

Trabajo Fin de Grado

Las prácticas agresivas dentro de la Ley de Competencia Desleal

Autor:

Carlos Pemán Lahuerta

Director:

D. Mario Varea Sanz

Junio 2016

ÍNDICE

Listado de abreviaturas empleadas	4
I. INTRODUCCIÓN	5
1. OBJETO DE ESTUDIO	5
2. ELECCIÓN DEL TEMA	6
3. METODOLOGÍA Y ESTRUCTURA DEL TRABAJO	7
II. LA INCORPORACIÓN DE LAS PRÁCTICAS AGRESIVAS AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	8
1. EL TRATAMIENTO LEGAL ANTERIOR A LA LEY DE REFORMA. LA CONSOLIDACIÓN COMO DESLEALES DE ALGUNAS PRÁCTICAS AGRESIVAS AL AMPARO DE DISPOSICIONES LEGALES VIGENTES CON ANTERIORIDAD A LA LEY 29/2009	8
1.1 La cláusula general de la LCD	9
1.2 El antiguo artículo 8 LCD: «obsequios, primas y supuestos análogos»	9
1.3 Publicidad ilícita con arreglo a la LGPu	11
2. NOVEDAD DE LA LEY 29/2009	12
2.1 Finalidad de la Ley	12
2.2 Principales novedades	13
A) Incorporación de las Prácticas Agresivas como supuesto específico de acto de competencia desleal	13
B) Ruptura de la protección unitaria de los participantes del mercado..	14
3. LA REGULACIÓN DE LAS PRÁCTICAS AGRESIVAS EN LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL	14
3.1 Ubicación de las prácticas agresivas dentro de la LCD	14
3.2 Normativa protectora de los consumidores y usuarios (LCD y LGDCU) ...	15
III. PROHIBICIÓN GENERAL DE LAS PRÁCTICAS AGRESIVAS EN LA LCD (ARTÍCULO 8 LCD)	16
1. REQUISITOS PARA QUE DICHAS PRÁCTICAS SEAN DESLEALES	16

1.1 Comportamiento	16
1.2 Comportamiento reprobable	17
A) Acoso	18
B) Coacción	19
C) Influencia indebida	20
1.3 Que ese comportamiento reprobable influya negativamente en la libertad de elección	21
IV. PRÁCTICAS COMERCIALES AGRESIVAS DESTINADAS A LOS CONSUMIDORES	22
1. CONCEPTO DE PRÁCTICAS COMERCIALES DE LAS EMPRESAS EN SUS RELACIONES CON LOS CONSUMIDORES	22
2. LAS PRÁCTICAS AGRESIVAS COMO PRÁCTICAS COMERCIALES CON LOS CONSUMIDORES	24
2. 1 La inclusión de las prácticas agresivas dentro de las prácticas comerciales con consumidores (artículo 19 LCD)	24
2.2 El catálogo de prácticas comerciales agresivas destinadas a los consumidores	26
A) Prácticas agresivas con los consumidores por coacción (28 LCD)...	26
B) Prácticas agresivas con los consumidores por acoso (29 LCD)	28
a) Presencia física del empresario o profesional en el domicilio del consumidor (29.1 LCD)	28
b) Prácticas a través de medios a distancia (29.2 LCD)	29
C) Prácticas agresivas en relación con los menores (artículo 30 LCD)..	31
D) Otras prácticas agresivas con los consumidores (artículo 31 LCD)..	33
a) Conductas de las aseguradoras tendentes a disuadir de realizar una reclamación a un consumidor (31.1 LCD)	33
b) Suministros de bienes o servicios no solicitados (31.2 LCD).....	35
c) Recurrir indebidamente a los sentimientos caritativos del consumidor (31.3 LCD)	36
V. CONCLUSIONES	37
VI. BIBLIOGRAFÍA	40

LISTADO DE ABREVIATURAS EMPLEADAS

ADI	Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor
LCD	Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal
LDC	Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.
LGDCU	Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.
LGPe	Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.
RAE	Real Academia de la Lengua Española
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STJUE	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea

I. INTRODCCIÓN

1. OBJETO DE ESTUDIO

La Ley de Competencia Desleal de 1991 ha sido objeto de importantes modificaciones resultantes de la transposición de la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento nº 2006/2004 (en adelante “la Directiva comunitaria” o simplemente “la Directiva”). Dicha transposición se llevó a cabo mediante la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios (en adelante “Ley 29/2009”). Entre las disposiciones más destacadas de esta reforma se encuentra el nuevo artículo 8 de la Ley, que establece la regulación como actos de competencia desleal de las llamadas prácticas agresivas.

Dentro de esta nueva modalidad de actos de competencia desleal se incluye, según el artículo 8.1 LCD, «todo comportamiento que teniendo en cuenta sus características y circunstancias, sea susceptible de mermar de manera significativa, mediante acoso, coacción, incluido el uso de la fuerza, o influencia indebida, la libertad de elección o conducta del destinatario en relación al bien o servicio y, por consiguiente, afecte o pueda afectar a su comportamiento económico».

Este precepto contiene primeramente la estructura general de esta modalidad de actos de competencia desleal; en particular, define la conducta relevante como comportamiento que se vale del acoso, coacción o influencia indebida y determina la condición o elemento determinante de la deslealtad de ese comportamiento, que es la merma significativa de la libertad de elección o conducta del destinatario de la conducta, estableciendo asimismo las circunstancias a las que debe prestarse una especial atención para establecer si la conducta enjuiciada constituye o no acoso, coacción o influencia indebida. En este punto, el artículo 8 LCD reproduce en lo esencial lo que ya se estableció en el artículo 8 de la Directiva, pero también incorpora algunas diferencias sustantivas y sistemáticas que veremos más adelante.

Además, la disposición general en materia de prácticas agresivas del artículo 8 LCD se completa con la inclusión de las prácticas agresivas en la particular categoría de actos de competencia desleal que tienen la consideración de prácticas comerciales desleales con los consumidores, a través del nuevo artículo 19.1 LCD, tal y como más adelante veremos.

Seguidamente, se incluyen en el catálogo de prácticas comerciales con los consumidores que se reputan desleales «en todo caso y en cualquier circunstancia» según dispone el artículo 19.2 de la Ley, las prácticas comerciales reguladas en los artículos 21 a 31. Dentro de este catálogo de prácticas comerciales con los consumidores, las que nos interesan como objeto de estudio son las contenidas en los artículos 28 a 31 de la Ley, que se consideran desleales *per se* cuando se realicen por los empresarios en su relación con los consumidores.

Concretamente, el artículo 28 LCD contiene un supuesto de una práctica comercial agresiva por coacción mientras que el artículo 29 LCD enumera dos supuestos de agresivas por acoso. Por su parte, el artículo 30 LCD hace referencia a un supuesto de prácticas agresivas en relación con los menores y, por último, el artículo 31 bajo el título de «otras prácticas agresivas», recoge tres prácticas desleales *per se* que son difícilmente encuadrables en alguna de las otras tres categorías de prácticas comerciales agresivas.

Al estudio de los mencionados preceptos legales sobre prácticas agresivas dedico el presente estudio; un estudio que necesariamente debe contextualizarse dentro del conjunto de la regulación de la Competencia Desleal con anterioridad a la reforma aludida y en el Derecho vigente.

2. ELECCIÓN DEL TEMA

El área del Derecho y el tema concreto elegidos para desarrollar mi Trabajo de Fin de Grado no son fruto de la casualidad sino resultado de un proceso progresivo de reflexión.

En lo que al área elegida se refiere, debo destacar que el Derecho Mercantil despertó mi interés desde el primer día que tuve la oportunidad de estudiarlo en la

Facultad. Además, en mi oportunidad de ver el Derecho desde un punto de vista más práctico –durante la realización del Prácticum–, he tenido ocasión de tocar varias áreas del Derecho, desde Civil hasta Administrativo, pasando por Tributario o Mercantil, y con este último es, sin duda, con el que más disfruté. Por ello, tras decidir que el siguiente paso de mi formación –Máster– y mi futuro profesional se orientaría al mismo, he considerado esta rama del Derecho también como la más adecuada para orientar el presente estudio.

Del mismo modo, la materia elegida (el Derecho de la Competencia en sentido amplio) tampoco es producto del azar. Entender cómo funciona y está regulado el mercado, cómo concurren en el mismo los competidores y su relación con los destinatarios finales –consumidores–, cómo se puede promover la sana competencia y buscar un mercado completamente eficiente son temas que suscitan gran interés en mí.

Durante mi paso por la Facultad he tenido la oportunidad de adquirir una primera visión general del Derecho de la Competencia que me ha ayudado enormemente en la realización de este trabajo. En ese primer estudio del mismo, hubo una cuestión que realmente me atrajo: las normas que persiguen la corrección en la realización de actividades competitivas en el mercado, en definitiva, la represión de la competencia desleal. En la realización de este estudio, vi una magnífica oportunidad para profundizar en el tema y así se lo hice saber al profesor Varea Sanz. Tratándose de una materia tan amplia y para poder profundizar en el mismo en el limitado espacio de un Trabajo de Fin de Grado pensamos en acotar el tema centrándome en un solo acto de competencia desleal, y tras un breve análisis de los muchos que hay, decidí que sería muy interesante analizar las distintas prácticas agresivas y las normas que lo regulan.

3. METODOLOGÍA Y ESTRUCTURA DEL TRABAJO

En este trabajo voy a tratar de analizar de la manera más rigurosa que me sea posible las prácticas agresivas como actos de competencia desleal. En un primer momento, en el epígrafe II, analizaré cuál era el tratamiento que podían recibir prácticas de este tipo con anterioridad a la reforma que trajo consigo la Ley 29/2009, que instó a regular las prácticas agresivas. Además, en este mismo epígrafe, trataré de explicar las

novedades –relacionadas con el objeto de estudio– que trajo consigo la mencionada Ley de reforma y los cambios que supusieron respecto del texto de la LCD anterior.

Más adelante, analizaré la situación de estas prácticas dentro de la LCD, examinando los artículos que les dedica la Ley y reflexionando sobre el doble tratamiento que reciben dentro de la misma. Igualmente, analizaré la noción general de práctica agresiva contenida en el artículo 8 LCD comentando sus características y atributos de deslealtad (epígrafe III). A continuación, dedicaré un espacio del escrito para el estudio de las prácticas agresivas destinadas a los consumidores recogidas en la LCD en los artículos 28 a 31 y el análisis de cada una de ellas (epígrafe IV). Además trataré de encajar la regulación de las prácticas agresivas en el sistema jurídico español valorando los posibles puntos de confluencia con el resto de leyes de nuestro sistema.

Todo este estudio de la materia y la legislación que regula la misma, lo realizaré apoyándome también en la casuística jurisprudencial que he podido localizar así como en las distintas opiniones doctrinales de los autores que se han ocupado de esta modalidad de actos de competencia desleal que son las prácticas agresivas. Todo ello con el objetivo de formar un conocimiento amplio y sólido de la materia y un criterio propio.

II LA INCORPORACIÓN DE LAS PRÁCTICAS AGRESIVAS AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

1. EL TRATAMIENTO LEGAL ANTERIOR A LA LEY DE REFORMA. LA CONSOLIDACIÓN COMO DESLEALES DE ALGUNAS PRÁCTICAS AGRESIVAS AL AMPARO DE DISPOSICIONES LEGALES VIGENTES CON ANTERIORIDAD A LA LEY 29/2009.

