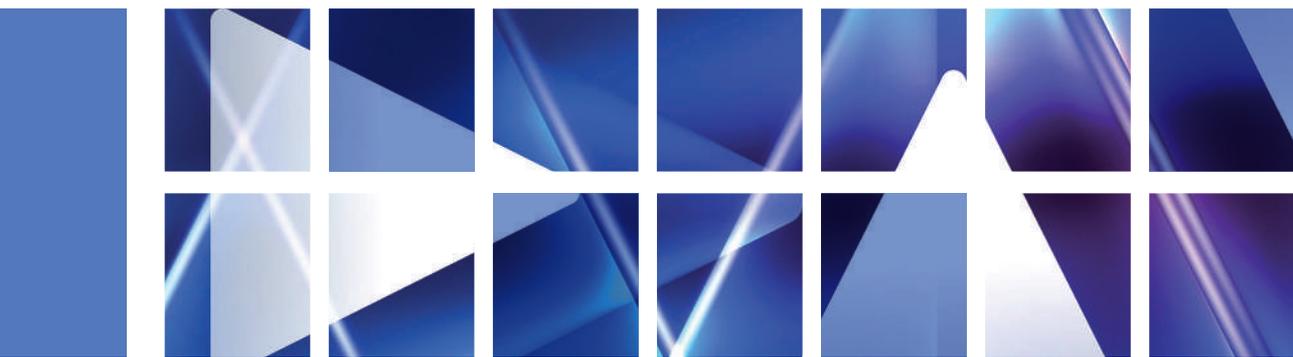


Las prácticas comerciales agresivas como acto de competencia desleal

Análisis y aplicación pública y privada

Sergio Marcelino Castro González



Las prácticas comerciales agresivas como acto de competencia desleal

Análisis y aplicación pública y privada

Sergio Marcelino Castro González

© Sergio Marcelino Castro González, 2024

© LA LEY Soluciones Legales, S.A.

LA LEY Soluciones Legales, S.A.

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 91 602 01 82

e-mail: clienteslaley@aranzadilaley.es

<https://www.laley.es>

Primera edición: febrero 2024

Depósito Legal: M-4190-2024

ISBN versión impresa: 978-84-9090-747-4

ISBN versión electrónica: 978-84-9090-74781

Diseño, Preimpresión e Impresión: LA LEY Soluciones Legales, S.A.

Printed in Spain

© **LA LEY Soluciones Legales, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, LA LEY Soluciones Legales, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

LA LEY SOLUCIONES LEGALES no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, LA LEY SOLUCIONES LEGALES se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

LA LEY SOLUCIONES LEGALES queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

LA LEY SOLUCIONES LEGALES se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **LA LEY Soluciones Legales, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Sergio Marcelino Castro González
Abogado y doctor en Derecho

A mi padre y a mi madre, por su cariño y valores, los
cuales rigen mi vida.

Presentación	17
Abreviaturas	21
CAPÍTULO I Introducción	23
1. Historia del Derecho de la competencia y de las prácticas agresivas	25
1.1. Generalidades	25
1.2. «The Molony Report» y el inicio de la protección hacia los consumidores y usuarios	28
1.2.1. The Molony Report.	28
1.2.2. El inicio de la protección de consumidores y usuarios en nuestro ordenamiento jurídico.	31
1.3. Marco legislativo nacional	34
1.4. Marco legislativo europeo	37
2. Fundamento y análisis de la Ley de Competencia Desleal	41
2.1. Introducción y estructura.	41
2.2. Objeto y ámbito de aplicación funcional.	43
2.2.1. En sentido objetivo.	43
2.2.2. En sentido subjetivo	44
3. La Directiva 2005/29/CE y su necesaria transposición	45
3.1. Introducción.	45
3.2. La transposición de la Directiva 2005/29/CE al derecho interno: La nueva redacción de la Ley de Competencia Desleal	51
CAPÍTULO II La cláusula general: el artículo 4 de la Ley de Competencia Desleal	55
1. Introducción	58
1.1. La necesidad de una cláusula general.	58
1.2. La modificación de la cláusula general tras la reforma del 2009. . .	59
1.3. La relación entre la cláusula general y las prácticas agresivas	61
2. Análisis del contenido del artículo	62
2.1. La existencia de una doble cláusula general.	62
2.2. La cláusula general de alcance común.	62
2.2.1. Introducción	62

2.2.2. La buena fe como criterio delimitador	64
2.2.3. La cláusula general como acto de competencia desleal en sentido estricto	66
2.3. La cláusula general en relación con los consumidores y usuarios . .	67
3. Las exageraciones publicitarias	72
CAPÍTULO III Las prácticas agresivas en el ordenamiento jurídico italiano: Regulación y tutela	75
1. Introducción: El Derecho de la competencia en el ordenamiento jurídico italiano	77
2. La regulación de las prácticas agresivas en Italia	84
2.1. La transposición de la Directiva europea	84
2.2. El Código de Consumo Italiano	86
2.3. Las prácticas agresivas <i>stricto sensu</i> : similitudes y diferencias	88
3. La tutela de las prácticas agresivas	91
3.1. Introducción	91
3.2. Procedimiento ante la Autoridad Garante de la Competencia y del Mercado	93
3.2.1. El órgano administrativo: creación y composición	93
3.2.2. El procedimiento: instrucción y decisión	95
3.2.2.1. Inicio	95
3.2.2.2. La terminación del procedimiento con asunción de compromisos	96
3.2.2.3. La instrucción y la duración del procedimiento	97
3.2.2.4. La decisión de la Autoridad: contenido y sanciones	99
3.3. La tutela judicial	101
3.3.1. La acción inhibitoria	101
3.3.2. La acción de resarcimiento de daños y perjuicios: colectiva e individual	104
CAPÍTULO IV El artículo 8 de la Ley de Competencia Desleal: Análisis de las prácticas agresivas	109
1. Introducción	111
1.1. Antecedentes y fundamento de las prácticas agresivas: La publicidad agresiva y el marketing molesto	111
1.2. El antiguo artículo 8 de la Ley de Competencia Desleal	115
1.3. La introducción de las prácticas agresivas en el artículo 8 tras la transposición de la Directiva 2005/29/CE, y la remisión prevista en el artículo 19	116
2. Análisis de las prácticas agresivas (I)	118
2.1. Introducción	118
2.2. Comportamientos tipificados	122
2.2.1. Acoso	123
2.2.2. Coacción	125
2.2.3. Influencia indebida	127
3. Análisis de las prácticas agresivas (II)	129

