cabría descartar aquellas medidas manifiestamente inadecuadas e ineficaces. Esta disposición tiene en cuenta, como en el caso de otros instrumentos jurídicos en el ámbito de la protección de los consumidores, [30] las distintas tradiciones jurídicas de los Estados miembros.

47. El artículo 11, apartados 1 y 2, de la Directiva determina las medidas concretas de las que se trata al conceder, por ejemplo, a una persona o a una organización que, con arreglo a la legislación nacional, tenga un interés legítimo en combatir las prácticas comerciales desleales la facultad de proceder judicialmente contra dichas prácticas [31] y/o de incoar un procedimiento ante un órgano administrativo. Además, el artículo 11, apartado 2, prevé una serie de facultades que deben conferirse a los tribunales o a los órganos administrativos para que puedan prohibir las prácticas comerciales desleales. Estas facultades comprenden asimismo la adopción de medidas cautelares y la adopción de medidas que eliminen los efectos de este tipo de prácticas comerciales. Esta lista de medidas no es, en absoluto, exhaustiva, [32] sino que fija el nivel mínimo que deben respetar todos los Estados miembros, [33] tal y como se desprende del artículo 11, apartado 1, párrafo primero, donde se alude a los «medios» con

28 — Véanse las conclusiones presentadas el 14 de febrero de 2012 en el asunto Banco Español de Crédito (sentencia de 14 de junio de 2012, C-618/10), punto 105.

29 — Véase Stolze, C., *loc. cit.*, nota 26 *supra*, p. 158, en cuya opinión el elástico tenor de la Directiva 2005/29 confiere a los Estados miembros amplias posibilidades al transponer las normas de ejecución en el sentido de los artículos 11 y 12. En términos similares se expresa Koch, E., *Die Richtlinie gegen unlautere Geschäftspraktiken – Aggressives Geschäftsgebaren in Deutschland und England und die Auswirkungen der Richtlinie*, Hamburgo 2006, p. 55. Véase Henning-Bodewig, F., «Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht - Internationaler Teil*, 2005, p. 633, que señala que la Directiva 2005/29 se limita, en esencia, a reproducir la normativa de la Directiva 84/450/CEE. Es sabido que el amplio margen de actuación conferido por esta última Directiva permitía todo tipo de sistemas civiles, penales o administrativos siempre que combatiesen la competencia desleal con medios adecuados y eficaces. En opinión de la autora, la Directiva no llega a armonizar los diferentes sistemas, cuyas normas de ejecución son especialmente dispares. De Cristofaro, G., «Die zivilrechtlichen Folgen des Verstoßes gegen das Verbot unlauterer Geschäftspraktiken: eine vergleichende Analyse der Lösungen der EU-Mitgliedstaaten», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht - Internationaler Teil*, 2010, p. 1023, denuncia la disparidad de las normativas adoptadas sobre la base del artículo 11 de la Directiva 2005/29 y considera fracasado el ambicioso objetivo de armonización plena de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros en relación con las prácticas comerciales desleales.

30 — La redacción de los artículos 11 y 12 de la Directiva 2005/29 es idéntica a la de los artículos 4 a 6 de la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa (DO L 250, p. 17). El artículo 11, apartado 1, de la Directiva 2005/29 presenta además cierta similitud con el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DO L 95, p. 29), según el cual «los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores». Véanse al respecto mis reflexiones en las conclusiones presentadas el 6 de diciembre de 2011 en el asunto Invitel (sentencia de 26 de abril de 2012, C-472/10), punto 38.

31 — Sobre la relevancia de la acción colectiva en el ámbito del Derecho de defensa de los consumidores, véanse mis conclusiones presentadas en el asunto Invitel, citadas en la nota 30 *supra*, puntos 36 y 37.

32 — Véase Massaguer, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal – La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*, Madrid 2006, p. 144.

33 — Véanse mis conclusiones presentadas en el asunto Banco Español de Crédito, citadas en la nota 28 *supra*, punto 105. Véase Stuyck, J., «Enforcement of consumer rights and legal redress for consumers in the EU: An institutional model», *New frontiers of consumer protection* (coord. Fabrizio Cafaggi/H.-W. Micklitz), Oxford 2009, pp. 72 y 73, que llama la atención, por una parte, sobre la competencia de los Estados miembros para diseñar libremente las posibilidades de ejercicio del derecho en el ámbito nacional y, por otra, sobre el hecho de que la Directiva 2005/29 establece determinados estándares mínimos derivados del Derecho de la Unión que los Estados miembros deben respetar forzosamente.

carácter general sin detallar las medidas concretas. Esta disposición se precisa en el párrafo segundo, según el cual, estos medios «deberán incluir» las medidas mencionadas a continuación. Del tenor literal de esta disposición se infiere que, en cualquier caso, los Estados miembros deberán introducir en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas expresamente mencionadas. Sin embargo, no permite concluir que se prohíba a los Estados miembros introducir otros procedimientos o recursos que también puedan ser adecuados y eficaces.

48. Además, el artículo 11, apartado 2, letra b), prevé expresamente la facultad de los órganos administrativos para prohibir una práctica comercial desleal «cuando ésta no haya sido todavía utilizada pero sea inminente su utilización». Esta disposición se refiere a una prohibición administrativa de carácter preventivo. Tanto la semejanza con este mecanismo de prohibición preventiva como la enumeración no exhaustiva de medidas para luchar contra las prácticas comerciales desleales evidencian la compatibilidad con la Directiva 2005/29 de un mecanismo de control *ex ante*. Esto mismo rige respecto al cumplimiento de los requisitos de adecuación y eficacia previstos en el artículo 11, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva, máxime porque resulta prácticamente indubitado que un reconocimiento lo más temprano posible de las prácticas comerciales desleales contribuye a impedirlas antes de que desplieguen sus efectos de distorsión de la competencia.

49. A este respecto, considero relevantes las alegaciones formuladas por el Gobierno austriaco [34] sobre la finalidad legislativa de la normativa relativa a los anuncios de ventas en liquidación. Dicho Gobierno señala que una apreciación *ex post* del carácter desleal de las prácticas comerciales carecería de eficacia respecto a las ventas en liquidación que requieren de una autorización en virtud de los artículos 33a y siguientes de la UWG, dado que en la mayoría de los casos la empresa ya no existirá una vez finalizada la venta en liquidación. Con arreglo al artículo 33a de la UWG, se trata de «toda comunicación pública o aviso dirigido a un amplio círculo de personas que den a entender la intención de vender al por menor productos en gran cantidad en un breve espacio de tiempo y, al mismo tiempo, puedan despertar la impresión de que el comerciante, debido a circunstancias especiales, tiene necesidad de vender rápidamente y por eso ofrece sus productos en condiciones o a precios extraordinariamente ventajosos. Las comunicaciones o avisos que contengan las expresiones “liquidación”, “venta en liquidación”, “liquidación total”, “venta urgente”, “venta a precios de coste”, “liquidamos existencias” o similares se considerarán en cualquier caso anuncios de ventas en liquidación».