El hecho de que las prácticas agresivas no estuvieran reguladas y citadas expresamente no quiere decir que con anterioridad a la reforma tales actos no tuvieran la consideración de desleales. Esto es, dichos comportamientos ya podían considerarse desleales conforme a una serie de artículos contenidos en la LCD y la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (en adelante LGPu).

1.1 La cláusula general de la LCD

Respecto a la cláusula general del antiguo artículo 5 LCD¹, la doctrina construyó un grupo de casos de competencia desleal, integrado en dicha cláusula general, que tal y como se configuró se correspondía con una buena parte de las prácticas agresivas ahora definidas legalmente². Se trataban de ofertas que, por la forma en que se realizaban, las circunstancias en las que se procedía o por la relación existente entre quien realizaba la oferta y quien la recibía, generaban una presión de compra indebida o impidían la reflexión necesaria para decidir cabalmente sobre la conveniencia de aceptar la oferta. Supuestos de este grupo de casos son el *marketing* directo (calle, buzones, teléfono, fax, *e-mail*, visitas a domicilio), las ofertas de familiares, amigos o compañeros de trabajo o de personas del propio entorno social, las ofertas realizadas en lugar de accidente o de fallecimiento, el envío a domicilio de productos no solicitados y el abuso de autoridad.

Por otro lado, los tribunales también se pronunciaron al respecto, como sucedió en 2009 en el caso de Ocaso S.A., Compañía De Seguros y Reaseguros contra Funeraria Nuestra Señora De Los Remedios, S.L., en el cual los empleados de la funeraria habían abordado en hospitales o residencias de ancianos a familiares de fallecidos para ofertarles los servicios funerarios inmediatamente después de producirse la defunción. Tales actos fueron considerados desleales por forzar decisiones irreflexivas sobre los servicios ofrecidos por la SAP Madrid 168/09³ de 23 de Junio de 2009. También hubo pronunciamientos en relación con la publicidad directa en las calles, mediante entrega personal de material publicitario a viandantes, como la SAP Barcelona de 4 de Septiembre de 1995⁴ que en este caso y a la vista de las concretas circunstancias concurrentes, no se consideró desleal por entenderse que no podía influir indebidamente en las decisiones de los destinatarios de la publicidad.

1.2 El antiguo artículo 8 LCD: «obsequios, primas y supuestos análogos»

El antiguo artículo 8 titulado «obsequios, primas y supuestos análogos» ha sido suprimido en su literalidad de la LCD por la Ley 29/2009. Dicho artículo se refería a

¹ Cláusula general contenida en el antiguo artículo 5 LCD «Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe», actualmente contenida de manera idéntica en el artículo 4 LCD.

² Así lo entiende MASSAGUER FUENTES, J., «Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 27, 2010, p. 18.

³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28, Id Cendoj: 28079370282009100160.

⁴ Sentencia citada por MASSAGUER FUENTES, J., «Las prácticas agresivas como acto de...» *cit.*, p. 18.

actos desleales como el ofrecimiento de ventajas (primas) a quienes realicen alguna adquisición, cuando la ventaja en que consiste esa prima o bien la manera en la que se está ofreciendo hace que el precio y las características del producto o servicio al que va vinculado la prima pasen en la práctica a un segundo plano. Dicho de otro modo, cuando en la decisión del consumidor pesa más la prima que la adquisición del bien⁵.

En el apartado 1 del antiguo artículo 8 LCD se declaraba desleal la entrega de obsequios con fines publicitarios y prácticas comerciales análogas «cuando por las circunstancias en que se realicen, pongan al consumidor en el compromiso de contratar la prestación principal». Asimismo, el artículo 8.2 LCD consideraba desleal la oferta de cualquier clase de ventaja o prima para el caso de que se contrate la prestación principal «cuando induzca o pueda inducir al consumidor a error acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento, o cuando le dificulte gravemente la apreciación del valor efectivo de la oferta o su comparación con ofertas alternativas. Estas últimas circunstancias se presumirán verificadas cuando el coste efectivo de la ventaja exceda del 15 por ciento del precio de la prestación principal». Por último, el antiguo artículo 8.3 consideraba desleal la subordinación de la conclusión de un contrato a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guardasen relación con el objeto de tal contrato cuando concurriese alguna de las circunstancias previstas en el apartado 8.2⁶.

Como ya he comentado, este artículo ha sido derogado por la ley 29/2009 y sustituido por el nuevo artículo 8. Por ello, actualmente, en lo que a la deslealtad de ventas con obsequios se refiere habrá de estarse a lo dispuesto en el nuevo artículo 8 LCD en tanto pueda tratarse de prácticas agresivas, a los artículos 5 y 7 LCD si pudiera tratarse de prácticas engañosas, o los artículos 19, 22 y 23 de la misma ley si están dentro del ámbito de las prácticas desleales con consumidores (el artículo 22 se refiere a las «prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas» y el 23 a las «prácticas engañosas sobre la naturaleza y propiedad de los bienes o servicios, su disponibilidad y los servicios de postventa»).

⁵ Para ampliar véase ARROYO APARICIO, A., «Artículo 8. Prácticas agresivas», en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Bercovitz (dir.), Aranzadi, Navarra, 2011, p. 205.

⁶ En este sentido ARROYO APARICIO, A., «Artículo 8. Prácticas agresivas», *cit.*, p. 205

1.3 Publicidad ilícita con arreglo a la LGPu

Antes de la reforma, la legislación básica en materia de competencia desleal se encontraba además de en la LCD, en la LGPu, en la cual se dedicaba el Título II a la «Publicidad ilícita». Esto suponía una duplicidad de normas en casos de actos que, siendo desleales, eran considerados también como publicidad ilícita al estar cometidos a través de la publicidad. Es el caso de supuestos como la publicidad engañosa (antiguos artículos 3.b y 5 LGPu y antiguo artículo 7 LCD), la publicidad denigratoria (antiguo artículo 6.a LGPu y artículo 9 LCD, el cual no ha sido modificado por la Ley 29/2009) o la publicidad que induce a confusión (antiguo artículo 6.b LGPu y artículo 6 LCD, el cual no ha sido modificado por la Ley 29/2009). Esta duplicidad era considerada innecesaria, si bien ante la sustancial similitud en el contenido de ambas normas, se defendía una interpretación y aplicación integradoras⁷. Dicho planteamiento integrador queda reflejado claramente, por ejemplo, en la STS de 8 de mayo de 1997⁸ dónde la empresa Derivados Electroquímicos de Levante, S.A., interpuso demanda, contra Aquatronic, S.A., por considerar que había realizado actos de competencia desleal y/o publicidad ilícita, y en cuya argumentación del fallo puede verse manifestada la voluntad de integración de la LCD y la LGPu por parte del TS.

Con la promulgación de la Ley 29/2009 se da solución a esta problemática reformando ambas leyes e introduciendo los «mecanismos de coordinación»⁹ de los que habla el Preámbulo de la Ley 29/2009. Una de estas reformas tiene especial trascendencia en el tema que nos ocupa: se trata del artículo 3.e) LGPu, donde se califica de ilícita (por desleal) la publicidad engañosa, la publicidad agresiva y la publicidad desleal, remitiéndose a la LCD para determinar la deslealtad de estos actos. Por ello, para que un supuesto sea considerado como acto de publicidad agresiva de los previstos en el artículo 3.e) LGPu, deberá de cumplir los requisitos del artículo 8 LCD y

⁷ En general, acerca de la relación entre ambas leyes y el alcance de la reforma de 2009, véase VAREA SANZ, M., «Illicitud y deslealtad publicitaria en el Derecho español» en *Estudios en homenaje a Mariano Uzcátegui Urdaneta*, Uzcátegui Angulo, A. (compiladora), t. II, Talleres gráficos universitarios, Universidad de los Andes, Mérida, Venezuela, 2011, pp 617-646.

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, resolución nº 382/1997, Sala de lo Civil, sección 1, Id Cendoj: 28079110011997102269

⁹ Véase, por ejemplo, la disposición adicional única de la LCD «a los efectos de esta ley se entiende por publicidad la actividad así definida en el artículo 2 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de la Publicidad» o el artículo 1 LGPu «La publicidad se regirá por esta Ley, por la Ley de Competencia Desleal y por las normas especiales que regulen determinadas actividades publicitarias».

realizarse a través de publicidad, descrita en el artículo 2 LGPu. Además, también destaca la conducta tipificada como agresiva en todos los casos, recogida en el artículo 30 LCD y relativa a la inclusión en la publicidad de «una exhortación directa a los niños para que adquieran bienes o usen servicios o convenzan a sus padres u otros adultos de que contraten los bienes o servicios anunciados».

2. NOVEDAD DE LA LEY 29/2009

2.1 Finalidad de la Ley

Como ya he mencionado, el origen de la Ley 29/2009 está en la voluntad de incorporar al ordenamiento español la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior¹⁰.

Con tal finalidad, la Ley 29/2009 modificó varias leyes, entre ellas la LCD, el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, (en adelante LGDCU) y la LGPu.

En cuanto a la incorporación al ordenamiento interno de la Directiva comunitaria, corresponderá al TJUE valorar, en su caso, si se ha realizado o no una transposición adecuada de la misma. En este sentido, véanse la STJUE de 23 de abril 2009¹¹, Caso «Total», en el que la Comisión de las Comunidades Europeas demandaba al Reino de España por no haber adaptado la Directiva 2005/29/CE al Derecho interno dentro del plazo señalado, declarando, el Tribunal, que el Reino de España había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales, al no haber adoptado en el plazo fijado las disposiciones legales,

¹⁰ Del mismo modo se ha realizado en los diversos ordenamientos comunitarios. Así, tal y como cita MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, P., «La deslealtad de las prácticas comerciales agresivas entre competidores», en *ADI*, 32 (2011-2012), p. 174, en el ordenamiento francés (Loi nûm. 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs), el italiano (Decreto Legislativo 2 agosto 2007, attuazione dell'articolo 14 della direttiva 2005/29/CE), el belga (Loi relative aux pratiques du march et `a la protection du consommateur du 6 avril 2010), el alemán (22 dezember 2008, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb), el portugués (Decreto-Lei nûm 57/2008 de 26 de Março) y el de Luxemburgo (Loi du 29 avril 2009 relative aux pratiques commerciales dloyales).

¹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Octava; Identificador europeo de jurisprudencia: ECLI:EU:C:2009:265; base de datos empleada: CURIA.

reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la citada Directiva¹²; y la STJUE de 14 de enero de 2010¹³, Caso «Supermercados Plus-Lotto», que versa sobre la interpretación del artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2005/29/CE en el marco de un litigio entre la asociación alemana de lucha contra la competencia desleal (Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV) y una empresa alemana de venta al por menor (Plus Warenhandelsgesellschaft mbH) .

2.2 Principales novedades

De entre las novedades que trae consigo la reforma, aunque no se refiera directamente al objeto de este estudio, destaca la modificación que se opera en la Ley de Competencia Desleal, en la medida en que además de incorporar la Directiva, se aprovecha para eliminar, como hemos visto en el epígrafe II.3, las situaciones de conflicto que se producían anteriormente entre la LCD y la LGPu¹⁴.