3.1.	El comportamiento económico del destinatario.	129
3.2.	Circunstancias determinantes de las prácticas agresivas	131
3.2.1.	El momento y el lugar en que se produce, su naturaleza o su persistencia.	131
3.2.2.	El empleo de un lenguaje o un comportamiento amenazador o insultante	132
3.2.3.	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	133
3.2.4.	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.	135
3.2.5.	La comunicación de que se va a realizar cualquier acción que, legalmente, no pueda ejercerse.	138
3.2.5.1.	Antecedente inmediato: La STS de 12 de julio de 2010	139
3.2.5.2.	SAP de Vizcaya de 23 de diciembre de 2015.	140
3.2.5.2.1.	Supuesto de hecho	140
3.2.5.2.2.	Valoración de la Audiencia	141
3.2.5.3.	SAP de Madrid de 13 de marzo de 2017.	142
3.2.5.3.1.	Supuesto de hecho	142
3.2.5.3.2.	Valoración de la Audiencia	143
CAPÍTULO V Las prácticas agresivas y otros actos de competencia desleal: El abuso de dependencia económica y la publicidad ilícita.		145
1.	Introducción	147
2.	Actos de dependencia económica	150
2.1.	Introducción.	150
2.2.	Relación entre la dependencia económica y las prácticas agresivas	153
2.2.1.	Análisis de la SAP de Ourense de 4 de febrero de 2014.	153
2.2.1.1.	Supuesto de hecho	153
2.2.1.2.	Valoración de la Audiencia	154
2.2.2.	Conclusiones	157
2.3.	Breve reseña a la Directiva (UE) 2019/633 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro agrícola y alimentario	158
3.	Publicidad ilícita	159
3.1.	Introducción.	159
3.2.	Relación entre la publicidad ilícita y las prácticas agresivas	161

4.	Actos de violación de normas	163
4.1.	Introducción.	164
4.2.	Relación entre la violación de normas y las prácticas agresivas . . .	165
CAPÍTULO VI Las prácticas agresivas en relación con los consumidores y usuarios: Los artículos 28, 29, 30 y 31 de la Ley de Competencia Desleal.		167
1.	Introducción	169
2.	El artículo 28: Prácticas agresivas por coacción	173
2.1.	Introducción.	173
2.2.	Ejemplos de aplicación	174
3.	El artículo 29: Prácticas agresivas por acoso	174
3.1.	Introducción.	175
3.2.	Prácticas desleales contempladas	176
3.2.1.	Visitas al domicilio del consumidor y usuario	176
3.2.2.	Realización de propuestas telemáticas	178
4.	El artículo 30: Prácticas agresivas en relación con los menores	187
4.1.	Introducción.	187
4.2.	Publicidad en relación a los menores	188
5.	El artículo 31: Otras prácticas agresivas.	190
5.1.	Introducción.	191
5.2.	Conductas tipificadas	192
5.2.1.	En materia de reclamación a compañías de seguros	192
5.2.1.1.	Condición legítima de partes	193
5.2.1.2.	Exigencia de documentación innecesaria.	193
5.2.1.3.	Actitud pasiva de la compañía de seguros	195
5.2.2.	Suministros enviados y no solicitados.	196
5.2.3.	Exhortar a los sentimientos del consumidor	199
5.2.4.	Las visitas no solicitadas al domicilio del consumidor y la organización de excursiones con fines comerciales	200
5.3.	Prácticas agresivas y prácticas engañosas: el supuesto previsto en el epígrafe 31 de la Directiva 2005/29/CE.	201
CAPÍTULO VII Las prácticas agresivas ante el Derecho de la contratación.		209
1.	Introducción	211
2.	Teoría General de los Contratos	213
2.1.	Introducción.	213
2.2.	El consentimiento	214
2.3.	El objeto.	215
2.4.	La causa	216
3.	Vicios del consentimiento	216
3.1.	Introducción.	216
3.2.	El error.	218
3.3.	La intimidación o violencia	219
3.4.	El dolo	220