50. Independientemente de la cuestión de si tales comunicaciones públicas deben considerarse «prácticas comerciales desleales» en el sentido de la Directiva 2005/29, lo cual deberá apreciarse en cada caso concreto, una intervención temprana de las autoridades parece justificada por las circunstancias expuestas que motivan una venta en liquidación especialmente urgente. Por consiguiente, una normativa que confiere a los órganos administrativos competencias que les facultan para controlar *ex ante* las prácticas comerciales cumple los requisitos de adecuación y eficacia previstos en el artículo 11, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2005/29.

51. Por consiguiente, la Directiva 2005/29 permite, en principio, que los Estados miembros confieran a sus órganos administrativos la competencia para llevar a cabo controles *ex ante* de las prácticas comerciales.

34 — Véase el punto 18 del escrito del Gobierno austriaco.

c) Compatibilidad con la Directiva de una prohibición legal, bajo sanción penal, con reserva de autorización

52. Si se confiere a los Estados miembros esta facultad, lógicamente también debería concedérseles, en principio, la facultad de prever en su Derecho procesal interno la sujeción del ejercicio de determinadas prácticas comerciales que podrían ser calificadas de desleales a una prohibición legal con reserva de autorización. En principio, la obligación legal del titular de un negocio de recabar una autorización administrativa antes de llevar a cabo una venta en liquidación pública no es contraria a la Directiva 2005/29, toda vez que este requisito legal únicamente constituye una modalidad procesal cuya finalidad es posibilitar el control *ex ante* a los órganos administrativos. Como ya he expuesto,[35] si no se conoce la intención de un comerciante de anunciar una venta en liquidación, la realización de tal control sería, con toda probabilidad, inútil. Por lo tanto, tal configuración legal de las modalidades procesales se atiene a los criterios de adecuación y eficacia para luchar contra las prácticas comerciales desleales, previstos en el artículo 11, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva.

53. Además, la Directiva 2005/29 no contiene ninguna disposición que se oponga a que los Estados miembros, al configurar el procedimiento relativo a esta prohibición legal con reserva de autorización, prevean que, en caso de vulneración de dicha prohibición, los órganos administrativos se limiten a declarar la inexistencia de una autorización, sin decidir sobre el fondo del asunto en esa fase del procedimiento. Ahora bien, esto rige únicamente a condición de que el comerciante conserve la posibilidad de incoar a continuación el debido procedimiento administrativo y solicitar la concesión de una autorización, a fin de que se resuelva sobre el fondo del asunto, premisa de la que se parte a continuación.

54. En efecto, sólo en ese caso podría reconocerse al régimen legal de la prohibición con reserva de autorización una función dentro de un mecanismo procedimental destinado a garantizar un control *ex ante*. Si se privase al comerciante de la mencionada posibilidad –lo que, por lo demás, no se deduce del litigio principal–, tal régimen daría lugar a una prohibición definitiva, lo cual equivaldría a una prohibición general del ejercicio de prácticas comerciales, para la que la Directiva 2005/29 no brinda ninguna base jurídica. Una prohibición definitiva *a posteriori* de esta naturaleza sería contraria no sólo a la concepción liberal de la Directiva a favor de la libertad empresarial[36] sino también a la estructura normativa de la Directiva, según la cual las prácticas comerciales están en principio permitidas siempre que no concurran los criterios que determinan su carácter desleal. Como ha declarado el Tribunal de Justicia en la sentencia Mediaprint, cuando una práctica comercial comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva no figure en su anexo I, sólo podrá considerarse desleal –y, por tanto, prohibirse– a raíz de un análisis específico, realizado en particular a la luz de los criterios enunciados en los artículos 5 a 9 de la Directiva.[37] Además, ello supondría una sanción desproporcionada con respecto al objetivo de garantizar la aplicación de la Directiva. De ello me ocuparé al examinar las cuestiones jurídicas sustantivas.

55. El hecho de que en virtud del artículo 33f de la UWG las infracciones se sancionen con una multa no fundamenta por sí mismo una incompatibilidad con la Directiva 2005/29, máxime porque el artículo 13 de la Directiva dispone expresamente que los Estados miembros «establecerán sanciones para los casos de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la presente Directiva». Esta disposición también prevé que los Estados miembros «tomarán todas las medidas necesarias» para garantizar el cumplimiento de la Directiva. Las sanciones deberán ser

35 — Véase el punto 49 de las presentes conclusiones.

36 — Véanse mis conclusiones presentadas en los asuntos VTB-VAB y Galatea, sentencia citada en la nota 7 *supra*, punto 81, y Mediaprint, sentencia citada en la nota 10 *supra*, punto 74.

37 — Sentencia Mediaprint, citada en la nota 10 *supra*, apartado 43.

«efectivas, proporcionadas y disuasorias».[38] Habida cuenta de que la amenaza de imposición de una multa es, en principio, una medida necesaria para lograr que el comerciante actúe conforme a Derecho y notifique a las autoridades todo anuncio de venta en liquidación, entre los que podría figurar alguna práctica comercial desleal, no cabe duda de que tal sanción es efectiva y disuasoria. No existen indicios que permitan sostener que dicha multa sea desproporcionada con respecto al objetivo de luchar contra las prácticas comerciales desleales.

d) Control judicial de la decisión administrativa

i) Exposición de la problemática

56. Otro aspecto procedimental que suscita la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente es la relativa al alcance de la apreciación que compete a los tribunales nacionales en el marco de las acciones de cesación ejercidas por los competidores con arreglo al artículo 34, apartado 3, de la UWG. El órgano jurisdiccional remitente solicita, en esencia, que se dilucide si un tribunal nacional puede estar obligado legalmente a prohibir un anuncio de venta en liquidación únicamente porque el comerciante no disponía de una autorización, sin tener que entrar a examinar en dicho procedimiento el carácter engañoso, agresivo o desleal en cualquier otro sentido de esta práctica comercial.

57. A mi juicio, la respuesta a esta cuestión exige tener en cuenta, en primera línea, las consecuencias jurídicas que semejante prohibición judicial despliega dentro del ordenamiento jurídico nacional. Una normativa procedimental como la controvertida en el presente asunto no satisfará las exigencias de la Directiva si conduce a la prohibición definitiva de determinada práctica comercial sin que el carácter desleal de dicha práctica haya sido constatado en el marco de una apreciación del caso concreto. Ya se ha señalado que es imprescindible la apreciación del caso concreto para imponer tal prohibición.[39]

58. Como expondré a lo largo de mi argumentación, cabe concebir algunas situaciones en las que dicha apreciación del caso concreto no esté plenamente garantizada. En este contexto, la Directiva 2005/29 prohíbe a los Estados miembros imponer a sus tribunales la obligación de limitarse en tales situaciones a examinar si se ha cumplido el requisito de recabar una autorización.

ii) Margen de actuación de los Estados miembros en materia procedimental

59. Antes de abordar el análisis de estas situaciones específicas conviene, sin embargo, aclarar algunos aspectos relativos a la competencia de los Estados miembros para configurar la acción de cesación. Deberá dilucidarse, ante todo, qué tipo de control jurídico deben llevar a cabo los órganos jurisdiccionales nacionales competentes para conocer de dicha acción. En otros términos, ¿puede un órgano jurisdiccional que conoce de una acción de cesación limitarse a examinar la observancia de una formalidad como la concesión de una autorización o, por el contrario, está obligado, en virtud del Derecho de la Unión, a examinar si la práctica comercial controvertida es efectivamente desleal en el sentido de la Directiva 2005/29?