Como principales novedades de la LCD, se produce una modificación del ámbito de aplicación de la misma en la cláusula general y en las concretas prácticas desleales, siendo las más relevantes para este estudio la incorporación de las prácticas agresivas como supuesto específico de acto de competencia desleal y la ruptura de la antigua protección unitaria de los participantes del mercado.

A) Incorporación de las Prácticas Agresivas como supuesto específico de acto de competencia desleal.

De este modo, una de las novedades de la Ley 29/2009 es la regulación de las prácticas agresivas, que constituyen una novedad también a nivel comunitario. Esto resulta una aportación muy positiva del Derecho comunitario a nuestro ordenamiento, ya que por primera vez estas prácticas están específicamente reguladas. La definición de esta modalidad de competencia desleal se ha establecido en el nuevo artículo 8 de la LCD, que caracteriza y concreta las prácticas agresivas por medio de la determinación

¹² En este caso, España cumplió, ese mismo año, con su obligación de dar cumplimiento a la mencionada Directiva a través de la Ley 29/2009. De no haber sido así, podría habersele impuesto una sanción pecuniaria en virtud del artículo 260 TFUE.

¹³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera; Identificador europeo de jurisprudencia: ECLI:EU:C:2010:12; base de datos empleada: CURIA.

¹⁴ En este sentido A. TATO PLAZA, señala en «Líneas generales de la reforma del Derecho español contra la competencia desleal (Parte I)», en *Autocontrol*, núm 149, 2010, p. 8., que la reforma podría haber sido mucho más drástica, derogando la parte de la Ley General de Publicidad que regula la publicidad ilícita, y haber convertido la LCD en el único texto legal que regulase este sector en nuestro ordenamiento.

de la conducta relevante, de los requisitos de deslealtad y de las circunstancias a las que debe atenderse para apreciar si la conducta enjuiciada se corresponde con la conducta relevante. La regulación de esta conducta se completa con lo previsto en el nuevo artículo 19 de la Ley sobre las prácticas comerciales desleales con los consumidores, entre las que se encuadran las prácticas agresivas, y los artículos 28 a 31 de la Ley, dedicados a definir ciertas prácticas agresivas que, en todo caso tienen la consideración de prácticas comerciales desleales con los consumidores (otra novedad).

B) Ruptura de la protección unitaria de los participantes del mercado

Se ha puesto de manifiesto cómo con la mencionada reforma se ha producido una ruptura en la unidad estructural que caracterizaba la LCD, en la medida en que junto a la categoría de los actos de competencia desleal, se consagra otra categoría específica, que son las denominadas «prácticas comerciales desleales con los consumidores», rompiéndose así la unidad sistemática que caracterizaba a la Ley hasta entonces y occasionándose, además, la circunstancia de que determinadas prácticas puedan resultar sometidas a un doble régimen jurídico. Se trata de una consecuencia derivada de la incorporación de la Directiva, en la medida en que en esta última se regulan las prácticas comerciales desleales realizadas por las empresas en sus relaciones con los consumidores en perjuicio de los intereses de los mismos, en particular de los intereses económicos, dada la fragmentación subjetiva del Derecho comunitario contra la competencia desleal¹⁵.

3. LA REGULACIÓN DE LAS PRÁCTICAS AGRESIVAS EN LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL

3.1 Ubicación de las prácticas agresivas dentro de la LCD

Dentro de la Ley de Competencia Desleal, son varios los artículos destinados a las prácticas agresivas. En un primer lugar aparecen mencionadas en el artículo 8, dentro del Capítulo II de «actos de competencia desleal». Llama la atención que aparezcan en dicho Capítulo en vez de en el Capítulo III referido a las «prácticas

¹⁵ Dicha fragmentación ha sido muy criticada por parte de nuestra doctrina, así TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLOCALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de competencia desleal*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 34 y sigs.

comerciales con los consumidores o usuarios», ello es muestra del régimen unitario de las prácticas agresivas¹⁶, lo que implica que está entre las prácticas consideradas desleales por afectar a todos los que participan en el mercado. En este sentido podemos ver cómo el artículo 8 habla de «destinatario» y «comportamiento» en vez de «consumidor» y «práctica comercial»¹⁷ para expresar que no se restringe a las conductas de los empresarios en sus relaciones con los consumidores, sino que es de aplicación general, siendo irrelevante que el destinatario sea empresario o consumidor.

Por otro lado, el artículo 19 LCD –dentro del Capítulo III– introduce la conducta tipificada en el artículo 8 dentro de las prácticas comerciales con los consumidores o usuarios, «tendrán la consideración de prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios, las previstas en este capítulo y en los artículos 4, 5, 7 y 8 de esta ley», para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Directiva, la cual hace referencia expresa a los consumidores.

Además, como ya se ha mencionado, dentro del Capítulo III se encuentran enumeradas en los artículos 28 a 31 una serie de prácticas que tendrán la consideración de agresivas en relación con los consumidores en todo caso, de ellas hablaré más adelante.

3.2 Normativa protectora de los consumidores y usuarios (LCD Y LGDCU)

La existencia de estos dos bloques diferenciados en la LCD, no tiene trascendencia práctica en el ámbito de la normativa contra la competencia desleal, pero sí tiene trascendencia en el ámbito de la normativa protectora de los consumidores y usuarios. En efecto, las prácticas comerciales desleales con consumidores constituyen a su vez infracciones de consumo y, en consecuencia, estarán sometidas al régimen sancionador administrativo¹⁸. Así se extrae del artículo 47.3 LGDCU, al disponer que «las autoridades competentes en materia de consumo sancionarán, asimismo, las conductas tipificadas como infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios de los empresarios de los sectores que cuenten con regulación específica y las

¹⁶ El preámbulo de la Ley 29/2009 anuncia que a través de la misma se establece en la LCD un «régimen jurídico unitario sobre la deslealtad de los actos de engaño y agresivos, siendo exigible igual nivel de corrección con independencia de que sus destinatarios sean consumidores o empresarios».

¹⁷ En los artículos 8 y 9 de la Directiva 2005/29/CE, en los cuales tiene su origen el artículo 8 LCD, se utilizan ambas expresiones, «consumidor» y «práctica comercial».

¹⁸ TATO PLAZA, A., et al., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal...*, cit., p. 35.

prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios» y del artículo 19 LCD, tal y como hemos visto.

En consecuencia, los actos regulados por el artículo 8 LCD pueden constituir tanto actos desleales generales como prácticas desleales con consumidores. Y si se trata de estos últimos podrán ser objeto además de sanción administrativa por las autoridades competentes en materia de consumo¹⁹.

III. NOCIÓN DE PRÁCTICA AGRESIVA EN LA PROHIBICIÓN GENERAL DE LA LCD

1. REQUISITOS PARA QUE DICHAS PRÁCTICAS SEAN DESLEALES

De conformidad con el artículo 8 de la LCD, para que un acto se considere agresivo y sea reputado como desleal deberán cumplirse los requisitos establecidos en el mismo. La Ley española exige, como vamos a ver, la existencia de un comportamiento de los que se califican de reprobables (acoso, coacción o influencia indebida) y que, de conformidad con sus circunstancias concretas, pueda mermar de forma importante la libertad de elección del destinatario.

1.1 Comportamiento

La Ley española tipifica como práctica agresiva «todo comportamiento que [...]». Observamos que, a pesar de que el artículo se denomina «prácticas agresivas», se utiliza el término «comportamiento», por lo que debe entenderse que el comportamiento que se tipifica es una descripción de la práctica. En la LCD no encontramos una definición de práctica que sí aparece en la Directiva comunitaria «todo acto, omisión, conducta, 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». En relación con esta cuestión, determinadas reflexiones doctrinales afirman la procedencia de no modificar los términos establecidos por la Ley española²⁰, dado que la noción de

¹⁹ ARROYO APARICIO, A., «Artículo 8. Prácticas agresivas», *cit.*, p. 204.

²⁰ MASSAGUER, J.; MARCOS, F.; y SUÑOL, A., «La transposición al Derecho español de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales», Informe del Grupo de trabajo constituido en el seno de la Asociación española de Defensa de la Competencia, en *Boletín de información del Ministerio de*

práctica comercial se corresponde en lo esencial con la noción de acto de competencia, en la medida en que los actos que se contemplan en el artículo 2.d) de la Directiva son actuaciones con trascendencia externa y la función de promoción, de venta o de suministro de un producto o servicio se encuentra en la finalidad concurrencial de la Ley española. De este modo se puede apreciar que, en definitiva, se hace referencia en ambos casos a los actos dirigidos a atraer clientes, sean consumidores o posibles consumidores, dado que esta finalidad puede lograrse bien atrayendo directamente clientes o bien potenciando su propia organización, sin que sea relevante la intención o el conocimiento de los efectos de la conducta por parte del sujeto agente, y que incluye tanto la posibilidad de influir en la estructura y procesos de mercado en la actualidad como en un futuro. Por tanto, se puede considerar que todas las conductas objetivamente idóneas para promover o asegurar la difusión en el mercado, ya sea de forma directa o indirecta, de las prestaciones propias o de un tercero son prácticas relacionadas con la promoción, venta o suministro de productos de la Directiva²¹.

En la valoración del comportamiento habrá que considerar las circunstancias concretas del caso; juicio que se realizará con ayuda del apartado segundo del artículo, que establece los elementos que se tendrán en cuenta para concretar si una práctica emplea algunas de las conductas que determinan el reproche de deslealtad de las mismas.

1.2 Comportamiento reprobable

Para determinar la existencia de una práctica de esta naturaleza será preciso, por tanto, acreditar la existencia de un comportamiento de los que se califican de reprobables y, si no se acredita, no quedará probada la existencia de una práctica agresiva. A modo de ejemplo, puede verse la SJM San Sebastián nº 26/16²², del 27 de enero de 2016, donde una asesoría de temas contables y fiscales, Eitza Consulting, S.L.U., demanda a tres antiguas trabajadoras que, tras dimitir de su cargo, constituyeron otra asesoría captando varios clientes de la primera. La jueza, por su parte, desestima que dichos actos puedan ser considerados como prácticas agresivas al no quedar

Justicia, nº 213, 2006, p. 30, alaban que la LCD recoja el término «conducta», dado que las prácticas comerciales quedan incluidas en la noción de este término y, de este modo, no se dejan fuera del ámbito de aplicación de la Ley otro tipo de conductas desleales que no constituyen prácticas comerciales.

²¹ Coincido en este punto con MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, P., «La deslealtad de las prácticas...» *cit.*, p. 179.

²² Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián, Sección 1; Id Cendoj: 20069470012016100020.

probada la existencia de que esa captación de clientes se produjese por un comportamiento calificado como reprobable en el artículo 8 LCD.

Los comportamientos que pueden ser empleados para que sea posible considerar una conducta como práctica agresiva se enumeran en el párrafo primero del artículo 8 y son el acoso, la coacción y la influencia indebida, si bien únicamente proporciona una definición de esta última.