4.	¿Invalidez o ineficacia del contrato celebrado mediante prácticas agresivas?	221
4.1.	Introducción	221
4.2.	La Invalidez	221
4.3.	La ineficacia	223
4.4.	Conclusión	224
5.	La responsabilidad civil en las prácticas agresivas: precontractual, contractual, y post contractual.	226
5.1.	La responsabilidad civil contractual.	226
5.2.	La responsabilidad civil <i>extra</i> contractual.	228
5.3.	La diferencia entre ambas responsabilidades en función del momento de producción de las prácticas agresivas	229
6.	Las condiciones generales de contratación y la especial protección a los consumidores y usuarios	232
CAPÍTULO VIII Las prácticas agresivas en el comercio electrónico .		237
1.	Introducción	239
2.	Contratación electrónica y tecnología BlockChain	241
2.1.	Introducción y regulación	241
2.2.	Legislación aplicable y jurisdicción	242
2.2.1.	Legislación aplicable	242
2.2.2.	Jurisdicción y competencia	244
2.3.	Especial obligación de información en los contratos electrónicos .	245
2.4.	Aplicación de la tecnología BlockChain a la contratación electrónica	246
2.4.1.	Introducción y funcionamiento	246
2.4.2.	Aplicación práctica al comercio electrónico	247
3.	Prácticas agresivas en relación a la protección de los datos personales . .	248
3.1.	Introducción: La protección de datos personales	248
3.2.	Prácticas agresivas en relación a la protección de datos personales.	251
3.2.1.	Introducción	251
3.2.2.	Las conductas agresivas estricto sensu	253
4.	Sistemas disruptivos y prácticas agresivas.	255
4.1.	Las «cookies»: Régimen jurídico	255
4.1.1.	Introducción	255
4.1.2.	Régimen aplicable a las cookies.	257
4.2.	La nueva publicidad electrónica	259
4.2.1.	Publicidad por geolocalización	259
4.2.2.	El Big Data	260
4.2.3.	Publicidad mediante el rastreo de cookies.	261
4.2.4.	Patrones oscuros de la publicidad.	262
4.3.	Nuevas prácticas agresivas	263
CAPÍTULO IX Las prácticas agresivas ante el Derecho Penal.		267
1.	Introducción	269
2.	Acoso.	271

3.	Coacciones	274
4.	Amenazas	277
5.	Injurias	279
6.	Otros delitos relacionados con las prácticas agresivas de forma residual . .	280
6.1.	Detención ilegal y secuestro	281
6.2.	Torturas y otros delitos contra la integridad moral	282
7.	La responsabilidad civil dimanante del delito	283
CAPÍTULO X Aplicación privada del Derecho en relación a las prácticas agresivas		287
1.	Introducción	289
2.	Diligencias preliminares y medidas cautelares	291
2.1.	Diligencias preliminares	291
2.2.	Medidas cautelares	293
3.	Jurisdicción y competencia objetiva y territorial	296
4.	Capacidad y legitimación	297
4.1.	Capacidad	297
4.2.	Legitimación	298
5.	Procedimiento	300
5.1.	Introducción	300
5.2.	Cauce procesal	301
5.2.1.	Juicio ordinario	301
5.2.2.	Juicio verbal	303
6.	Catálogo de acciones	304
6.1.	Introducción, clasificación de acciones y principio probatorio . . .	304
6.2.	Acumulación objetiva y subjetiva de acciones	306
6.3.	Acciones Civiles	307
6.4.	Acciones mercantiles	309
7.	Breve reseña a la necesidad de postulación y defensa técnica y a la institución de las costas procesales	311
7.1.	Postulación y defensa técnica	312
7.2.	La institución de las costas procesales	312
CAPÍTULO XI La aplicación pública del Derecho en relación a las prácticas agresivas		315
1.	Introducción	317
2.	Responsabilidad penal	318
2.1.	Introducción y competencia	318
2.2.	Prejudicialidad penal	319
2.2.1.	Introducción	319
2.2.2.	Prejudicialidad penal en el proceso civil	321
2.2.3.	Prejudicialidad penal en el proceso administrativo	322
2.3.	Ejercicio de acciones	324
2.4.	Clases de procedimiento	325
2.4.1.	Procedimiento de delitos leves	325
2.4.2.	Procedimiento abreviado	326

2.4.3. Procedimiento de enjuiciamiento rápido de determinados delitos	327
2.4.4. Procedimiento de delitos de injurias.	327
3. Responsabilidad administrativa	327
3.1. Introducción.	327
3.2. Competencia sancionadora	332
3.2.1. Introducción	332
3.2.2. Competencia sancionadora en la Comunidad Autónoma de Castilla y León.	334
3.3. Régimen de sanciones.	335
3.4. Medidas cautelares fuera del procedimiento administrativo sancionador	338
3.5. El procedimiento administrativo sancionador	339
3.5.1. Principios.	339
3.5.2. Fases	340
3.5.3. Recursos de reposición	342
3.5.4. Recurso contencioso-administrativo	342
Bibliografía	343

Artículo 8. Prácticas agresivas.

1. Se considera desleal 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.

A estos efectos, 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.

2. Para determinar si una conducta hace uso del acoso, la coacción o la influencia indebida se tendrán 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.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Antecedentes y fundamento de las prácticas agresivas: La publicidad agresiva y el marketing molesto

Como ya hemos anticipado, la transposición de la Directiva 2005/29/CE mediante la Ley 29/2009, de 30 de diciembre ha supuesto la introducción en nuestro Derecho positivo de una regulación de las prácticas comerciales agresivas. Si bien es cierto que nos estamos refiriendo a una introducción expresa en la tipificación de tales prácticas, ya que antes de su regulación podíamos incluir este acto de competencia desleal en la cláusula general —antiguo artículo 5 LCD— por ser en todo caso contrario a las exigencias de la buena fe en sentido

objetivo¹, tal y como se ha puesto de relieve en el capítulo anterior acerca de la relación entre la cláusula general y las prácticas agresivas².

Partiendo de la base de que toda publicidad genera ciertas molestias en el consumidor³, no cabe duda alguna de que el germen de las prácticas agresivas se encuentra tanto en la invasión de la esfera privada del consumidor —lo que se ve favorecido por la transformación digital y la mecanización de la publicidad que facilitan las prácticas publicitarias directas⁴—, como en la forma en que se produce la publicidad y el marketing directos. Pese a no estar regulado de forma expresa, la categoría de las prácticas agresivas⁵ no era desconocida por la doctrina⁶, nos estamos refiriendo a la publicidad molesta y al marketing directo. Pensemos, por ejemplo, en supuestos de reiteración mediante llamadas telefónicas, o en las constantes visitas de agentes comerciales en las viviendas de determinados destinatarios potenciales a horas intempestivas.