38 — Si se parte de la premisa de que el legislador de la Unión no estableció una duplicidad superflua, habrá que entender que el artículo 13 de la Directiva 2005/29 contiene una disposición especial en relación con las consecuencias jurídicas previstas en la normativa nacional para el incumplimiento de la obligación de lealtad (sanciones), mientras que el artículo 11, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva rige respecto a las cuestiones de aplicación y de procedimiento. Ahora bien, la Directiva no mantiene a lo largo de su articulado una nítida línea divisoria entre ambos ámbitos, lo cual, no obstante, reviste una importancia secundaria a efectos de la transposición de la Directiva. Véase en este sentido Alexander, C., *loc. cit.*, nota 26 *supra*, p. 811.

39 — Véase el punto 53 de las presentes conclusiones.

60. Como ya he expuesto, los Estados miembros gozan, en principio, de una amplia discrecionalidad para configurar procedimentalmente los instrumentos de lucha contra las prácticas comerciales desleales en las operaciones comerciales. [40] Si, como aquí se defiende, el Derecho de la Unión confiere a los Estados miembros la competencia para supervisar el carácter leal de las operaciones comerciales a través de un control *ex ante* efectuado por los órganos administrativos nacionales, consecuentemente también deberá conferirles la facultad para prever en sus ordenamientos jurídicos la obligación de los órganos jurisdiccionales de aplicar en el marco de los procedimientos de cesación el mismo criterio legal que los órganos administrativos. Esta apreciación es tanto más pertinente cuanto que la razón de ser de una prohibición judicial de un anuncio de venta en liquidación a raíz de una acción de cesación ejercitada por un competidor con arreglo al artículo 34, apartado 3, de la UWG es, en esencia, garantizar por la vía de la jurisdicción ordinaria la eficacia de un régimen legal como el debatido en el presente asunto. [41] La acción de cesación no es sino un «medio», en el sentido del artículo 11 de la Directiva 2005/29, del que el competidor puede hacer uso para impugnar un incumplimiento de la obligación de recabar una autorización. Tal y como el Schutzverband ha expuesto convincentemente en sus observaciones formuladas en la vista, el objetivo de la amenaza legal de una orden judicial de cesación es, en definitiva, obligar al comerciante a respetar el procedimiento de autorización previsto en el artículo 33b de la UWG.

61. En aras de una coherente configuración de la protección jurídica a escala nacional es necesario que los órganos administrativos y los órganos jurisdiccionales apliquen el mismo criterio al examinar si el comerciante ha obrado lícitamente. Para el caso de que el comerciante incumpliera la obligación de recabar la autorización prevista en el artículo 33b de la UWG, debe considerarse en principio legítimo que el Derecho nacional prevea que el control judicial en el marco de un procedimiento con arreglo al artículo 34, apartado 3, de la UWG se limite a analizar la cuestión de si, según el Derecho nacional, el anuncio estaba sujeto a autorización y si dicha autorización fue recabada, sin que el órgano jurisdiccional deba decidir en ese momento sobre el carácter desleal de la práctica comercial controvertida.

62. Debe afirmarse, por consiguiente, que, en principio, la Directiva 2005/29 permite a los Estados miembros prever legalmente que, en el marco de las acciones de cesación, los órganos jurisdiccionales nacionales deban limitar su control a examinar si se ha observado la obligación de recabar la correspondiente autorización.

iii) Prohibición de elusión de la obligación de llevar a cabo una apreciación individual

63. El margen de actuación concedido a los Estados miembros para configurar dichos «medios» no es, sin embargo, ilimitado. Sólo resulta operativo dentro de los límites fijados por la Directiva 2005/29. A los efectos de la problemática analizada en el presente asunto esto significa que la configuración de las acciones de cesación no podrá implicar en modo alguno la elusión de la obligación, derivada del Derecho de la Unión, de llevar a cabo una apreciación del caso concreto, ya sea durante el procedimiento jurisdiccional o posteriormente.

40 — Véase el punto 46 de las presentes conclusiones.

41 — Como se desprende del artículo 34, apartado 3, de la UWG, la acción de cesación sólo podrá ejercitarse por la vía judicial ordinaria, es decir, ante la jurisdicción civil. El ejercicio de una acción de cesación con arreglo a esta disposición no presupone la concurrencia de responsabilidad ni tampoco que con su comportamiento ilícito el comerciante haya pretendido obtener una ventaja frente a los competidores respetuosos con la ley. Esto mismo rige respecto a la pretensión de reparación conforme al artículo 15 de la UWG. Además, en caso de incumplimiento de los preceptos administrativos recogidos en el epígrafe II, entre los que se encuentran las disposiciones controvertidas, cabe asimismo la adopción de medidas cautelares con arreglo al artículo 24 de la UWG (véase Duursma, D., en: *UWG-Kommentar*, *loc. cit.*, nota 25 *supra*, artículo 34, marginal 4, p. 1203).

64. Análogamente a los argumentos anteriores relativos al procedimiento administrativo, [42] la prohibición judicial no puede llevar a privar al comerciante de derechos como el de incoar a continuación el debido procedimiento administrativo y solicitar la concesión de una autorización. De ser así, la prohibición judicial ya no cumpliría la función de garantizar procedimentalmente la observancia del control *ex ante* que incumbe a los órganos administrativos, sino que supondría una prohibición judicial de carácter definitivo que equivaldría a una prohibición general del ejercicio de prácticas comerciales.

65. Habida cuenta de estas consideraciones, una normativa nacional como la controvertida no sería compatible con la Directiva 2005/29 si el hecho de no haber recabado una autorización previa trajese consigo irremediablemente la prohibición de la práctica comercial debatida, sin haber sometido a un examen objetivo –en el marco administrativo o jurisdiccional– su carácter leal. En otros términos, el empresario, aun habiendo actuado ilícitamente en un primer momento al no recabar una autorización previa, debe conservar la posibilidad de acceder a una apreciación individual sobre el fondo, ya sea ante los órganos administrativos o ante los órganos jurisdiccionales. La normativa nacional no puede conducir a una imperativa prohibición permanente de una práctica comercial que en sí es leal. Cuestión distinta es la admisibilidad de la sanción impuesta a un comerciante por el mero hecho de haber infringido la normativa procedimental nacional. En principio, a la luz de la autonomía procesal que la Directiva 2005/29 reconoce a los Estados miembros, nada cabe objetar a esta previsión. [43] Sí podría impugnarse, por el contrario, una normativa procedimental nacional que supusiese un impedimento jurídico o fáctico a una práctica comercial que sea conforme a Derecho por ser en sí leal. [44]

66. Un elevado riesgo de impedimento existiría, por ejemplo, en una situación en la que el factor tiempo sea especialmente importante para el comerciante. Este sería el caso de una venta de promoción de artículos de temporada, [45] que, por naturaleza, sólo se comercializan en determinadas épocas del año. Una prohibición judicial de un anuncio de venta en liquidación en ese período de tiempo basada únicamente en la ausencia de la autorización tendría *de facto* los mismos efectos que una prohibición absoluta. Si bien es cierto que, en principio, el comerciante aún tendría la posibilidad de solicitar *a posteriori* la autorización, ya no tendría ningún sentido para él llevar a cabo la venta en liquidación fuera del período de tiempo relevante. Por lo tanto, toda resolución judicial adoptada con el único objeto de declarar el incumplimiento de la obligación de recabar la autorización supondría, en definitiva, la prohibición permanente de una medida lícita. Sin embargo, conviene recordar que la imposición de una prohibición permanente basada en una mera irregularidad administrativa contradice el objetivo de la Directiva 2005/29, a saber, que únicamente se prohíban aquellas prácticas comerciales que efectivamente sean agresivas, engañosas o desleales en cualquier otro sentido.