La Ley establece que para determinar si existe acoso, coacción o influencia indebida se tendrá en cuenta; a) el momento y el lugar en que se produce, su naturaleza o su persistencia; b) el empleo de un lenguaje o un comportamiento amenazador o insultante; c) la explotación por parte del empresario o profesional de cualquier infortunio o circunstancia específicos lo suficientemente graves como para mermar la capacidad de discernimiento del destinatario, de los que aquél tenga conocimiento, para influir en su decisión con respecto al bien o servicio; d) cualesquiera obstáculos no contractuales onerosos o desproporcionados impuestos por el empresario o profesional cuando la otra parte desee ejercitar derechos legales o contractuales, incluida cualquier forma de poner fin al contrato o de cambiar de bien o servicio o de suministrador; e) la comunicación de que se va a realizar cualquier acción que, legalmente, no pueda ejercerse (artículo 8.2 LCD).

A) Acoso

La LCD no da una definición de *acoso*, que puede entenderse como «perseguir, apremiar, importunar a alguien con molestias o requerimientos»²³, sin que se exija que se produzca necesariamente un contacto directo entre el empresario y el destinatario.

Dentro de esta categoría se encuentran clasificadas por la doctrina determinadas prácticas como la de aprovechar sentimientos irracionales o situaciones personales con el destinatario que le coloquen en una situación embarazosa, o en situaciones de especial vulnerabilidad. Por otro lado, también se incluyen las prácticas que están reguladas en la LCD como desleales en todo caso en el artículo 29, denominadas «prácticas agresivas por acoso» y que se refieren a las visitas no solicitadas al domicilio del consumidor, ignorando las peticiones para que el empresario o profesional abandone su casa o no vuelva a personarse en ella. Igualmente se consideran desleales las

²³ Según definición del Diccionario de la RAE.

propuestas no deseadas y reiteradas por teléfono, fax, correo electrónico y otros medios de comunicación a distancia. Esto es, como ya he comentado, no es preciso el contacto personal para que exista acoso. Por supuesto no todo el *marketing* directo se considera acoso, sino que únicamente el que implique una presión que sea susceptible de afectar a la libertad de elección.

Además en la calificación de la conducta, hay que atender a las circunstancias que la rodean, que aparecen en el artículo 8.2 LCD. Entre ellas, las recogidas en el apartado a) serán especialmente relevantes para considerar si se está ante un supuesto de acoso. Esto es, «el momento y el lugar en que se produce, su naturaleza o su persistencia». En cuanto al momento, se atiende al horario así como en momentos de circunstancias especiales, como tras el fallecimiento de un familiar, un divorcio, etc. En cuanto al lugar, los lugares inusuales para realizar operaciones serán más aptos para que el consumidor se sienta acosado. También lugares usuales como el hogar²⁴ si se realiza ignorando las peticiones para abandonar el mismo o para que no vuelva a personarse.

Igualmente, lo referido a su naturaleza o su persistencia también deberá ser tenido en cuenta para saber si nos encontramos ante una situación de acoso. Por otra parte, la conducta de acoso ha de ponerse en relación con los supuestos de especial vulnerabilidad del consumidor. Estos supuestos hacen pensar que cuanto más vulnerable sea el consumidor por razones objetivas (edad, salud, infortunio reciente, etc.) menos circunstancias adicionales se requerirán para considerar que se está ante una práctica agresiva. Así, podrá considerarse que existe acoso en el sentido del artículo 8 LCD aun cuando no concurren especiales circunstancias relativas al lugar, al momento o a su persistencia antes referidas²⁵.

B) Coacción

La coacción consistirá en una actuación que comporta el uso de la fuerza –o la amenaza de la misma– física, psíquica, verbal o de cualquier otro tipo para determinar el comportamiento económico del destinatario. Deberían, por tanto, calificarse como coacción situaciones tales como las amenazas de que se producirá un daño a la persona

²⁴ En relación con la especial vulnerabilidad del consumidor en su domicilio, puede recordarse que hace ya más de dos décadas se tuvo en consideración en la normativa comunitaria que las visitas a domicilio implicaban una presión adicional, un elemento sorpresa para el consumidor que se encontraba desprevenido (Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales).

²⁵ TATO PLAZA, A., et al., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal...*, cit., p. 195.

o sus bienes o seres queridos, la creación de una sensación de que no se podrá abandonar el local sino se realiza alguna compra, la utilización de un lenguaje agresivo o el uso de la fuerza física.

De todo esto podría deducirse que la coacción es la conducta o comportamiento que conduce al destinatario a aceptar una operación –o desarrollar una conducta a su vez– para evitar molestias o males mayores, o para alcanzar una ventaja que no es real. Se suele hablar en este sentido de presión física o jurídica.

Así, de entre las circunstancias del artículo 8.2 LCD, deberán ser tenidas en cuenta de manera especial a estos efectos las referidas al «empleo de un lenguaje o un comportamiento amenazador o insultante», a «la comunicación de que se va a realizar cualquier acción que, legalmente, no pueda ejercerse» y a «cualesquiera obstáculos no contractuales onerosos o desproporcionados impuestos por el empresario o profesional cuando la otra parte desee ejercitar derechos legales o contractuales, incluida cualquier forma de poner fin al contrato o de cambiar de bien o servicio o de suministrador», esto es, al artículo 8.2 LCD letras b), e) y d).

C) Influencia indebida

Por su parte, el concepto de influencia indebida sí aparece definido en la Ley, según el segundo párrafo del artículo 8.1 LCD se considera influencia indebida «la utilización de una posición de poder en relación con el destinatario de la práctica para ejercer presión, incluso sin usar fuerza física ni amenazar con su uso». La definición proviene del texto comunitario con la consabida modificación del término consumidor por destinatario. En todo caso, para que exista influencia indebida ha de haber, por tanto, una posición de poder que puede provenir de una relación personal o económica, entre otras. Y la posición debe ser explotada, utilizada, sin usar la fuerza física o usándola.

No siempre será sencillo delimitar los supuestos de coacción e influencia indebida, aunque podrá considerarse que para esta última es preciso que exista una posición de poder –interpretada en el sentido amplio–, como la derivada de una relación contractual o la de profesor-alumno²⁶.

²⁶ En este contexto, debo mencionar la práctica agresiva en todo caso prevista en relación con los menores que «reputa desleal por agresivo, incluir en la publicidad una exhortación directa a los niños para que

1.3 Que ese comportamiento reprobable influya negativamente en la libertad de elección.

Del modo en que se ha señalado, el solo empleo del acoso, coacción o influencia indebida en un comportamiento dirigido a promover prestaciones o asegurar su difusión, incluidas las conductas paracontractuales, no constituye por sí un acto de competencia desleal. Así, en la SAP Bilbao 712/2015²⁷ de 23 de diciembre de 2015 se remarca el hecho de que no es suficiente con que se haya podido producir una conducta de acoso, coacción o influencia indebida, sino que es preciso, además, que «sea susceptible de mermar de manera significativa la libertad de elección o decisión del destinatario» y por ello afecte o pueda afectar el comportamiento del destinatario (art. 8.1 de la Ley) y, sobre lo anterior, que así se compruebe en el caso enjuiciado. De hecho la efectiva comprobación de este extremo marca la diferencia entre la prohibición general de las prácticas agresivas como acto de competencia desleal y la prohibición de algunos grupos de estas prácticas como prácticas comerciales desleales con los consumidores.

En esencia, este requisito de deslealtad consiste en la inducción al destinatario a tomar una decisión que de otro modo no habría tomado (art. 8 de la Directiva 2005/29/CE) o, lo que es lo mismo, en la distorsión significativa de su comportamiento económico (art. 2 e) de la Directiva); no se olvide, en este sentido, que la toma de una decisión que no se habría adoptado sin mediar la práctica enjuiciada es la esencia de la distorsión sustancial. Como se ve, por tanto, la afectación de la conducta económica del destinatario puede ser tanto efectiva como sólo potencial, no se requiere por tanto que en efecto tome una u otra decisión y que la adoptada no sea libremente adoptada, sino que basta con el riesgo real de que, en atención a las circunstancias del caso, ello pudiera ser así.

Así mismo, la LCD exige que la incidencia en la libertad de elección o conducta sea de cierta entidad, esto es, que sea susceptible de mermar la libertad o la conducta de forma significativa y, por consiguiente, afecte o pueda afectar a su comportamiento

adquieran bienes o usen servicios o convenzan a sus padres u otros adultos de que contraten los bienes o servicios anunciados» artículo 30 LCD.

²⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao, sección 4; Id Cendoj: 48020370042015100468.

económico²⁸. El matiz del carácter significativo supone, en primer lugar que no toda incidencia en la libertad de elección resultará agresiva a los efectos legales y, en segundo lugar, que no es preciso que el comportamiento agresivo sea la causa única de la elección o conducta adoptada, sino que es suficiente que tenga cierto peso en el comportamiento adoptado²⁹.

IV. PRÁCTICAS AGRESIVAS DESTINADAS A LOS CONSUMIDORES

1. CONCEPTO DE PRÁCTICAS COMERCIALES DE LAS EMPRESAS EN SUS RELACIONES CON LOS CONSUMIDORES

La definición del concepto de “prácticas comerciales con los consumidores y usuarios” hay que buscarlo en la LGDCU, ya que en la LCD no aparece definido. Según el artículo 19.2 de la citada ley «se consideran prácticas comerciales de los empresarios con los consumidores y usuarios todo acto, omisión, conducta, manifestación o comunicación comercial, incluida la publicidad y la comercialización, directamente relacionada con la promoción, la venta o el suministro de bienes o servicios, incluidos los bienes inmuebles, así como los derechos y obligaciones, con independencia de que sea realizada antes, durante o después de una operación comercial».

²⁸ Para la interpretación de los conceptos de «comportamiento económico» y «distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio», resulta especialmente relevante el nuevo artículo 4 LCD, al que es preciso acudir dado que las normas que regulan las prácticas agresivas se caracterizan como normas de desarrollo de la prohibición general, y no como normas especiales: «[...] A los efectos de esta ley se entiende por comportamiento económico del consumidor o usuario toda decisión por la que éste opta por actuar o por abstenerse de hacerlo en relación con: a) La selección de una oferta u oferente. b) La contratación de un bien o servicio, así como, en su caso, de qué manera y en qué condiciones contratarlo. c) El pago del precio, total o parcial, o cualquier otra forma de pago. d) La conservación del bien o servicio. e) El ejercicio de los derechos contractuales en relación con los bienes y servicios. Igualmente, a los efectos de esta ley se entiende por distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio, utilizar una práctica comercial para mermar de manera apreciable su capacidad de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, haciendo así que tome una decisión sobre su comportamiento económico que de otro modo no hubiera tomado». Me parece interesante reproducir, en este punto, la referencia que se hace al consumidor medio en el preámbulo de Ley 29/2009, «El concepto de “consumidor medio” ha sido acuñado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no en términos estadísticos, sino como la reacción típica del consumidor normalmente informado, razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos. En consecuencia, no es un término que la ley haya de definir, sino que han de ser los tribunales los que van a efectuar su concreción en cada caso concreto».