1. Así, la STS, Sala 1ª, de 29 de diciembre de 2006, nº 1348/2006, Rec. 569/2000, que establece que *«La Sala de instancia argumenta que se trata de una cláusula general, adecuada para enjuiciar actuaciones atípicas, e inaplicable en aquellos supuestos en los que la conducta pretendidamente desleal está expresamente regulada por la norma. En tales casos, prima la norma específica. Esta posición es la correcta, y ha sido sancionada por la jurisprudencia de esta Sala en diversas Sentencias, como las de 7 y 16 de junio de 2000 y 15 de octubre de 2001. El sentido de la cláusula general que recoge el artículo 5º LCD se encuentra en la posibilidad de someter al juicio de deslealtad concurrencial conductas no expresamente tipificadas en el catálogo enunciativo de los artículos 6 a 17 LCD, pero su aplicación no se requiere en los casos que pueden ser subsumidos en los tipos establecidos. La cláusula genera no formula un principio abstracto que después es desarrollado por los artículos 6 a 17 LCD, sino que el artículo 5º contiene una norma completa cuya infracción puede servir de base para el ejercicio de las acciones de competencia desleal (...).»*

2. A este respecto, sobre la evolución de las prácticas agresivas, GONZÁLEZ PONS, E.: *Prácticas agresivas y tutela del consumidor*, BOE, Madrid 2019, p. 77 y ss., distingue tres fases sobre el origen de las prácticas agresivas, una primera en la publicidad molesta, una segunda en los ilícitos de elaboración jurisprudencial y una tercera de la cristalización de las prácticas agresivas en nuestro ordenamiento jurídico.

3. Así, SCHRICKER, G.: «Situación actual y evolución del Derecho de la publicidad en la República Federal de Alemania», en LEMA DEVESA, C., *Problemas actuales del Derecho de la Publicidad*, Instituto Nacional de Publicidad, Madrid 1984, p. 221.

4. En este sentido TATO PLAZA, A.: «Una primera aproximación al régimen jurídico de las prácticas agresivas en la directiva sobre prácticas desleales con los consumidores», *ADI*, nº 27, 2006-2007, p. 425-446; señala que: *«Así, es evidente que en la medida en que se entabla un contacto directo y personal entre el anunciante y el consumidor, la presión a la que éste puede verse sometido es mucho mayor que en la publicidad mecanizada. Por otra parte, tampoco cabe ignorar que muchas técnicas de marketing directo implican una intromisión en ámbitos privados del consumidor, como su domicilio o lugar de trabajo, con las consiguientes molestias que ello genera. En definitiva, y como en su día ya afirmaba Schricker, toda actividad publicitaria genera un cierto grado de molestia para el consumidor, pues a nadie le gusta que interrumpan su programa favorito con anuncios o que varias páginas del periódico que lee por las mañanas estén dedicadas a publicidad. Pero, en el caso de la publicidad directa, ésta genera un grado de molestia adicional al inherente a toda actividad publicitaria, molestia adicional que se deriva tanto de la presión a la que puede verse sometido el consumidor (como consecuencia de su contacto directo con el empresario anunciante) como de la invasión de ámbitos propios de su esfera privada.»*

5. En este sentido MASSAGUER, J.: «Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal», *Actualidad jurídica de Uría Menéndez*, 27-2010, p. 18, afirma que *«de hecho, la doctrina de los autores no dejó de construir un grupo de casos de competencia desleal, integrado en la cláusula general del artículo 5 de la Ley de 1991, que tal y como se configuró se correspondía con buena parte de las prácticas agresivas ahora definidas legalmente.»*

6. Así también ARROYO APARICIO, A., «Artículo 8 Prácticas agresivas», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., (coord.): *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Aranzadi, Navarra 2011, p. 201.

Podemos situar su origen en la publicidad agresiva y el marketing directo o molesto⁷ que venía siendo regulada tanto en la originaria LGP de 1988, en los antiguos artículos respecto a la publicidad engañosa, publicidad que induce a confusión, publicidad denigratoria, y publicidad subliminal; como en la primitiva LCD de 1991, además de en la antigua cláusula general, en los artículos sobre los actos de engaño, actos de confusión y actos de denigración.

El fundamento de la deslealtad de la publicidad molesta lo encontramos perfectamente explicado por TATO PLAZA⁸. En su opinión la consideración como desleales de la publicidad molesta y el marketing directo, se argumenta en estos cuatro puntos extraídos de la doctrina y jurisprudencia alemana, que equipara la publicidad directa a la publicidad molesta, que basa el juicio de deslealtad en los siguientes extremos:

- a) La necesidad de protección de la libertad de decisión de los consumidores, quienes pueden ver perturbada su capacidad de decisión en relación a los bienes y servicios ofertados.
- b) La protección de un modelo de competencia apoyado en las propias prestaciones. Esto es, la posibilidad de que el consumidor adquiriera los bienes y servicios ofertados para librarse de la publicidad molesta, sin tener en cuenta las características y cualidades de los bienes y servicios.
- c) La protección o tutela de la esfera privada de los consumidores, basada en la Sentencia 8 de junio de 1989 del Tribunal Federal Alemán, que declaró que el interés del empresario anunciante en exaltar su producto mediante la publicidad no exige en modo alguno que se introduzca en el ámbito privado del consumidor.
- d) El riesgo de generalización de estas prácticas, en caso de permitirse. Lo que llevaría aparejada una degradación de la competencia económica que aumentarían tales prácticas.

Dichos fundamentos constituyen una sobrada base para reputar la publicidad molesta y el marketing directo, como desleal bajo determinadas circunstancias, según el citado autor.