67. Al parecer, el legislador austriaco ha tenido en cuenta esta situación específica, toda vez que en el artículo 33a, apartado 2, de la UWG exonera desde un principio las denominadas «ventas en rebajas de fin de temporada» de la obligación de recabar una autorización. La finalidad de estas ventas en rebajas de fin de temporada, fruto de la actividad empresarial, es permitir a los comerciantes deshacerse de las existencias remanentes, especialmente de los artículos de temporada y de moda. Por tanto, están

42 — Véase el punto 53 de las presentes conclusiones.

43 — Véase el punto 55 de las presentes conclusiones.

44 — El Derecho procesal civil de los Estados miembros no es ajeno a las prescripciones del Derecho de la Unión y, sobre todo, no puede impedir o hacer prácticamente imposible el ejercicio de las distintas posiciones jurídicas conferidas por el Derecho de la Unión. El Derecho procesal civil de los Estados miembros deberá prever recursos que posibiliten la aplicación eficaz del Derecho de la Unión (véase Hess, B., *Europäisches Zivilprozessrecht*, Heidelberg 2010, § 11, p. 621, apartado 7). En lo que atañe a la presente problemática, se desatendería el objetivo de la Directiva 2005/29 si se admitiese la prohibición de una práctica comercial en sí leal por el simple hecho de que no se respetó un requisito procedimental (en este caso, la obligación de recabar una autorización). La regulación de los procedimientos debe hacerse conciliando el interés del legislador nacional (en este caso, la puntual notificación a los órganos administrativos de una práctica comercial potencialmente desleal) y el interés del legislador de la Unión en que únicamente se prohíban aquellas prácticas comerciales efectivamente desleales. A fin de garantizar que una posición jurídica (en este caso, el libre ejercicio de una práctica comercial leal) no resulte irreparablemente perjudicada, incumbe al legislador nacional prever los recursos necesarios.

45 — Entre ellos figuran los artículos empleados habitualmente con motivo de las festividades tradicionales como Navidad, Nochevieja, Carnaval y Pascua (por ejemplo, artículos de decoración, disfraces, determinados alimentos y artículos de pirotecnia).

realizadas con miras a posibilitar la limpieza de los almacenes, a evitar el deterioro de las mercancías y a aumentar la liquidez.[46] De las observaciones formuladas en la vista por el Gobierno austriaco y de la jurisprudencia de los tribunales austriacos[47] se infiere que estas ventas en rebajas de fin de temporada no sólo incluyen los artículos de temporada mencionados, sino también otros artículos que no están necesariamente comprendidos en esa categoría,[48] de manera que en el ordenamiento jurídico austriaco parece partirse de una concepción amplia de esta excepción. Suponiendo que esto sea así, el artículo 33a, apartado 2, de la UWG contribuiría, en definitiva, a reducir el riesgo de que se impida *de facto* el ejercicio de una práctica comercial leal. En efecto, en estos casos la actividad empresarial del comerciante se consideraría desde el principio no sujeta a autorización, por lo que no estaría supeditada a ninguna exigencia procedimental ni, por ende, a condición alguna, siempre que sus prácticas comerciales no se reputen desleales en sentido jurídico. Por consiguiente, al menos en lo que concierne a la situación aquí analizada, una normativa nacional como la controvertida satisfaría, en principio, las exigencias de la Directiva 2005/29.

68. En conclusión, la normativa nacional controvertida no puede tener por resultado que se prohíba al comerciante de manera definitiva y permanente el ejercicio de una práctica comercial leal. El comerciante debe tener la posibilidad de solicitar a las autoridades competentes una decisión sobre el fondo del asunto sobre la base de los criterios recogidos en el anexo I y en los artículos 5 a 9 de la Directiva 2005/29. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente, que conoce directamente las circunstancias locales y tiene competencia exclusiva para interpretar el Derecho nacional, comprobar si el Derecho procesal nacional prevé para ello garantías suficientes.

e) Conclusión parcial

69. Del anterior examen de los aspectos procedimentales de la cuestión planteada se desprende que la Directiva 2005/29 no se opone, en principio, a una normativa nacional conforme a la cual el anuncio de una venta en liquidación sin la autorización de las autoridades administrativas competentes es inadmisible y, por lo tanto, debe prohibirse en un procedimiento judicial sin que el órgano jurisdiccional tenga que examinar en dicho procedimiento el carácter engañoso, agresivo o desleal en cualquier otro sentido de esta práctica comercial, siempre y cuando se garantice que no se prohíbe definitivamente una práctica comercial leal. El comerciante debe tener la posibilidad de solicitar que, en el marco de un procedimiento administrativo o jurisdiccional, se aprecie individualmente el carácter leal de la práctica comercial controvertida.[49]

3. Aspectos jurídico-materiales de la cuestión prejudicial

a) Consideraciones generales

70. La correcta transposición de las disposiciones materiales de la Directiva 2005/29 en el Derecho austriaco –al menos, en lo que al ámbito específico de los anuncios de ventas en liquidación se refiere– es una de las cuestiones fundamentales del presente asunto. La cuestión relativa a la compatibilidad con la Directiva de las disposiciones recogidas en los artículos 33a y siguientes de la

46 — Véanse Duursma, D., en: *UWG-Kommentar*, *loc. cit.*, nota 25 *supra*, artículo 33a, marginal 11, p. 1189, y Wiltschek, L., *UWG-Kommentar*, *loc. cit.*, nota 25 *supra*, artículos 33a-f, marginal 59, p. 1039.

47 — Véanse las sentencias del Oberster Gerichtshof de 16 de junio de 1987 (asunto nº 4 Ob 342/87) y de 29 de junio de 1993 (asunto nº 4 Ob 54/93). Sentencia del Verwaltungsgerichtshof de 16 de diciembre de 1998 (asunto nº 97/04/0090).

48 — Véase la sentencia del Oberster Gerichtshof de 29 de junio de 1993 (asunto nº 4 Ob 54/93), en la que se declaró admisible la venta de alfombras orientales en el marco de una venta en rebajas de fin de temporada, a pesar de que no se trata de artículos típicos de temporada.