²⁹ RUIZ PERIS, J., «Panorámica de la reforma en materia de competencia desleal», en *El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 384, quien señala además la distinción en este punto respecto de la fuerza o la coacción como vicios de la voluntad desde la perspectiva contractual

La definición de práctica comercial, supone por tanto la existencia de una determinada «actuación» la cual es llevada a cabo por un «empresario» y destinada a un «consumidor o usuario». En este contexto conviene aclarar que, a los efectos dispuestos en esta norma, la interpretación del término «empresario», no debe hacerse en un sentido estricto, ya que según el artículo 4 LGDCU se considera empresario a «toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión». De este artículo se deduce que el sujeto activo de una práctica comercial con los consumidores puede ser, además de un empresario mercantil, operadores económicos distintos como los ganaderos, agricultores, artesanos o los profesionales liberales³⁰. Lo fundamental es que el sujeto activo realice una actividad económica dirigida al mercado. Como es lógico, será el lado de la oferta, generalmente, quien realice esta actividad ya que es desde esta posición desde donde se suelen realizar las conductas directamente relacionadas con la promoción, venta o suministro de un bien o servicio.

Si bien, como hemos visto, en la LGDCU se emplea el término empresario (en el artículo 19 LGDCU se hace referencia a las «prácticas comerciales de los empresarios con los consumidores y usuarios»), en el Capítulo III de la LCD se omite dicho término, lo que nos hace preguntarnos si, en el contexto de la LCD, podría considerarse como sujeto activo de una práctica comercial con consumidores o usuarios a un particular, tal como opina parte de la doctrina³¹, ya que el artículo 3.1 LCD se indica que la propia ley es de aplicación «a los empresarios, profesionales y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado». Desde un punto de vista conceptual, la posibilidad de que un particular pueda ser sujeto activo de una práctica comercial con los consumidores no se contempla en la LGDCU y tampoco en la Directiva 2005/29/CE, que exige que la práctica sea realizada por un empresario. Por ello, siguiendo a otros autores³², habrá de interpretarse la expresión en el contexto de la LCD del mismo modo, entendiéndose que no es posible la realización de dichas prácticas por particulares.

³⁰ En este sentido opina ARPIO SANTACRUZ, J., en «Artículo 19. Prácticas comerciales desleales con los consumidores», en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Bercovitz (dir.), Aranzadi, Navarra, 2011, p. 525.

³¹ En este sentido véase MARCO COS, J. M., «Artículo 3 LCD», en *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Martínez (dir.), Tecnos, Madrid, 2009, pp. 44-46.

³² ARPIO SANTACRUZ, J., «Artículo 19. Prácticas comerciales desleales...», cit., pp. 525-526.

El sujeto pasivo debe ser un consumidor o usuario. En este sentido conviene diferenciar el concepto de consumidor recogido en la LGDCU y el de la Directiva 2005/29/CE. Según el artículo 3 LGDCU, tienen la consideración de consumidores toda persona física o jurídica que actúe en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, mientras que para la Directiva comunitaria mencionada –así como otras muchas Directivas comunitarias–, las personas jurídicas no tienen tal consideración. En esta problemática generada por la divergencia en la noción de consumidor entre las Directivas comunitarias y la LGDCU conviene tener en cuenta la STJUE de 22 de noviembre de 2001³³ en los asuntos acumulados C-541/99 y C-542/99. En ella el Giudice di pace di Viadana (Italia) plantea al Tribunal de Justicia unas cuestiones acerca del concepto de «consumidor» que se emplea en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. De las conclusiones que se desprenden de dicha sentencia, la que nos atañe es que se considera que el concepto de prácticas comerciales con consumidores y usuarios sólo incluye aquellas que tengan como destinatarios a personas físicas que, en dicha práctica, actúen con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio, oficio o profesión. A pesar de ello, la Directiva 2005/29/CE no se opone a que se extienda la protección que reciben los consumidores a, por ejemplo, los comerciantes; por eso serán las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la LCD quienes decidan si se extiende dicha protección.

En cuanto a la actuación objeto de la práctica, como se ha mencionado, puede consistir en cualquier acción u omisión, incluidas la publicidad y la comercialización, directamente relacionadas con la «promoción, venta o el suministro de un producto o servicio a los consumidores». El concepto de “producto” debe entenderse en sentido amplio, incluyendo bienes inmuebles, derechos u obligaciones³⁴.

³³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera; Identificador europeo de jurisprudencia: ECLI:EU:C:2001:625; base de datos empleada: CURIA.

³⁴ El artículo 2.c) de la Directiva 2005/29/CE define “producto” como «cualquier bien o servicio, incluidos los bienes inmuebles, así como los derechos y obligaciones».

2. LAS PRÁCTICAS AGRESIVAS COMO PRÁCTICAS COMERCIALES CON LOS CONSUMIDORES

2. 1. La inclusión de las prácticas agresivas en las prácticas comerciales con consumidores (artículo 19 LCD)

Ya se ha visto que la disposición general en materia de prácticas agresivas del artículo 8 LCD se completa con la inclusión, mediante el artículo 19.1 LCD, de las prácticas agresivas en la particular categoría de actos de competencia desleal que tienen la consideración de prácticas comerciales desleales con los consumidores, y que ello se hace «sin perjuicio de lo establecido en los artículos 19 y 20 del texto refundido de la LGDCU y otras leyes complementarias, únicamente tendrán la consideración de prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios, las previstas en este capítulo y en los artículos 4, 5, 7 y 8 de esta ley». Esto, como hemos visto, tiene como consecuencia que a dichas prácticas, además, puedan aplicarse las sanciones administrativas previstas en la LGDCU.

No obstante, el punto que ahora me interesa es el segundo del mismo artículo (art. 19.2 LCD), a través del cual se incluyen las prácticas comerciales recogidas en los artículos 21 a 31 LCD como prácticas que son en todo caso y bajo cualquier circunstancia, prácticas comerciales desleales con los consumidores. Dentro de éstos, en los artículos 28 a 31 de la misma ley, aparecen, de conformidad con lo establecido en la Directiva –como más adelante trataré de explicar–, un catálogo de prácticas que ese consideran desleales por agresivas *per se*, por lo que no deberá examinarse que se cumplen los requisitos generales establecidos en el artículo 8 LCD³⁵. Dichos requisitos se presumen en estos supuestos y, por tanto, se reputarán desleales por agresivos con los consumidores, aunque para que pueda llegar a este resultado será necesario que se prueben los requisitos exigidos en cada una de las cláusulas agresivas *per se*. En todo caso, aquí debe puntualizarse que, en el caso de que no se cumplieran todos y cada uno de los requisitos exigidos por el precepto, la práctica podrá considerarse no obstante agresiva, siempre que permita realizar el juicio de deslealtad de conformidad con la cláusula general que para las prácticas agresivas se establece en el artículo 8 LCD.

³⁵ Como ya hemos comentado, según dicho artículo 8 LCD, debería probarse la existencia de algunas de las conductas previstas en el mismo (acoso, coacción e influencia indebida) así como el requisito de susceptibilidad de afectar el comportamiento económico de los consumidores.

Esté catálogo de prácticas agresivas, son consideradas desleales *per se*, «en todo caso y en cualquier circunstancia», cuando se realizan por empresarios o profesionales en el marco de relaciones con consumidores, esto es, como ya hemos visto, cuando tienen la consideración de prácticas comerciales con consumidores (art. 19 de la Ley).

En cualquier caso, si alguno de los requisitos necesarios para clasificar una práctica como agresiva no se cumpliese, esto no sería óbice para que se pudiera analizar la ilicitud de la práctica a la luz de la cláusula general del artículo 4 LCCD para determinar si se trata o no de una conducta desleal.

2.2 El catálogo de prácticas comerciales agresivas destinadas a los consumidores en la LCD

El legislador español ha optado por realizar una clasificación de las prácticas agresivas, a diferencia de lo que se ha realizado a nivel comunitario³⁶, en la medida en que en la Directiva únicamente se establece el listado de las prácticas agresivas *per se*, sin realizar ningún tipo de diferenciación. Esta clasificación ha sido criticada³⁷, por no utilizarse criterios homogéneos de clasificación y, por otro lado, tratar de incluir en uno u otro grupo prácticas difícilmente encuadrables.

A) Prácticas agresivas con los consumidores por coacción (artículo 28 LCD)

En el artículo 28 LCD recoge una práctica comercial que se reputará desleal por agresiva consistente en hacer creer al consumidor o usuario que no puede abandonar el establecimiento del empresario o profesional o el local en el que se realice la práctica comercial, hasta haber contratado, salvo que dicha conducta sea constitutiva de infracción penal. Este artículo tiene su origen en el número 24 del Anexo I de la Directiva.

Como se desprende de la redacción de la norma, únicamente deberá probarse que se ha realizado una conducta que ha producido en el consumidor la sensación de

³⁶ Esta clasificación no se realiza en la normativa italiana (art.26 del Decreto Legislativo, de 2 de agosto de 2007); ni francesa (art. L221-1 Code de la Consommation modificado por LOI, nûm. 2008-3, du 3 janvier 2008, pur le développement de la concurrence au service des consommateurs); ni belga ((art. 94 de la Loi relativa aux pratiques du marché et à la protection du consommateur du 6 avril 2010); ni portuguesa (art. 12 del Decreto-Lei nûm 57/2008 de 26 de março); ni alemana (nûm. 25, del Anexo al apartado 3 del 3, de la Geste gegen den unlauteren Wettbewerb). Normativa citada por MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, P., «El catálogo de prácticas comerciales agresivas destinadas a los consumidores» en *ADI*, 32 (2011-2012), p. 197.

³⁷ MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, P., «El catálogo de prácticas comerciales...» *cit.*, p. 197.

que no podrá salir del local si antes no contrata la prestación ofrecida. Eso sí, esa situación incómoda o embarazosa para el consumidor debe tener entidad suficiente para mermar de forma significativa la libertad de elección del mismo. No será necesario, por lo tanto, probar que se ha producido un uso de violencia –física, mediante fuerza, o verbal, mediante amenazas–, sino que basta con que se cree la sensación de encontrarse prisionero en el local del empresario.

La conducta descrita en la norma parece bastante clara, esta incluye el claro caso, aunque no tan frecuente, de un consumidor que entra en una tienda sin la intención de comprar –o con esa idea pero termina cambiando de parecer– y decide irse sin comprar, cuando el profesional a cargo le hace tener la sensación de que no podrá marcharse sin contratar por lo que termina haciéndolo. Más frecuente es el caso en el que se reunía durante horas a un grupo de personas, bajo el aliciente de obtener un regalo de considerable valor, con la finalidad de convencerles de que firmaran los contratos que le comprometieran. O también, el caso que pone como ejemplo la Comisión Europea en su página web³⁸ en el que le empresario invita a los potenciales clientes a un viaje para conocer las casas que tiene en venta y posteriormente impide o, al menos, dificulta el regreso de los mismos, creando esa sensación de no poder irse hasta haber firmado.