A modo de ejemplo, el mismo autor señala dos supuestos de publicidad molesta conforme a la jurisprudencia alemana: la publicidad en el lecho de muerte y la publicidad en caso de accidente⁹. Sin duda alguna son dos ejemplos donde la vulnerabilidad del

7. Sobre el origen de las prácticas agresivas PALAU RAMÍREZ, F.: «La Propyectada legislación alemana contra la competencia desleal y su valoración a partir de la legislación española», *Estudios sobre consumo*, nº 67, 2003, p. 41; realiza un estudio de derecho comparado entre ambas legislaciones. Y FERNÁNDEZ-NÓVOA RODRÍGUEZ, C.: «La Directiva comunitaria sobre prácticas comerciales desleales», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 1, 2006, p. 6 y ss.

8. TATO PLAZA, A.: Capítulo IV: Prácticas agresivas, en TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de competencia desleal*, La Ley, Madrid 2010, p. 184 y 185.

9. En este sentido TATO PLAZA, A.: «Una primera aproximación al régimen jurídico de las prácticas agresivas en la directiva sobre prácticas desleales con los consumidores», *ADI*, nº 27, 2006-2007,

afectado puede inducirle a tomar una decisión económica sin estar en pleno ejercicio de sus facultades¹⁰.

Por el contrario, MASSAGUER reduce únicamente el fundamento de las prácticas agresivas a la injerencia en la esfera privada del destinatario de tales prácticas¹¹. En este sentido también se pronuncian en la doctrina italiana LA ROCA y MELI, quienes describen las prácticas agresivas como conductas que, por la presión en que consisten, son altamente invasivas de la libertad de elección del consumidor. Por tanto, dicha conductas no afectan, al menos necesariamente, a la posibilidad del consumidor de adquirir la información necesaria sobre el contenido del contrato, sino a la propia voluntad del consumidor de celebrar el contrato a pesar de la valoración negativa de su conveniencia¹².

En síntesis, si bien no se trata de una figura desconocida de novedosa creación, no podemos negar el avance que supuso la regulación expresa de estos actos desleales a raíz de su introducción en nuestro ordenamiento jurídico vía transposición de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales con consumidores¹³. Actos que, por otro lado, cada vez son más habituales en el mercado, cuyo funcionamiento también se pretende proteger de estos comportamientos desleales. Todo lo cual encuentra su fundamento en los argumentos referidos tanto por TATO PLAZA, como por MASSAGUER, LA ROCA y MELI.

p. 425-446. Señala que «esta previsión de la Directiva, a mi juicio, podría permitir la calificación como agresivas (y, por ende, desleales) de dos conductas tradicionalmente calificadas por la jurisprudencia alemana como publicidad molesta. Me refiero a la publicidad en el lecho de muerte (esto es, la visita personal a los familiares de una persona en los momentos previos o inmediatamente posteriores a su fallecimiento con el fin de comercializar servicios funerarios) y la publicidad en caso de accidente (esto es, la visita personal a las personas que se acaban de ver involucradas en un accidente con el fin de comercializar productos o servicios relacionados con la solución de sus consecuencias, tales como servicios de grúa, de reparaciones, etc.). Ambas conductas presentan una característica común: el fallecimiento de un ser querido o el accidente recientemente acaecido provocan un estado de shock o de especial vulnerabilidad en los afectados, haciendo que éstos puedan aceptar las ofertas comerciales que primero se les presenten sin valorarlas adecuadamente, circunstancia ésta de la que pretende aprovecharse el empresario.»

10. Así también, GONZÁLEZ PONS, E.: *Prácticas agresivas y tutela del consumidor*, BOE, Madrid 2019, p. 133; señala en referencia a su fundamento que «el reconocimiento de un cierto grado de aprovechamiento por parte del empresario de la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentra el consumidor. De ahí la necesidad de enfatizar que el reproche de deslealtad de las prácticas agresivas no pretende perseguir simples molestias que pueda sufrir el consumidor en la contratación de bienes o servicios, sino que para que la conducta sea considerada ilícita se debe estar ante un supuesto en el que el consumidor ha sufrido o podría haber sufrido una alteración significativa de su comportamiento económico».

11. En este sentido, MASSAGUER, J.: «Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal», *Actualidad jurídica de Uría Menéndez*, 27-2010, p. 24: «parece que las consideraciones relacionadas con la sola irrupción inesperada en el ámbito o esfera privada de las personas y, en particular de los consumidores integran la fundamentación del reproche de deslealtad».

12. Así, la resolución Cons. di Stato, sez. VI, 20 de junio de 2012, n° 3588, Coin - Coincard; en LA ROCCA L., MELI V.: «Massime della giurisprudenza amministrativa in materia di pratiche commerciali scorrette, pubblicità ingannevole e comparativa illecita (anno 2012) ([The administrative case law concerning unfair commercial practices, deceptive and unlawful comparative advertising (year 2012)]) Rassegna di giurisprudenza», in *Concorrenza e mercato*, 2013, p. 677.

13. Así también, CARUSO, M. A.: *Le pratiche commerciali aggressive*, Cedam, Milano 2010, p. 7.

1.2. El antiguo artículo 8 de la Ley de Competencia Desleal

El primitivo artículo 8 de la LCD de 1991, regulaba los «*obsequios, primas y supuestos análogos*», cuyo tenor literal era el que sigue:

«1. La entrega de obsequios con fines publicitarios y prácticas comerciales análogas se reputarán desleales cuando, por las circunstancias en que se realicen, pongan al consumidor en el compromiso de contratar la prestación principal.

2. La oferta de cualquier clase de ventaja o prima para el caso de que se contrate la prestación principal se reputará desleal 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 quince por ciento del precio de la prestación principal.

3. La subordinación de la conclusión de un contrato a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guarden relación con el objeto de tal contrato se reputará desleal cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el apartado anterior.»