49 — Los requisitos procedimentales previstos por la Directiva 2005/29 para la aplicación de ésta en los Estados miembros ponen de manifiesto claramente el estrecho vínculo existente entre los niveles de regulación supranacional y nacional. El legislador de la Directiva se limita a fijar una normativa general y los requisitos mínimos, dejando a la discreción del legislador nacional la configuración concreta de los medios de aplicación. Ambos niveles de regulación son elementos interactivos de un «sistema de doble nivel», como lo describiría Grundmann, S., «Systemdenken und Systembildung», en: *Europäische Methodenlehre* (coord. Karl Riesenhuber), 2ª ed., Berlín 2010, §10, apartado 2, p. 287.

UWG se suscita debido a que éstas constituyen la base jurídica en la que, en definitiva, deben apoyarse las autoridades administrativas para decidir sobre la concesión de la autorización al comerciante. La denegación de la autorización adoptada sobre una base jurídica contraria a la Directiva supondría una decisión administrativa que también contradiría la Directiva. El órgano jurisdiccional remitente no descarta que algunas de estas bases jurídicas no sean conformes con la Directiva. [50]

71. La incompatibilidad de las disposiciones nacionales controvertidas podría resultar del hecho de que las mismas imponen a las autoridades administrativas un régimen de decisión que no se corresponde con el de la Directiva 2005/29. Este régimen de decisión también incluiría los criterios según los cuales las autoridades administrativas deben apreciar el carácter desleal de las prácticas comerciales. Habida cuenta de que la Directiva persigue una armonización plena de las disposiciones materiales del Derecho sobre la competencia desleal, toda divergencia respecto de las normas de la Unión supondría un incumplimiento del Derecho de la Unión. Como acertadamente indica el órgano jurisdiccional remitente basándose en la jurisprudencia pertinente del Tribunal de Justicia, [51] el principio de primacía del Derecho de la Unión impide a las autoridades administrativas aplicar al particular una normativa nacional contraria a aquél.

b) Examen de la estructura de ambas normativas

72. Para poder determinar si la Directiva 2005/29 se opone a las disposiciones contenidas en los artículos 33a y siguientes de la UWG relativas a los anuncios de ventas en liquidación, es necesario examinar, y después comparar, la estructura normativa de las principales disposiciones de ambos textos legales.

i) La estructura de la Directiva 2005/29

73. El núcleo de la Directiva 2005/29 es la cláusula general de su artículo 5, apartado 1, que establece la prohibición de prácticas comerciales desleales. Qué debe entenderse por «desleal» queda precisado en el artículo 5, apartado 2. Según éste, una práctica comercial es desleal, por un lado, si es contraria a los requisitos de la «diligencia profesional» y, por otro, si puede «distorsionar de manera sustancial» el comportamiento económico del consumidor. Con arreglo al apartado 4 de ese mismo artículo, en particular, son desleales las prácticas comerciales que sean engañosas (artículos 6 y 7) o agresivas (artículos 8 y 9). El apartado 5 se remite al anexo I y a las prácticas comerciales allí mencionadas, que «se considerarán desleales en cualquier circunstancia». La misma lista única se ha de aplicar en todos los Estados miembros y sólo puede modificarse mediante una revisión de la Directiva.

74. De ahí se deduce que, en la aplicación del Derecho por las autoridades judiciales y administrativas nacionales, en primer lugar ha de atenderse a la lista de 31 supuestos de prácticas comerciales desleales contenida en el anexo I. Si una práctica comercial se puede subsumir en uno de esos supuestos, debe considerarse prohibida, sin necesidad de mayor análisis, por ejemplo, de sus efectos. Si el caso concreto no está comprendido en esa lista de prohibiciones, debe examinarse si estamos ante alguno de los ejemplos recogidos en la cláusula general (prácticas engañosas y agresivas). Sólo si no es así se aplica de forma directa la cláusula general del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2005/29.

50 — Véase el apartado 5 de la resolución de remisión.

51 — Véase el apartado 6 de la resolución de remisión.

ii) La regulación material de la UWG relativa a los anuncios de ventas en liquidación

75. Según el artículo 33b de la UWG, el anuncio de una venta en liquidación sólo se podrá hacer con autorización de la autoridad administrativa del distrito que tenga competencia en el lugar de la venta en liquidación. El artículo 33a, apartado 1, de la UWG define qué deberá entenderse por un «anuncio de venta en liquidación». Esta disposición enumera asimismo una serie de palabras clave utilizadas por regla general con motivo de estas comunicaciones. Tal y como se desprende de las aclaraciones hechas por el Gobierno austriaco [52] y el Schutzverband, [53] no todos los anuncios están sujetos a autorización. Quedan excluidas, según el artículo 33a, apartado 2, de la UWG, las comunicaciones y avisos sobre ventas en rebajas de fin de temporada, ventas en rebajas totales de temporada, ventas de promoción por inventario y similares, así como las ventas de promoción habituales en el ramo correspondiente en determinadas épocas del año.

76. Según el artículo 33b, número 4, la solicitud de autorización deberá contener los motivos por los que tendrá lugar la venta en liquidación, tales como defunción del titular del negocio, cierre del negocio o abandono de una determinada clase de productos, traslado del negocio, fuerza mayor o similares.

77. Según el artículo 33c, número 3, la autorización será denegada cuando no concurran las circunstancias antes citadas o cuando el anuncio de la venta no se refiera a un período ininterrumpido de tiempo. Asimismo se denegará la autorización cuando la venta haya de tener lugar entre el comienzo de la penúltima semana antes de Pascua y Pentecostés, entre el 15 de noviembre y Navidad o cuando haya de durar más de medio año, a no ser que se trate de la defunción del titular del negocio, fuerza mayor u otros casos de igual consideración. Si el negocio tuviese una antigüedad inferior a tres años, la autorización sólo se concederá en caso de defunción del titular del negocio, fuerza mayor u otros casos de igual consideración.

c) Compatibilidad de la regulación material con la Directiva 2005/29

i) Imposición de prohibiciones generales

78. Si se compara la estructura de ambas normativas, lo primero que llama la atención es que la UWG enumera una serie de prohibiciones generales que no encuentran parangón en la Directiva 2005/29.

79. Este hecho no se aprecia sino hasta que se lleva a cabo un análisis sistemático de las disposiciones nacionales controvertidas. Para ello, el artículo 33b de la UWG, en el que se recoge la obligación legal de recabar una autorización, debe interpretarse en relación con el artículo 33c, apartado 3, de la UWG. El carácter de prohibición se pone de manifiesto en el imperativo legal contenido en el artículo 33c, apartado 3, de la UWG, según el cual, las autoridades administrativas deberán denegar la autorización siempre que la venta reúna las particularidades detalladas en dicha disposición. En su virtud, la autorización será denegada cuando no se pretenda anunciar la venta para un período ininterrumpido de tiempo, cuando la venta haya de tener lugar en determinadas épocas del año (con ocasión de festividades religiosas como Pascua, Pentecostés o Navidad) o el comerciante no haya desempeñado su actividad empresarial durante un período mínimo de tres años. [54] Tal y como se desprende de las

52 — Véase el punto 2 del escrito del Gobierno austriaco.

53 — Véanse los puntos 4 y 5 del escrito del Schutzverband.