Por otro lado, el artículo finaliza excluyendo la competencia desleal si es constitutiva de infracción penal. En este sentido la LCD cede ante la tipificación penal para sancionar las prácticas agresivas más graves. Tal vez sea éste el elemento más difícil de precisar en torno a los términos del artículo 28, cuándo la conducta del empresario deja de considerarse competencia desleal para convertirse en un acto delictivo. Está claro que la conexión que puede haber entre el artículo 28 LCD y el Código Penal es el delito de coacciones, tipificado en el artículo 172 CP, pero del mismo modo que entiende MONGE GIL³⁹, creo que la LCD quiere extender más allá del delito de coacciones el ámbito penal de la exclusión de la propia ley. De este modo, siendo el bien jurídico en juego la libertad, es racional pensar que serán los delitos tipificados dentro del Capítulo VI del Libro II del CP de delitos contra la libertad, los

³⁸ La página web de la Comisión pone a disposición un folleto con ejemplos de prácticas comerciales desleales por agresivas (http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/unfair-trade/unfair-practices/is-it-fair/index_es.htm)

³⁹ MONGE GIL, Á. L., «Prácticas agresivas por coacción» en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Bercovitz (dir.), Aranzadi, Navarra, 2011, p.784, considera que la LCD quiere extender a todo el Capítulo VI, del Libro II del CP el ámbito de exclusión mencionado.

que marcan el ámbito de exclusión de una práctica de competencia desleal. En concreto, y además del mencionado delito de coacciones del artículo 172, los delitos de detenciones ilegales y secuestros (artículos 163 al 168 CP), amenazas (artículos 169 al 171) y torturas (artículo 173 al 177). Por lo tanto, si se verifica por fallo penal la comisión de alguno de estos delitos, quedará excluida la competencia desleal de la acción.

B) Prácticas agresivas con los consumidores por acoso (artículo 29 LCD)

a) Presencia física del empresario o profesional en el domicilio del consumidor (29.1 LCD)

En el artículo 29 LCD aparece lo que se consideran prácticas agresivas por acoso, diferenciando dos grupos de prácticas. En el primer punto de este artículo se establece la consideración como desleal de las visitas agresivas por parte del empresario o profesional en el domicilio de los particulares ignorando las peticiones de abandonar su casa o de no volver a personarse en ella.

Este precepto tiene su origen en el número 25 del Anexo I de la Directiva. Es destacable que, tanto en la mencionada Directiva como en la LCD, se parte de la licitud de las visitas comerciales personales a domicilio⁴⁰, en la medida en que para considerarse agresivas *per se* las supedita al requisito de que el empresario no haga caso a las peticiones del consumidor para que abandone su casa o no vuelva a personarse en ella. De la propia redacción de la norma se deduce que la primera visita no se puede calificar, sin más, de práctica comercial desleal porque la norma utiliza el plural y, en todo caso, se exige que haya mediado la manifestación de voluntad (expresa o tácita) contraria del consumidor o usuario a la recepción del empresario o profesional⁴¹. No obstante, como es lógico, a pesar de esta licitud y aunque no se cumpla este requisito, siempre podrá reputarse agresiva si se cumplen los requisitos del artículo 8 LCD, aunque ya no sea agresiva *per se*.

A la hora de interpretar este precepto, en el concepto de domicilio deben quedar comprendidos tanto el domicilio permanente, como el ocasional. Por otro lado debe

⁴⁰ Dado que permiten identificar a la persona que lo visita e impedir su entrada en el domicilio, TATO PLAZA, A., et al., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal...*, cit., p. 211.

⁴¹ ZUBIRI DE SALINAS, M., «Artículo 29. Prácticas agresivas por acoso» en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Bercovitz (dir.), Aranzadi, Navarra, 2011, p.789.

incluirse también el domicilio de un familiar o amigo ya que cumple la misma finalidad en relación con la práctica agresiva⁴², pero sin que sea posible extender este concepto a otros lugares que, si bien podrían suponer una molestia similar para el destinatario, ya no cabe integrar dentro del concepto de domicilio, como por ejemplo el domicilio del trabajo.

Como hemos visto, para que la práctica se considere desleal, el empresario o profesional tiene que haber ignorado la petición del consumidor, bien de abandonar su casa, o bien de volver a personarse a ella. A pesar de que dicha oposición puede mostrarse de forma expresa o tácita, se exige que esas manifestaciones sean lo suficientemente claras para permitir apreciar esa negativa, sin que pueda deducirse en los supuestos de gestos ambiguos o indecisos. Por otro lado, abandonar la casa implica no únicamente que salga del interior de la vivienda, sino que no permanezca en la puerta de la misma, porque este hecho continuaría suponiendo un acoso.

En la redacción de la Directiva se añade además, como excepción que legitima las visitas del empresario pese a la oposición del consumidor o usuario, que esté justificado, con arreglo a la legislación nacional, para hacer cumplir una obligación contractual. En la normativa española, sin embargo, no se recoge esta excepción para las visitas a domicilio, pero sí se hace, como se precisará a continuación, para el supuesto de las propuestas realizadas por medios de comunicación a distancia⁴³.

b) Prácticas agresivas por acoso realizadas por medios a distancia (29.2 LCD)

El artículo 29.2 LCD regula las prácticas agresivas realizadas por medios de comunicación a distancia. Este precepto tiene su origen en el número 26 del Anexo I de la Directiva. En este artículo se regulan las propuestas realizadas a través del teléfono, fax, *spam* (correo electrónico no deseado) u otros medios de comunicación a distancia. Su enumeración es puramente indicativa, se trata de los supuestos más habituales del denominado *marketing directo*, por lo que quedan incluidos cualesquiera otros sistemas en los que no haya presencia física tales como el correo ordinario, *sms* (mensajes de texto), *mms* (mensajes multimedia), etc. También es destacable que en este mismo

⁴² MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, P., «El catálogo de prácticas comerciales...», *cit.*, p. 200, considera que a estos efectos no es relevante que el domicilio sea el del propio afectado por la práctica o el de un familiar o un amigo.

⁴³ Tal y como indica MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, P., «El catálogo de prácticas comerciales...», *cit.*, p. 201.

artículo se hace una excepción a esa deslealtad de la práctica cuando esas propuestas estén justificadas legalmente para hacer cumplir una obligación contractual, por lo que el empresario podrá utilizar estos sistemas de comunicación para hacer cumplir un contrato, siempre dentro de los límites del ordenamiento jurídico español.

La LCD, de conformidad con la Directiva, no considera que el envío de solicitudes a través de estos medios sea agresivo en sí mismo, sino que para ello debe cumplir los requisitos establecidos en el precepto, esto es, que sean solicitudes no deseadas y reiteradas. La necesidad de que sean propuestas “no deseadas” no plantea demasiados problemas –lógicamente no se puede calificar de desleal si media una solicitud, aunque sea de información, por parte del consumidor–, en cuanto al hecho de que sean “reiteradas”, en cambio, sí que puede plantear un problema el saber cuántas veces debe producirse una solicitud para que se considere reiterada. A la pregunta de si con dos veces sería suficiente, según ZUBIRI DE SALINAS⁴⁴, al haber quedado en la redacción el término “reiteradas” la respuesta debe ser afirmativa. Bajo mi punto de vista el legislador, al titular el artículo «prácticas agresivas por acoso», cuando habla de reiteración parece referirse a, por lo menos, alguna más. En este tipo de *marketing*, la ausencia de contacto directo entre el empresario y el consumidor o usuario hace que ese acoso del que habla el legislador sea a través de medios de comunicación y que a través de estos medios puedan llegar a invadir la privacidad y la tranquilidad del consumidor. Esto también tiene que ver con el intervalo de tiempo que va desde que se realiza una propuesta hasta que se realiza la siguiente. Por poner un ejemplo, si un consumidor recibe una llamada cada seis meses a lo largo de dos años -cuatro llamadas en total– es difícil que el consumidor llegue sentirse acosado⁴⁵, sin embargo si recibe una llamada cada día, durante cuatro días seguidos, sí. Por tanto creo que el número de veces que se reitere la proposición y la intensidad de los mismos debe ser suficiente para que, efectivamente, se produzca un acoso.

Para permitir la oposición del destinatario a seguir recibiendo propuestas, el párrafo segundo de este artículo 29.2 LCD, dispone que el empresario o profesional deberá utilizar en estas comunicaciones sistemas que permitan al consumidor dejar constancia de su oposición. Además en el siguiente párrafo, se hace especial mención al

⁴⁴ ZUBIRI DE SALINAS, M., «Artículo 29. Prácticas agresivas...», *cit.*, p.796.

⁴⁵ En este punto me parece importante recordar al lector que este tipo de *marketing* no es desleal en sí, sino que debe ser “agresivo” para tener tal consideración.

caso de las llamadas telefónicas, las cuales deberán ser realizadas desde un número de teléfono identificable. Esto se puede trasladar a los *sms*, *mms*, etc.

Por otro lado, la consideración de la deslealtad no elimina, como se indica en el último párrafo del artículo 29.2 LCD, la aplicación de otra serie de normas que regulan la protección de datos, los servicios de la sociedad de la información, las telecomunicaciones y la contratación a distancia.

C) Prácticas agresivas en relación con los menores (artículo 30 LCD)

En el artículo 30 LCD se establece que se considera desleal por agresivo incluir en la publicidad una exhortación directa a los niños para que adquieran bienes o usen servicios o convenzan a sus padres u otros adultos de que contraten los bienes o servicios anunciados. El fundamento de este precepto está en la especial atención que merecen los menores teniendo en cuenta la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentran frente a los anuncios publicitarios y la facilidad con la que pueden ser manipulados por los mismos.

Esta norma tiene su origen en el número 28 del Anexo I de la Directiva, cuya trasposición a la LCD se hace de modo prácticamente idéntico. Las únicas diferencias son que en la Directiva únicamente se hace referencia a productos, sin que esto tenga relevancia⁴⁶, y que en la norma comunitaria se hace una referencia a la normativa sobre radiodifusión televisiva «esta disposición se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 16 de la Directiva 89/552/CEE relativa a la radiodifusión televisiva», referencia que en Derecho nacional debería relacionarse con la Ley 7/2010, General de la Comunicación Audiovisual⁴⁷.

El precepto de la LCD exige que para que este tipo de publicidad se califique de agresiva es necesario que exista una «exhortación directa» al menor, bien para que adquiera el bien o servicio, o para que convenza a sus padres u otros adultos para que los adquieran. Por ello, para hablar de una incitación directa al menor, es necesario que se trate de una publicidad destinada a los niños. Para determinar si efectivamente un

⁴⁶ No supone ningún cambio en la medida en que el artículo 2 de la Directiva incluye los servicios dentro de la definición de producto, por el cual se entiende cualquier bien o servicio, incluidos los bienes inmuebles, así como los derechos y obligaciones. Por ello deben considerarse incluidos también los servicios.

⁴⁷ En este sentido véase MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, P., «El catálogo de prácticas comerciales...», *cit.*, p. 210.

anuncio publicitario está destinado a los menores, habrá de atenderse a las circunstancias que le rodean, resultando especialmente relevantes para ello el medio, el programa y el horario en que se emita, las imágenes y el lenguaje utilizado, los intervenientes en el anuncio y los destinatarios del producto.

La exhortación, definida como «incitación a alguien con palabras, razones y ruegos para que haga o deje de hacer algo»⁴⁸, debe ser directa. Esto es que no se trate de una mera invitación sino de una motivación imperativa (“compra”, “consigue”, “adquiere”, “colecciona”, etc.). Para ello es preciso que sean expresiones que impliquen un grado de coacción suficiente para hacer entender a una mente vulnerable como la de un menor que, de algún modo, si no se tiene el producto o servicio se va a estar en una situación de insatisfacción⁴⁹.