Dicho artículo reputaba desleales la entrega de obsequios, premios y objetos análogos con fines publicitarios cuando pusieran en un compromiso al consumidor para contratar la prestación principal. Asimismo, la oferta de cualquier ventaja o prima accesoria de la prestación principal que indujera a error acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento o dificultase gravemente la apreciación del valor efectivo de la oferta o su comparación con ofertas alternativas. Y, por último, la subordinación de la conclusión del contrato a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guardasen relación con el objeto del contrato.

La redacción original del artículo 8 de la LCD de 1991, fue totalmente eliminada mediante la transposición de la Directiva 2005/29/CE, a través de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, y sustituido por la regulación actual sobre las prácticas agresivas.

Sin embargo, pese a la eliminación del contenido del artículo 8, la propia Ley 29/2009, de 30 de diciembre, modificó el artículo 32 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM), cuyo apartado tercero quedó de la siguiente manera «*Las ventas con obsequio o prima se reputan desleales en los supuestos previstos en la Ley de Competencia Desleal*».

En consecuencia, el contenido reputado desleal en el antiguo artículo 8 de la LCD, lo encontramos disgregado en la regulación de la propia LCD¹⁴, tanto en los actos desleales con carácter general del capítulo II —cláusula general (artículo 4), actos de engaño (artículo 5), actos de confusión (artículo 6), omisiones engañosas (artículo 7), incluso en las propias prácticas agresivas (artículo 8)—, como en las prácticas comerciales desleales respecto los consumidores y usuarios del capítulo III —prácticas comerciales desleales para con los consumidores (artículo 19), prácticas engañosas por confusión (artículo 20), prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas (artículo 22), prác-

14. Así también ARROYO APARICIO, A., Artículo 8 Prácticas agresivas, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., (coord.): *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Aranzadi, Navarra 2011, p. 207 y 208.

ticas engañosas sobre la naturaleza y propiedades de los bienes o servicios¹⁵, su disponibilidad y los servicios posventa (artículo 23)—.

No cabe duda, por tanto, de la reputación de deslealtad y consecuente regulación de las ventas con obsequio pese a no tener ahora un artículo específico en sentido estricto, tanto en la LCD, como en la LOCM, ya que se trata de un supuesto que se viene produciendo con frecuencia.

1.3. La introducción de las prácticas agresivas en el artículo 8 tras la transposición de la Directiva 2005/29/CE, y la remisión prevista en el artículo 19

Como hemos puesto de manifiesto en los capítulos precedentes, el contexto social había propiciado la necesidad de la Directiva 2005/29/CE, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior¹⁶. No obstante, el legislador español prefirió establecer «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», como aclara el preámbulo de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, que vino a trasponer la norma europea.

De esta forma se explica la ubicación del actual precepto relativo a las prácticas agresivas en el capítulo II, sobre los actos de competencia en general, de aplicación a todos los sujetos que actúan en el mercado¹⁷, y no sólo respecto a los consumidores y usuarios, como en un principio era de esperar, habida cuenta de que estos últimos eran los únicos sujetos a los que se dirigía la Directiva de la UE.

Dada la ubicación de la regulación sobre las prácticas agresivas en el capítulo II, la redacción del nuevo artículo 8 de la LCD, contempló cambios sustanciales que tienen que ver con la pluralidad de sujetos a los que se dirige la norma. Así las cosas, de los artículos 8 y 9 de la Directiva 2005/29/CE, que regulan las prácticas agresivas en la norma europea y de donde se tomó texto del actual artículo 8 de la LCD, se modificaron literalmente los términos de «consumidor medio», sustituyéndolo por el de «destinatario». Y también, el de «toda práctica comercial» por el de «comportamiento». Ello tiene su explicación en la diferencia de sujetos a los que se dirige una y otra norma.

15. En este sentido, cfr. la STJUE, Sala 8ª, de 7 de septiembre de 2016, C-310/2015, y su comentario por RALUCA SEROIE, I.: «Comentario a la STJUE de 7 de septiembre de 2016, asunto C-310/15», *Revista de Derecho de Consumo*, nº19/2016; sobre la falta de información en la venta de un ordenador equipado con programas preinstalados.

16. EMPARANZA SOBEJANO, A.: «El régimen jurídico de las prácticas comerciales con los consumidores y usuarios», *Revista de Derecho de la competencia y de la Distribución*, nº 7, 2010, p. 11; ya señalaba la necesidad de una regulación expresa de las prácticas agresivas.

17. Así también PALAU RAMIREZ, F.: Prácticas agresivas, en RUIZ PERIS, J. I. (Dir.), *La reforma de la Ley de Competencia Desleal (Estudios sobre 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 mejora de la protección de los consumidores y usuarios)*, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, p. 153.

En consecuencia, las prácticas agresivas resultan de aplicación frente a todos los sujetos que actúan en el mercado, entre los que se incluyen como no puede ser de otra forma los consumidores y usuarios. Pese a ello, el legislador ha querido también remarcar las prácticas agresivas previstas en el artículo 8 —entre otras—, como prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios, por la vía de remisión del artículo 19.1 de la LCD que establece:

«Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 19 y 20¹⁸ del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios 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».

Y es que, la ubicación de las prácticas agresivas en el capítulo II de la LCD, no es cuestión baladí. Como ya hemos apuntado, su situación en la Ley hace que esta figura sea considerada como acto de competencia desleal en general y referirse a todos los sujetos que actúan en el mercado, y no sólo exclusivamente a los consumidores y usuarios¹⁹.

En esta línea, es importante destacar, la aplicación de las prácticas agresivas a efectos prácticos. Esto es, la comisión de las mismas no sólo tendrá como consecuencia la activación de los mecanismos de protección civiles e, incluso, penales que correspondan; sino que, además, por la vía de remisión del artículo 19 de la LCD, cuando se trate de prácticas comerciales desleales con consumidores y usuarios, darán lugar a una infracción administrativa.