54 — Véase Seidelberg, H., «Überblick über das aktuelle Ausverkaufsrecht», *Recht und Wettbewerb*, nº 162, 2003, p. 2, quien refiriéndose a esta normativa, que ya estaba vigente en el ordenamiento jurídico austriaco con anterioridad a la transposición de la Directiva 2005/29, señala la existencia de «plazos legales de prohibición» para los anuncios de ventas en liquidación. Es evidente que esta expresión descansa sobre la idea de que la normativa controvertida establece una prohibición de base.

consideraciones formuladas por el órgano jurisdiccional remitente,[55] los criterios fijados en esta disposición no figuran en la lista de prácticas comerciales desleales recogida en el anexo I de la Directiva 2005/29 ni tampoco se basan en el carácter engañoso, agresivo o desleal en cualquier otro sentido de esta práctica comercial.

80. En realidad, esta normativa supone una prohibición general de determinadas prácticas comerciales, toda vez que el comerciante sólo puede partir de una concesión de la autorización cuando concurran circunstancias especiales. Dichas circunstancias se formulan, por un lado, de manera muy restrictiva («defunción del titular del negocio») y, por otro, como cláusula general («fuerza mayor», «otros casos de igual consideración»), por lo que el ciudadano difícilmente puede discernir en qué situaciones puede expedirse excepcionalmente una autorización. Como ha explicado en varias ocasiones el Tribunal de Justicia, para garantizar no sólo jurídicamente, sino también de hecho, la plena aplicación de las directivas, los Estados miembros están obligados a establecer un marco legal preciso en el ámbito de que se trate mediante la adopción de disposiciones jurídicas que puedan crear una situación suficientemente precisa, clara y transparente para permitir a los particulares conocer sus derechos e invocarlos ante los órganos jurisdiccionales nacionales.[56] No se ha de olvidar a este respecto que, tal y como se desprende del duodécimo considerando de la Directiva, uno de los objetivos perseguidos con su aprobación fue reforzar la seguridad jurídica tanto para los consumidores como para los empresarios. Según dicho considerando, los consumidores y las empresas podrán contar con un único marco normativo basado en conceptos jurídicos claramente definidos que regularán todos los aspectos de las prácticas comerciales desleales en toda la Unión Europea. Con ello se persigue la desaparición de los obstáculos al mercado derivados de la fragmentación de las normas jurídicas de los Estados miembros sobre prácticas comerciales desleales. Pues bien, como acertadamente señala la Comisión,[57] la normativa nacional controvertida no tiene suficientemente en cuenta estos objetivos.

81. La falta de seguridad jurídica perjudica al consumidor, pero sobre todo perjudica al comerciante. Cuando, con arreglo a este principio de regla-excepción, la autoridad administrativa deniega la autorización solicitada, el comerciante no puede anunciar una venta en liquidación sin arriesgarse a incumplir la ley y ser sancionado. Por lo tanto, desde la perspectiva del comerciante, la normativa entraña una prohibición general de los anuncios de venta en liquidación contemplados en el artículo 33a, apartado 1, de la UWG.

82. De las consideraciones precedentes se desprende que la normativa contenida en el artículo 33c, apartado 3, de la UWG incluye supuestos de hecho que van más allá de los que, conforme al anexo I de la Directiva 2005/29, se considerarán en cualquier circunstancia prácticas comerciales desleales. Si se contempla únicamente la sistemática de la UWG, esta conclusión se infiere del hecho de que, si bien es cierto que el legislador austriaco incorporó casi literalmente a la UWG la lista recogida en el anexo I de la Directiva, también ha mantenido en vigor la normativa anterior recogida en el artículo 33c, apartado 3, de la UWG. Por lo tanto, ambas normativas coexisten de forma paralela sin haber sido adaptadas entre sí desde el punto de vista de la técnica normativa. Habida cuenta de que, en definitiva, esto no es sino una ampliación unilateral de la lista exhaustiva recogida en el anexo I de la Directiva 2005/29, la normativa nacional debe considerarse contraria a lo dispuesto en la Directiva.

55 — Véase el apartado 5 de la resolución de remisión.

56 — Véanse en este sentido respecto de las directivas, las sentencias de 28 de febrero de 1991, Comisión/Italia (C-360/87, Rec. p. I-791), apartado 12, y de 15 de junio de 1995, Comisión/Luxemburgo (C-220/94, Rec. p. I-1589), apartado 10. Véanse asimismo las sentencias de 18 de enero de 2001, Comisión/Italia (C-162/99, Rec. p. I-541), apartados 22 a 25, y de 6 de marzo de 2003, Comisión/Luxemburgo (C-478/01, Rec. p. I-2351), apartado 20. Véase en detalle, sobre los requisitos de una correcta transposición de las Directivas de Derecho nacional, Schweitzer, M./Hummer, W./Obewexer, W., *Europarecht*, Viena 2007, p. 73, punto 268.

57 — Véase el punto 45 del escrito de la Comisión.

ii) Exigencia de motivación de los anuncios de ventas en liquidación

83. Además, debe señalarse que la UWG supedita la concesión de una autorización al cumplimiento de determinados requisitos. Un requisito formal esencial para la resolución de la autoridad competente sobre la solicitud consiste, según el artículo 33b, número 4, de la UWG en la indicación de los «motivos» por los que tendrá lugar la venta en liquidación. En esta disposición se mencionan varios de los motivos que justifican la concesión de una autorización. Del tenor del precepto («o similares») se infiere que la enumeración no es exhaustiva, por lo que resulta evidente que las autoridades administrativas disponen de un margen de apreciación en relación con otros posibles motivos. [58]

84. La obligación de indicar los motivos, en cuanto requisito formal, no suscita dudas acerca de su compatibilidad con la Directiva 2005/29, dado que su única finalidad es informar con carácter previo a las autoridades administrativas sobre el anuncio de venta en liquidación que pretende llevarse a cabo. Por consiguiente, constituye una obligación de carácter procedimental cuyo objetivo es informar previamente a las autoridades sobre la situación existente y permitirles así una decisión sobre el fondo. En otros términos, su finalidad es permitir a las autoridades un control *ex ante* de la práctica comercial en cuestión.

85. Desde un punto de vista jurídico material, los «motivos» legales mencionados a modo de ejemplo son, sin embargo, relevantes, dado que representan los criterios en base a los cuales las autoridades pueden apreciar el posible carácter desleal del anuncio de venta en liquidación. La autorización deberá ser expedida cuando tales motivos concurran en el caso concreto. Aunque estos criterios no se corresponden exactamente con las prácticas comerciales recogidas en el anexo I de la Directiva, no puede descartarse su correlación con los criterios enumerados en los números 7 y 15 de dicho anexo. Este extremo debe examinarse por separado.