En este punto, ha de prestarse atención a que, como en las demás prácticas agresivas, la LCD parte de un supuesto lícito. Este tipo de publicidad con incitaciones directas no será desleal si no están destinados a los menores⁵⁰, y del mismo modo, una publicidad destinada a menores, no será desleal si no hay una incitación directa, esto es, cierto grado de coacción o agresividad, tal y como indica el título del artículo.

En la redacción del precepto, se pueden diferenciar dos tipos de conductas desleales en relación con los menores, la exhortación a que adquieran el bien o servicio, que se calificaría como un supuesto de coacción, y la exhortación a que convenzan a algún adulto de que lo haga⁵¹, que se calificaría como uno de influencia indebida⁵². Si bien en este punto MASSAGUER FUENTES considera que se trata de una práctica difícilmente encuadrable como práctica agresiva en la medida en que es ajena al prevalimiento de una situación de poder⁵³, bajo mi punto de vista, parece evidente que el empresario se encuentra en una posición de poder para influir en los menores, aprovechándose de su mayor experiencia y de la facilidad para influir sobre un menor.

⁴⁸ Según definición del Diccionario de la RAE.

⁴⁹ ZUBIRI DE SALINAS, M., «Artículo 30. Prácticas agresivas en relación con los menores» en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Bercovitz (dir.), Aranzadi, Navarra, 2011, p. 812.

⁵⁰ Puesto que como hemos dicho, este precepto tiene su origen en la especial vulnerabilidad de los menores frente a la publicidad.

⁵¹ Convirtiéndose los menores en “agentes del empresario”, ZUBIRI DE SALINAS, M., «Artículo 30. Prácticas agresivas en relación...», *cit.*, p. 812.

⁵² Tal y como señala TATO PLAZA, A., «Protección de los menores y competencia desleal» en *El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI*, Marcial Pons, Madrid 2010, pág 402.

⁵³ MASSAGUER FUENTES J., *El nuevo Derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, Thomson-Cívitas, Madrid, 2006, pág 132.

En relación con la publicidad dirigida a los menores, es preciso tener en consideración el artículo 18 LCD, según el cual se considera desleal la publicidad considerada ilícita por la LGPu, y a su vez el artículo 3 de la LGPu, donde en su apartado b) se considera como ilícita la publicidad «dirigida a menores que les incite a la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores⁵⁴». Esto tiene dos consecuencias en la práctica que explicaré mediante dos supuestos como ejemplo. En el primero, imaginemos un anuncio publicitario en el que aparezca un menor persuadiendo de la compra a sus padres o tutores, dicho anuncio será considerado como publicidad ilícita y será reputado desleal a través del artículo 18 LCD, pero no será desleal con los consumidores conforme al artículo 30 LCD si no contiene una exhortación directa para adquirir el producto. Por otro lado, a modo de ejemplo imaginemos un anuncio en el que se hace una exhortación directa a que el menor convenza a un adulto que no es su padre ni tutor, como podría ser su abuelo, tío o profesor, en este caso sí que se entraría dentro de la protección del artículo 30 LCD, ya que se hace referencia a «sus padres u otros adultos», pero no dentro del 3 b) LGP, ya que este precepto sólo incluye a «padres o tutores». Es por ello que se deberían unificar los términos, siendo desde mi punto de vista, más acertada la redacción del artículo 30 LCD.

D) Otras prácticas agresivas con los consumidores (artículo 31 LCD)

Bajo el título «otras prácticas agresivas», se reúnen en el artículo 31 LCD tres prácticas difícilmente encuadrables dentro de una de las otras tres categorías de prácticas agresivas en relación con los consumidores. Se tratan, igual que los supuestos anteriores, de prácticas agresivas *per se*, de forma que cuando están destinadas a los consumidores no es necesario analizar el cumplimiento de los requisitos de la cláusula general relativa a las prácticas agresivas.

a) Conductas de las aseguradoras tendentes a disuadir de realizar una reclamación a un consumidor (31.1 LCD)

⁵⁴ Sin olvidar que como señala VAREA SANZ, M., en «Illicitud y deslealtad publicitaria en el Derecho español» *cit.*, pp 639-640, también puede llegar a ser un supuesto de violación de normas del art. 15, por ir en contra de la Ley 7/2010, General de Comunicación Audiovisual, de 31 de marzo, en las letras a) y b) del apartado 3 en su art. 7, regulador de los derechos del menor en el marco de la comunicación audiovisual.

El artículo 31.1 LCD tiene su origen en el número 27 del Anexo I de la Directiva, el cual reproduce añadiendo unos matices⁵⁵. Este precepto tiene como objetivo evitar algunas conductas habituales de muchas compañías aseguradoras que ponen numerosos obstáculos a las reclamaciones de quienes estén legitimados para exigir el cumplimiento de la prestación comprometida en el contrato de seguro. En él se recogen dos conductas desleales, por un lado considera desleal por agresivo «exigir al consumidor o usuario, ya sea tomador, beneficiario o tercero perjudicado, que deseé reclamar una indemnización al amparo de un contrato de seguro, la presentación de documentos que no sean razonablemente necesarios para determinar la existencia del siniestro y, en su caso, el importe de los daños que resulten del mismo» y, por otro lado «dejar sistemáticamente sin responder la correspondencia al respecto, con el fin de disuadirlo de ejercer sus derechos».

En cuanto a la conducta de exigir documentación que no se considere razonable, para la determinación de la deslealtad debe hacerse un juicio de razonabilidad sobre el alcance que debe atribuirse al deber de colaboración del tomador o del asegurado, puesto que solo podrá determinarse la deslealtad del asegurador si exige al tomador, asegurado o beneficiario del seguro que aporte información que no pueda considerarse de una manera razonable necesaria para la demostración de la existencia del siniestro, sus causas, circunstancias y consecuencias. Este juicio de valor debe hacerse caso por caso teniendo en cuenta las características del seguro en cuestión, del riesgo asegurado y del siniestro. En este tipo de prácticas, al tratarse de una práctica agresiva *per se* si el sujeto pasivo es un consumidor o usuario, para determinar su deslealtad, no resulta necesario que se cumplan los requisitos del artículo 8 LCD. No obstante, si el destinatario de una práctica de este tipo fuera un empresario o profesional, podría considerarse desleal de igual modo en virtud del artículo 8.2.d LCD, puesto que como señala CARBAJO CASCÓN⁵⁶, esta práctica entraña con el factor determinante del acoso (recordemos que según la RAE se entiende acoso como perseguir, apremiar, importunar a alguien con molestias o requerimientos).

⁵⁵ La Directiva utiliza las expresiones «exigir al consumidor» y «determinar la validez de la reclamación» mientras que la norma española especifica en su lugar «exigir al consumidor, ya sea tomador, beneficiario o tercero perjudicado» y «determinar la existencia del siniestro y, en su caso, el importe de los daños que resulten del mismo».

⁵⁶ CARBAJO CASCÓN, F., «Artículo 31. Otras prácticas agresivas», en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Bercovitz (dir.), Aranzadi, Navarra, 2011, p. 834.

Por otro lado, el artículo 31.1 LCD también hace mención a otra práctica íntimamente relacionada con la anterior, la de dejar de responder la correspondencia remitida por quien reclama una prestación derivada del contrato de seguro. La deslealtad se infiere de la falta de diligencia del asegurador que persigue, con esta actitud, disuadir al consumidor o usuario del ejercicio legítimo de sus derechos. En cuanto al término «correspondencia» empleado, se entiende que comprende toda clase de medios de comunicación y no queda reducido al correo postal⁵⁷. De igual modo que en el supuesto anterior, al tratarse de una práctica agresiva *per se*, si se trata de un consumidor o usuario, acreditada fehacientemente la falta sistemática de contestación a la correspondencia del tomador, asegurado o beneficiario, el reproche de deslealtad se produce automáticamente. Igual que sucedía en el supuesto anterior, aunque el destinatario de la práctica no sea consumidor o usuario podrá considerarse desleal a través del artículo 8 LCD, ya que como señala CARBAJO CASCÓN⁵⁸, la falta de contestación a la correspondencia de quien reclama la prestación del asegurador puede configurarse en un sentido amplio como un acto de acoso.

b) Suministros no solicitados (31.2 LCD)

En el siguiente punto del mismo artículo (el artículo 31.2 LCD), se considera desleal por agresivo exigir el pago inmediato o aplazado, la devolución o la custodia de bienes o servicios suministrados por el comerciante, que no hayan sido solicitados por el consumidor o usuario, salvo cuando el bien o servicio en cuestión sea un bien o servicio de sustitución suministrado de conformidad con lo establecido en la legislación vigente sobre contratación a distancia con los consumidores y usuarios. Dicho artículo tiene su origen en el apartado 29 del Anexo I de la Directiva, con la diferencia, sin relevancia, ya mencionada anteriormente en relación con que la Directiva únicamente se refiere a productos sin mencionar los servicios.

Se trata de una norma que complementa el artículo 100.1 LGDCU de regulación de ventas no deseadas, según el cual está prohibido suministrar al consumidor o usuario bienes o servicios no pedidos por él cuando dichos suministros incluyan una petición de pago de cualquier naturaleza, consistiendo este envío en una infracción grave o muy

⁵⁷ Según MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, P., «El catálogo de prácticas comerciales...», *cit.*, p. 216, se deben considerar integradas en este concepto toda clase de medios de comunicación a distancia que permitan al asegurado ponerse en contacto con el asegurador (ya sea fax, correo electrónico, etc.).

⁵⁸ CARBAJO CASCÓN, F., «Artículo 31. Otras prácticas...», *cit.*, p. 836.

grave. En caso de que así se haga, puntuiza el mismo precepto, y sin perjuicio de la infracción que ello suponga el consumidor y usuario receptor no estará obligado a su devolución, ni podrá reclamársele el precio, precisándose además, que en caso de que decida devolverlo no deberá indemnizar por los daños sufridos por el bien o servicio. Por ello, además de tratarse de una conducta prohibida por la LGDCU, esta práctica será considerada desleal por agresiva⁵⁹.

Al igual que sucedía en los casos anteriores, en el supuesto de que el destinatario no sea un consumidor o usuario, podría considerarse que nos encontramos ante una práctica agresiva por acoso, ya que implica presionar al consumidor o usuario y el pago, la devolución o la custodia de bienes o servicios puede ser consecuencia del deseo de evitar una situación incómoda.

No obstante, el precepto recoge una excepción en caso de que el bien o servicio sustituya a otro, de conformidad con la legislación vigente sobre contratación a distancia. Se refiere a la posibilidad de pactar el envío de bienes y servicios prevista en la LGDCU (véase los artículos 97.1.f y 105). Por tanto, si el empresario envía al consumidor o usuario un bien en sustitución del inicialmente contratado por este proceso de contratación a distancia, mediando aceptación expresa del contrato por parte del consumidor, se entenderá que el empresario ha cumplido con su obligación y podrá exigir el pago sino se hubiera realizado con anterioridad.

c) Recurrir indebidamente a los sentimientos caritativos del consumidor (31.3 LCD)

Por último, el artículo 31.3 LCD establece que se considerará desleal por agresivo el informar expresamente al consumidor o usuario de que el trabajo o el sustento del empresario o profesional corren peligro si el consumidor o usuario no contrata el bien o servicio. Este precepto se corresponde con el número 30 del Anexo I de la Directiva, el cual reproduce literalmente.