En este contexto, el preámbulo de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, que vino a trasponer la Directiva 2005/29/CE establece que *«se introduce la tipificación como infracción de consumo de las prácticas comerciales desleales, sin que esta previsión tenga efectos de atribución o modificación de las competencias administrativas atribuidas por la normativa, estatal o autonómica, a otras Administraciones públicas sectoriales».*

Igualmente, el artículo 46.1 del TRLGDCYU establece que:

«Las Administraciones públicas competentes, en el uso de su potestad sancionadora, sancionarán las conductas tipificadas como infracción en materia de defensa de los consumidores y usuarios, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir».

Así como el artículo 47.3 del mismo cuerpo legal, modificado por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, señala 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

18. Cfr. los artículos 19 y 20 del 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 (TRLGDCYU), que regulan el principio general y prácticas comerciales y la información necesaria en la oferta comercial de bienes y servicios, respectivamente.

19. CAPPALÀ, M.: «La repressione delle pratiche commerciali scorrette nei mercati regolati: cosa aspettarsi dalla Corte di giustizia?», in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, Tomo 1, 2017, p. 904: señala que La diferencia entre las prácticas agresivas en general previstas en el artículo 8 LCD y las prácticas agresivas de la lista negra se encuentra en la predicción de una técnica de detención simplificada.

sectores que cuenten con regulación específica y las prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios».

Esta aplicación pública del Derecho administrativo sancionador sobre las prácticas agresivas será objeto de análisis en este trabajo en ulteriores capítulos.

2. ANÁLISIS DE LAS PRÁCTICAS AGRESIVAS (I)

2.1. Introducción

El artículo 8 de la LCD regula las prácticas agresivas con carácter general, es decir, frente a todos los sujetos que operan en el mercado²⁰. Como acertadamente señalan TATO PLAZA y FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO las prácticas agresivas se componen de tres elementos: concepto, listado de circunstancias y conductas agresivas *«per se»*²¹.

El citado artículo 8 posee dos apartados, el primer apartado —8.1—, consta a su vez de dos incisos: el primero regula el concepto de prácticas agresivas, el segundo nos proporciona una definición sobre qué debemos entender por una de las conductas tipificadas: la influencia indebida.

Y el segundo apartado —8.2—, regula un *«númerus clausus»* de circunstancias determinantes a la hora de considerar si se ha incurrido en el comportamiento descrito en el apartado anterior.

Así las cosas, el primer inciso del artículo 8.1 establece:

«Se considera desleal 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».

El texto se ha tomado casi de forma literal del artículo 8 de la Directiva, que establece:

«Se considerará agresiva toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, merme o pueda mermar de forma importante, mediante el acoso, la coacción, incluido el uso de la fuerza, o la influencia indebida, la libertad de elección o conducta del consumidor medio con respecto al producto y, por consiguiente, le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otra forma no hubiera tomado».

20. La jurisprudencia italiana ha calificado las prácticas comerciales agresivas como «ilícitos de peligro» —«illeciti di pericolo»—, así TARASCO, A. L., GIACCAGLIA, M.: «"Facebook" è «gratis»? «Mercato dei dati personali e giudice amministrativo», in *Il diritto dell'economia*, Fascículo 2, 2020, p. 296.

21. En este sentido TATO PLAZA, A.: «Una primera aproximación al régimen jurídico de las prácticas agresivas en la directiva sobre prácticas desleales con los consumidores», *ADI*, nº 27, 2006-2007, p. 425-446.

Y también FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P.: «Las propuestas comerciales a través de medios de comunicación a distancia desde la óptica de Ley de Competencia Desleal», *ADI*, nº 38 (2017-2018), p. 138.

Lo ha hecho, no obstante, con la salvedad a la que hemos hecho referencia más arriba, al cambiar los términos «consumidor medio», por «destinatario»; y «toda práctica comercial» por «comportamiento», ya que la Directiva se dirige a únicamente a los consumidores y usuarios, y el artículo 8 en el capítulo II de la LDC afecta a todos los sujetos que actúan en el mercado.

Para saber si nos encontramos ante un acto consistente en prácticas agresivas, en primer lugar, debemos estar al tipo de sujeto que sea el destinatario de tales prácticas. En particular, dentro de todos los sujetos del mercado a los que se dirige la norma, tenemos que distinguir entre consumidores y usuarios, y el resto de sujetos que operan en el mercado.

TATO PLAZA distingue entre diferentes niveles en función del tipo de sujeto frente a quien se dirigen las conductas desleales²²: en relación con los consumidores, tres niveles: actos *per se*, acto de engaño, omisión engañosa, práctica agresiva o práctica engañosa por confusión artículos 5, 7 y 8 y cláusula general. En relación con los empresarios o profesionales, dos niveles: actos de competencia desleal del capítulo II y cláusula general.

En concreto, si la conducta agresiva se dirige hacia un consumidor o usuario, tenemos que verificar si se trata de una de las conductas que se consideran prácticas agresivas bajo cualquier circunstancia —«*per se*»—.

Esto es, si forma parte de la lista de conductas enumeradas en el Anexo I de la Directiva 2005/29/CE bajo el título: «Prácticas comerciales que se consideran desleales en cualquier circunstancia», y que el legislador español tras la transposición de dicha Directiva por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, introdujo en el articulado del capítulo III de la LCD y que serán objeto de análisis en este trabajo más adelante. En concreto, dicha lista se plasmó en los artículos 28 (prácticas agresivas por coacción), 29 (prácticas agresivas por acoso), 30 (prácticas agresivas en relación a los menores) y 31 (otras prácticas agresivas).