– Anuncio del cierre o del traslado del negocio

86. Según el número 15 del anexo I de la Directiva, «afirmar que el comerciante está a punto de cesar en sus actividades o de trasladarse sin que vaya a hacerlo» constituye una práctica comercial que se considerará engañosa en cualquier circunstancia. El artículo 33b, número 4, de la UWG transpone esta regla en el sentido de que el solicitante también podrá indicar como motivo del anuncio de venta en liquidación que pretende efectuar su intención de cerrar o trasladar el negocio. Al examinar la solicitud, la autoridad administrativa podrá comprobar la veracidad de esta afirmación y denegar la autorización cuando no sea cierta. Resulta procedente reconocer la facultad de control sobre el fondo atribuida a las autoridades, máxime teniendo en cuenta que el legislador austriaco recogió en la UWG casi literalmente el supuesto contemplado en el número 15 del anexo. En tales circunstancias, queda garantizada la correcta transposición de las disposiciones de la Directiva. Por lo tanto, no existen dudas acerca de la compatibilidad de esta normativa con la Directiva 2005/29.

– Otros motivos mencionados en el artículo 33b, número 4, de la UWG

87. En relación con los demás criterios mencionados en el artículo 33b, número 4, de la UWG («defunción del titular del negocio, […], abandono de una determinada clase de productos, […], fuerza mayor o similares»), es preciso constatar que, desde el punto de vista de la técnica jurídica, constituyen excepciones en las se permite el anuncio de una venta en liquidación. Por lo tanto, la normativa nacional controvertida no sólo configura en el plano procedimental el examen efectuado por las

58 — Véase Duursma, D., en: *UWG-Kommentar*, *loc. cit.*, nota 25 *supra*, artículo 33b, marginal 3, p. 1191, quien sostiene que, además de los motivos de autorización expresamente mencionados, únicamente pueden alegarse como tales aquellas circunstancias que se asemejen a los supuestos mencionados en el artículo 33b, número 4, de la UWG, es decir, que creen para el solicitante una situación particular distinta de la situación de sus competidores. Por el contrario, aquellas circunstancias que, aunque puedan calificarse de «fuerza mayor», afecten en igual medida a todos los competidores del solicitante, no pueden justificar la concesión de la autorización del anuncio de venta en liquidación a un solicitante en particular.

autoridades administrativas en el marco de su facultad de control *ex ante*, sino que establece una auténtica prohibición general material, de la que sólo es posible divergir en casos estrictamente fijados. Pues bien, como ya expliqué pormenorizadamente en mis conclusiones presentadas en los asuntos acumulados C-261/07 (VTB-VAB) y C-299/07 (Galatea)[59] y en el asunto C-540/08 (Mediaprint),[60] un régimen legal en virtud del cual una determinada práctica comercial está en principio prohibida y sólo se admite en casos excepcionales contradice tanto la estructura normativa como la concepción liberal de la Directiva 2005/29. Así lo ha confirmado el Tribunal de Justicia en las sentencias recaídas en los mencionados asuntos.[61]

88. A diferencia de la normativa nacional controvertida en el presente asunto, la Directiva parte del carácter leal de las prácticas comerciales en tanto no concurran los detallados presupuestos jurídicos para una prohibición. Esta diferencia esencial en la estructura normativa[62] no queda compensada por el hecho de que el artículo 33b, número 4, de la UWG prevea una serie de supuestos excepcionales tipificados, susceptibles, bajo determinadas condiciones, de ampliación en la práctica administrativa, dado que las excepciones a las prohibiciones generales como las aquí debatidas no resultan idóneas para cubrir todos los supuestos en los que, conforme a las disposiciones de la Directiva 2005/29, ha de presumirse una práctica comercial lícita, puesto que no permiten un examen individualizado por los órganos jurisdiccionales y autoridades nacionales competentes.

89. El planteamiento liberal de la Directiva tiene un trasfondo concreto de política normativa que consiste en garantizar la realización del objetivo del legislador de la Unión apuntado en los considerandos cuarto y quinto y en el artículo 1 de la Directiva, a saber, la eliminación, mediante una normativa uniforme a nivel comunitario, de los obstáculos a la libre circulación transfronteriza de bienes y servicios y a la libertad de establecimiento que se derivan de la multiplicidad de normas nacionales en materia de prácticas comerciales desleales, y ello en la medida en que sea necesario para el adecuado funcionamiento del mercado interior y para garantizar un elevado nivel de protección del consumidor.

90. Habida cuenta de lo anterior, la normativa contenida en el artículo 33b, número 4, de la UWG va más allá de lo dispuesto en la Directiva 2005/29, al fijar unos criterios que pueden incluir, entre otros, también anuncios de ventas en liquidación que tal vez no habrían de considerarse prácticas comerciales desleales.

d) Conclusión parcial

91. Una normativa nacional como la controvertida en el presente asunto, que impone una prohibición general de los anuncios de ventas en liquidación y limita los mismos a determinados supuestos excepcionales sin prever la posibilidad de considerar suficientemente las circunstancias del caso concreto, es, por naturaleza, más restrictiva y más estricta que la regulación contenida en la Directiva 2005/29.

59 — Conclusiones presentadas el 21 de octubre de 2008 (sentencia citada en la nota 7 *supra*), puntos 84 a 89.

60 — Véanse mis conclusiones presentadas en el asunto Mediaprint, sentencia citada en la nota 10 *supra*, punto 76.

61 — Sentencias VTB-VAB y Galatea, citada en la nota 7 *supra*, apartados 64 y 65, y Mediaprint, citada en la nota 10 *supra*, apartados 39 y 40.

62 — Véase Wiebe, A., «Umsetzung der Geschäftspraktikenrichtlinie und Perspektiven für eine UWG-Reform», *Juristische Blätter*, 2/2007, p. 79, quien llega a la conclusión de que la Directiva 2005/29 responde a una estructura sistemática distinta a la de la UWG actualmente vigente. A juicio del autor, el legislador austriaco no puede ignorar esta divergencia de estructuras al transponer la Directiva. Sostiene que la tarea de la transposición debe abordarse analizando la diversa problemática que el limitado ámbito de aplicación, el contenido y la estructura de la Directiva plantean al legislador. En su opinión no basta con completar algunos aspectos, sino que es necesaria una reforma estructural de mayor envergadura. A juicio del autor, la presión en favor de una mayor liberalización ejercida por las instituciones europeas, que ha asumido también el Oberster Gerichtshof, podría servir para que el legislador nacional emprenda una reforma más amplia, que se traduzca no sólo en un mayor cumplimiento de las exigencias de seguridad jurídica y transparencia, sino también en una mayor perdurabilidad.

92. A este respecto cabe señalar que la normativa contenida en los artículos 33a y siguientes de la UWG se refiere a un sector sometido a plena armonización y para el que no rigen las disposiciones transitorias del artículo 3, apartado 5, de la Directiva.