De este modo, para que sea considerada desleal esta práctica, la información que proporcione el empresario sobre la posibilidad de que su trabajo o sustento dependa de la contratación debe ser expresa. La deslealtad se fundamenta en que el empresario o profesional ejerce una presión psicológica sobre el consumidor, apelando a sus sentimientos caritativos y generándole una situación incómoda que puede inducirle a

⁵⁹ En este sentido CARBAJO CASCÓN, F., «Artículo 31. Otras prácticas...», cit., p. 837.

contratar aun si ser esa su intención. Por ello, dicha conducta podría incluirse dentro de las prácticas agresivas por acoso o coacción. Así, una parte de la doctrina lo incluye dentro de las prácticas agresivas por acoso⁶⁰, mientras que otra lo incluye dentro de las de coacción⁶¹. Desde mi punto de vista no es determinante en la práctica en qué categoría se incluyan ya que esta práctica es agresiva *per se* cuando está destinada a consumidores o usuarios, y cuando no lo está puede ser considerada agresiva en virtud del artículo 8 LCD tanto si es por acoso como por coacción, si bien creo que encajaría más dentro de la noción de coacción por entender que se está ejerciendo cierta presión psíquica o emocional sobre el consumidor o usuario con el fin de influir en su comportamiento económico.

En cuanto a quién informe de que el sustento o trabajo del empresario corre peligro, abarca también el caso en que dicha información sea proporcionada por una persona que actúe por cuenta del empresario⁶², dada la responsabilidad que asume el empresario de los actos de sus dependientes.

V. CONCLUSIONES

Del presente análisis de las prácticas agresivas en su relación con el Derecho de Competencia Desleal y el Derecho de Competencia en general, se pueden extraer varias ideas o conclusiones.

1. En primer lugar, de lo expuesto se deduce que dentro del ordenamiento español y comunitario se permite, dentro del mercado, una competencia entre competidores intensa, “dura” y hasta cierto punto agresiva. Al acotarse tanto los supuestos desleales («sólo se reputará desleal...»), se está dejando un amplio margen de legalidad a los actos de competencia. Esto permite que las empresas puedan realizar acciones tendentes a crecer a costa de sus competidores e incluso a eliminarlos, y que

⁶⁰ Así MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, P., «El catálogo de prácticas comerciales...», *cit.*, p. 220 lo incluye en las agresivas por acoso al considerar que se persigue obtener la decisión de compra del consumidor importunándole o generando una situación incómoda, molesta o gravosa que impide que adopte una decisión con la reflexión y cuidado que tendría en circunstancias normales.

⁶¹ TATO PLAZA, A., *et al.*, *La reforma de la Ley de Competencia Desleal...*, *cit.*, p 249, en cambio, considera que esta práctica encajaría mejor dentro de las prácticas agresivas por acoso.

⁶² Tal y como apunta MASSAGUER FUENTES, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal...*, *cit.* p. 133.

sólo aquellas prácticas recogidas como desleales o ilícitas en la LCD u otra ley estarán prohibidas.

Ahora bien, ello no es óbice para que puedan calificarse como desleales conductas no definidas en las cláusulas especiales de la LCD, a través de la cláusula general recogida en el artículo 4 LCD.

2. Por otro lado, procede destacar que, tanto en la LCD como en otras normas reguladoras de la corrección en la actuación concurrencial en todos sus niveles, incluyendo la LDC, se percibe una protección decreciente de los siguientes intereses: a) el interés público en el buen funcionamiento del mercado, b) el interés colectivo de los consumidores y, por último, c) el interés de los concretos competidores afectados en cada caso. Lo cual ha alterado los planteamientos iniciales del Derecho de la competencia desleal, centrados sobre todo en la protección de los competidores frente a las prácticas desleales.

3. Además, creo que la configuración y estructura de la LCD en la incorporación de la Directiva 2005/29/CE y de las prácticas agresivas no se ha realizado de la mejor manera ni la más clara, quedando todavía margen de mejora. Esto se debe a la compleja inclusión de las prácticas agresivas en la citada Ley, primero en el Capítulo II a través del artículo 8 LCD, y más adelante en el Capítulo III de prácticas comerciales con los consumidores mediante el artículo 19 LCD. A este respecto, no considero del todo acertada la decisión de romper el tradicional planteamiento de protección unitaria de todos los participantes del mercado con la división que trae la mencionada Directiva comunitaria que distingue entre las normas sobre competencia desleal para proteger a los consumidores, y el resto de normas. Mi opinión es que esta distinción no debería hacerse dentro del Derecho de Competencia Desleal ya que éste debería tener como objeto proteger a los competidores y el correcto funcionamiento del mercado, dejando a la legislación relativa a los consumidores la protección de los mismos.

4. También debo señalar que en varias ocasiones la LCD mejora la redacción de la Directiva 2005/29/CE, cuya versión en castellano no es del todo clara o carece de la concisión que sería deseable en un texto legislativo. Esto creo que puede estar relacionado con la multiplicidad de idiomas en que se redactan las Directivas, de modo que, al redactar cada versión, no se tiene la misma libertad para precisar o aclarar el contenido de los preceptos. Por ello, en su transposición a la LCD, se ha aprovechado la

oportunidad de mejorar la redacción de los mismos (por ejemplo, la redacción del artículo 6 de la Directiva relativo a acciones engañosas es bastante confusa y su correspondiente en la ley española, el artículo 5 LCD de actos de engaño, la redacción es mucho más clara).

En relación con ello es preciso destacar que la incorporación de la Directiva al Derecho español se ha realizado sin introducir elementos normativos adicionales respecto a los fijados por la norma comunitaria. Por tanto, el presente trabajo podría definirse en cierto modo como un estudio de Derecho Comunitario, ya que gira, precisamente, en torno a la LCD, la Ley que incorpora la regulación de estas prácticas al Derecho español.

Por último, me gustaría señalar algo que he ido observando a lo largo del estudio: el bajo impacto en la práctica que ha tenido la regulación de las prácticas agresivas. Esto se puede apreciar al ver la poca jurisprudencia que hay del tema, debido quizás a dos razones. La primera, el breve espacio de tiempo que llevan reguladas en España (como hemos visto desde diciembre de 2009). La segunda, y creo que la principal, es el hecho de que, en su mayoría, afectan directamente a los consumidores o usuarios en su ámbito privado, siendo sus competidores, y no éstos, quienes tomarían medidas para reprimir tales actos. Como ejemplo, en el caso de que un particular reciba llamadas publicitarias por teléfono a casa todas las semanas, si llega a cansarse de las mismas, es posible que termine contestando de malas maneras la llamada exigiendo que no le vuelvan a llamar, pero es más difícil que emprenda acciones legales. En cambio si un competidor de la empresa que realiza las llamadas es el destinatario de la práctica (o sin serlo se percata de que su competidor está realizando prácticas agresivas de este tipo), es más fácil que emprenda medidas legales.

En definitiva, considero que la regulación de las prácticas agresivas constituye, sin duda, un avance, a pesar del bajo impacto que en la praxis judicial ha tenido hasta el momento. En efecto, es un paso adelante en la represión de la competencia desleal, si bien no estoy totalmente de acuerdo, como ya he comentado, con el enfoque desde el que se ha regulado (situando al consumidor en el centro de las prácticas agresivas) y entiendo que cabe un margen mejora en la regulación legal de estas prácticas en España.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ARPIO SANTACRUZ, J., «Artículo 19. Prácticas comerciales desleales con los consumidores», en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Bercovitz (dir.), Aranzadi, Navarra, 2011.

ARROYO APARICIO, A., «Artículo 8. Prácticas agresivas», en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Bercovitz (dir.), Aranzadi, Navarra, 2011.

CARBAJO CASCÓN, F., «Artículo 31. Otras prácticas agresivas», en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Bercovitz (dir.), Aranzadi, Navarra, 2011.

FONT GALÁN, J. I. y PINO ABAD, M., (coords.), *Estudios de Derecho de la Competencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

JÍMENEZ SÁNCHEZ, G. J., *Lecciones de Derecho Mercantil*, 10^a edición, Madrid, 2005.

MARCO COS, J. M., «Artículo 3 LCD», en *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Martínez (dir.), Tecnos, Madrid, 2009.

MASSAGUER FUENTES, J., «Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 27, 2010.

MASSAGUER FUENTES, J., *El nuevo Derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, Thomson-Cívitas, Madrid, 2006.

MASSAGUER, J.; MARCOS, F.; y SUÑOL, A., «La transposición al Derecho español de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales», Informe del Grupo de trabajo constituido en el seno de la Asociación española de Defensa de la Competencia, *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, nº 213, 2006.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á. (dirs.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. I, 9^a edición, Civitas, Navarra, 2011.

MONGE GIL, Á. L., «Prácticas agresivas por coacción» en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Bercovitz (dir.), Aranzadi, Navarra, 2011.

MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, P., «El catálogo de prácticas comerciales agresivas destinadas a los consumidores» en *ADI*, 32 (2011-2012).

MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, P., «La deslealtad de las prácticas comerciales agresivas entre competidores», en *ADI*, 32 (2011-2012).

ORTIZ BLANCO, L., MAÍLLO GONZALEZ-ORUS, J., IBAÑEZ COLOMO, P. y LAMADRID DE PABLO, A., *Manual de Derecho de la competencia*, Tecnos, Madrid, 2008.

OTAMENDI RODRÍGUEZ-BETHENCOURT, J.J., *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Navarra, 1994.

PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., *Derecho de la propiedad industrial, intelectual y de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

RUIZ PERIS, J., «Panorámica de la reforma en materia de competencia desleal», en *El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil, volumen I*, 34^a edición (7^a en Aranzadi), Navarra, 2011.

TATO PLAZA, A., «Líneas generales de la reforma del Derecho español contra la competencia desleal (Parte I)», en *Autocontrol*, revista de Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, nº 149, 2010.

TATO PLAZA, A., «Protección de los menores y competencia desleal» en *El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI*, Marcial Pons, Madrid 2010.

TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLOCALERO, P. y HERRERA PETRUS, C.; *La reforma de la Ley de competencia desleal*, La Ley, Madrid, 2010.

VAREA SANZ, M., «Illicitud y deslealtad publicitaria en el Derecho español» en *Estudios en homenaje a Mariano Uzcátegui Urdaneta*, Uzcátegui Angulo, A. (compiladora), t. II, Talleres gráficos universitarios, Universidad de los Andes, Mérida, Venezuela, 2011.

VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, 23^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

VINCENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, 21^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

ZUBIRI DE SALINAS, M., «Artículo 29. Prácticas agresivas por acoso» en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Bercovitz (dir.), Aranzadi, Navarra, 2011.

ZUBIRI DE SALINAS, M., «Artículo 30. Prácticas agresivas en relación con los menores» en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Bercovitz (dir.), Aranzadi, Navarra, 2011.