93. Tampoco es pertinente ninguna de las excepciones reguladas expresamente en la Directiva 2005/29. Así, por ejemplo, ni el Gobierno austriaco ni el Schutzverband han acreditado convincentemente que la normativa nacional controvertida afecte a alguno de los ámbitos mencionados en el noveno considerando de la Directiva («condiciones de establecimiento y regímenes de autorización»). En cualquier caso, desde el punto de vista de la metodología jurídica, no cabe atribuir a este considerando una relevancia jurídica divergente del artículo 3, apartado 8, máxime porque esta última disposición incorpora a la parte dispositiva de la Directiva el contenido esencial de dicho considerando y, por tanto, refleja más claramente la verdadera voluntad normativa del autor de la Directiva. Ya se ha señalado que esta excepción no es aplicable al litigio principal.[63] En contra de las apreciaciones formuladas en la vista por el Gobierno austriaco, un Estado miembro no puede invocar sin más la prohibición recogida en el número 4 del anexo I de la Directiva con la finalidad de supeditar, con carácter general, prácticas comerciales a la concesión de una autorización administrativa, como sucede en el caso de autos. Las normativas nacionales deben cumplir siempre y en su totalidad las disposiciones de las directivas. Aparte de ello, debe señalarse que dicha prohibición se aplica a hechos distintos a los aducidos por el Gobierno austriaco, concretamente a los procedimientos de reconocimiento, a través de un organismo oficial o privado, de la calidad de un comerciante (por ejemplo, su seriedad o su capacidad para el ejercicio de la actividad profesional) o de sus productos (por ejemplo, sello de calidad o certificado de inocuidad). La finalidad de esta prohibición es proteger a los consumidores frente a afirmaciones falsas y por lo tanto engañosas hechas por el comerciante, que puedan dar a entender que éste o sus productos han obtenido dicho reconocimiento.[64] El Gobierno austriaco no ha alegado en la vista que ésta sea la finalidad perseguida por el procedimiento de autorización regulado en la UWG.

94. Por consiguiente, la normativa austriaca relativa a los anuncios de ventas en liquidación contenida en los artículos 33a y siguientes de la UWG, configurada como una prohibición general con reserva de autorización, da lugar, en definitiva, a una ampliación de la lista de prácticas comerciales prohibidas que contiene el anexo I de la Directiva, algo que precisamente, debido a la armonización plena y de máximos que se propone la Directiva 2005/29, no está permitido a los Estados miembros. Además, teniendo en cuenta que, con arreglo al artículo 5, apartado 5, de la Directiva, la lista sólo se podrá modificar mediante una revisión de la propia Directiva, está prohibida su ampliación unilateral por los Estados miembros.

95. A la luz de las consideraciones precedentes, llego a la conclusión de que una normativa nacional como la controvertida en el presente asunto no se corresponde con los criterios materiales de la Directiva 2005/29.[65]

63 — Véase el punto 41 de las presentes conclusiones.

64 — Véase Büllesbach, E., *Auslegung der irreführenden Geschäftspraktiken des Anhangs I der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken*, Múnich 2008, pp. 53 y 54.

65 — Véase Schuhmacher, W., «Das Ende der österreichischen *per-se*-Verbote von Geschäftspraktiken gegenüber Verbrauchern», *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, 2010, nº 12, pp. 615 y 616, quien sostiene que las disposiciones recogidas en los artículos 33a y ss. de la UWG contienen una prohibición *per se* muy amplia de los anuncios de ventas en liquidación que regulan. Habida cuenta de que el artículo 33b de la UWG también prohíbe los verdaderos anuncios públicos de auténticas ventas en liquidación realizados sin autorización previa, esta disposición va más allá de las disposiciones pertinentes del anexo de la UWG y, por tanto, no es aplicable. El autor llega a la conclusión de que ello también conduce a la inaplicabilidad del requisito de autorización en general.

4. Síntesis de las conclusiones

96. El examen que antecede pone de manifiesto que la Directiva 2005/29 no se opone a una normativa nacional como la controvertida en el presente asunto, que atribuye a las autoridades administrativas la competencia para controlar el carácter desleal de las prácticas comerciales –en este caso de los anuncios de ventas en liquidación. [66]

97. La Directiva tampoco se opone a una normativa que exige al comerciante recabar una autorización administrativa antes de llevar a cabo determinadas prácticas comerciales que se sospecha que pudieran ser desleales. No obstante, este régimen procedimental debe estar justificado por la existencia de circunstancias particulares. Su objetivo debe ser permitir a las autoridades administrativas llevar a cabo un control *ex ante* en aquellas situaciones en las que podrían producirse perturbaciones de la competencia leal que *a posteriori* apenas pueden ser inhibidas. [67]

98. La Directiva no se opone, en principio, a las disposiciones de los Estados miembros que sancionan el incumplimiento de la obligación de recabar una autorización. [68]

99. En principio, la Directiva también permite a los Estados miembros prever que las autoridades y los tribunales competentes se limiten a examinar la observancia de la obligación de recabar una autorización, sin entrar a analizar la cuestión del carácter leal de la práctica comercial en sí. [69] No obstante, esto no puede llevar a prohibir definitivamente al comerciante el ejercicio de una práctica comercial en sí leal. Deberá darse siempre al comerciante la posibilidad de obtener una decisión sobre el fondo del asunto, dictada por las autoridades y tribunales competentes sobre la base del anexo I y de los criterios consagrados en los artículos 5 a 9 de la Directiva. [70] Corresponde al órgano jurisdiccional remitente, que conoce directamente las circunstancias locales y tiene competencia exclusiva para interpretar el Derecho nacional, comprobar si el Derecho procesal nacional prevé para ello garantías suficientes. [71] Para cumplir lo dispuesto en la Directiva, es necesario garantizar que, en el marco del procedimiento o posteriormente, se pueda examinar el carácter leal de la práctica comercial de que se trata.

100. Por el contrario, la Directiva 2005/29 se opone a disposiciones sustantivas como las controvertidas en el presente asunto, que prohíben con carácter general los anuncios de ventas en liquidación y sólo los permiten en casos excepcionales concretos. [72]

VII. Conclusión

101. Habida cuenta de las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia que responda de la siguiente forma a la cuestión planteada por el Oberster Gerichtshof:

«Los artículos 3, apartado 1, y 5, apartado 5, 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, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo ("Directiva sobre las prácticas comerciales desleales"), no se oponen, en principio, a una normativa procedimental nacional como la

66 — Véase el punto 44 de las presentes conclusiones.
67 — Ídem, punto 51.
68 — Ídem, punto 55.
69 — Ídem, puntos 53 y 61.
70 — Ídem, puntos 53, 54, 63 y 64.
71 — Ídem, punto 68.
72 — Ídem, punto 95.

controvertida en el litigio principal, conforme a la cual el anuncio de una venta en liquidación sin la autorización de las autoridades administrativas competentes es inadmisible y, por lo tanto, debe prohibirse en un procedimiento judicial sin que el órgano jurisdiccional tenga que examinar en dicho procedimiento el carácter engañoso, agresivo o desleal en cualquier otro sentido de esta práctica comercial, siempre y cuando se garantice que no se prohíbe definitivamente una práctica comercial leal. El comerciante debe tener la posibilidad de solicitar que, en el marco de un procedimiento jurisdiccional o administrativo, se aprecie individualmente el carácter leal de la práctica comercial controvertida.

Los artículos 3, apartado 1, y 5, apartado 5, de la Directiva 2005/29 se oponen a una normativa sustantiva nacional como la controvertida en el litigio principal, que prohíbe con carácter general los anuncios de ventas en liquidación y supedita los mismos a la concurrencia de determinadas excepciones, sin prever la posibilidad de considerar suficientemente las circunstancias específicas del caso concreto.»