Para el resto de supuestos, es decir, en caso de que el tipo de conducta no se encuentre enmarcada entre las establecidas en los artículos 28 a 31 de la LCD, o bien las prácticas se dirijan hacia sujetos que no sean consumidores o usuarios, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 8 del mismo cuerpo legal.

También en este sentido se ha pronunciado BERTANI, en la doctrina italiana, quien ha elaborado una serie de pasos similares para valorar la conducta como desleal²³, en concreto:

- a) La valoración del comportamiento del profesional, para ver si se encuadra en una práctica desleal en todo caso, de la lista negra, o subsidiariamente en la prohibición de la práctica general.

22. TATO PLAZA, A.: «La reforma del Derecho español contra la competencia desleal: Rasgos generales», *ADI*, n° 30, 2009-2010, p. 470.

23. BERTANI, M.: *Pratiche commerciali scorrette e consumatore medio*, Giuffrè Editore, Milano 2016, p. 62 y ss.

La valoración del consumidor medio, para valorar el grado del engaño o de la agresividad del comportamiento.

- b) Pronosticar la posibilidad de un nexo causal entre el comportamiento del profesional en concreto y la decisión comercial del consumidor medio que no le permita la mayor satisfacción de sus intereses.
- d) La última fase consiste en el resumen de las tres fases precedentes y determinar si el comportamiento es contrario a la diligencia profesional.

A tenor de lo establecido en artículo 8.1 de la LCD se deduce la necesidad de concurrencia de dos requisitos²⁴ para que un acto pueda ser calificado como práctica agresiva, y, en consecuencia, desleal:

En primer lugar, se requiere una conducta o comportamiento que pueda ser calificada como acoso, coacción —incluido el uso de la fuerza—, o influencia indebida.

Y, en segundo lugar, que dicha conducta sea apta para mermar la libertad de elección o conducta del destinatario, de manera que afecte o pueda afectar a su comportamiento económico.

Así se han pronunciado las Audiencias Provinciales de Vizcaya y Madrid, en sus Sentencias de 23 de diciembre de 2015²⁵ y de 13 de marzo de 2017²⁶, respectivamente.

La jurisprudencia existente es clara respecto a los requisitos que se deducen de la interpretación del artículo 8 de la LCD. Por un lado, la existencia de una conducta de acoso, coacción o influencia indebida. Y por otro, que dicha conducta afecte al comportamiento económico del destinatario²⁷. Además, para la valoración de las prácticas agresivas se deberán tener en cuenta las definiciones y circunstancias establecidas en el mismo artículo, como veremos más adelante.

Sin embargo, llama la atención que ninguna de las dos Sentencias de las AA.PP. referidas, hable sobre la posibilidad de que el comportamiento económico del destinatario pueda verse afectado²⁸. Por el contrario, ambas Sentencias valoran únicamente que la conducta afecte —o no— al comportamiento económico del destinatario, cuando la LCD prevé la posibilidad de que «pueda afectar», y así lo recoge expresamente el último

24. También en este sentido TATO PLAZA, A.: «Una primera aproximación al régimen jurídico de las prácticas agresivas en la directiva sobre prácticas desleales con los consumidores», *ADI*, nº 27, 2006-2007, p. 425-446.

25. Cfr. la SAP de Vizcaya, Sección 4ª, de 23 de diciembre de 2015, nº 712/2015, Rec. 285/2015.

26. Cfr. la SAP de Madrid, Sección 28ª, de 13 de marzo de 2017, nº 136/2017, Rec. 212/2015.

27. Como apunta MASSAGUER FUENTES, J.: *El nuevo Derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, Civitas, Navarra 2006, p. 80; el termino referido a la toma de decisiones en transacciones comerciales.

28. A este respecto, BERTANI, M.: *Pratiche commerciali scorrette e consumatore medio*, Giuffrè Editore, Milano 2016, p. 11; relaciona el comportamiento económico con el concepto de eficiencia: «prácticas comerciales desleales aquellos comportamientos idóneos para impedir al consumidor elegir de forma eficiente, quizá nos tengamos que preguntar sobre el concepto de eficiencia desde el punto de vista de la relación entre calidad y precio, las características o condiciones de la oferta preelegida con las otras opciones disponibles, o en el ámbito de la relación entre el consumidor y el profesional (...)».

inciso del primer párrafo del artículo 8.1 al señalar que «y por consiguiente, afecte o pueda afectar a su comportamiento económico»²⁹.

A efectos prácticos, la prueba respecto del primer requisito —esto es, la conducta de acoso, coacción o influencia indebida— parece *a priori* más asequible que la del segundo requisito, ya que aquel se podría acreditar fácilmente a través de cualquier tipo de comunicación que permita dejar constancia de las mismas: comunicación escrita, registro de llamadas, etc. No ocurre así con la acreditación respecto a que la conducta afecte o pueda afectar al comportamiento económico del destinatario, porque al fin y al cabo la decisión del destinatario pertenece a su fuero interno. Es por ello que la omisión en ambas Sentencias del inciso «que pueda afectar» —y no solo «que afecte»— al comportamiento económico del destinatario adquiere una importancia mayor, ya que a mi modo de ver, sería más fácil probar que una determinada conducta haya podido afectar al comportamiento económico, que probar que haya afectado realmente³⁰.

En cualquier caso, la casuística es muy variada, y entre la legítima persuasión o seducción de las prácticas de marketing o publicidad y el acoso, la coacción o la influencia indebida no parece sencillo dibujar un límite firme y nítido³¹.

Aunque algún autor sostiene que las prácticas engañosas y las prácticas agresivas son especies de prácticas comerciales desleales y existe una presunción de deslealtad para ellas³², debemos estar al caso concreto³³ y someterlo a un estricto análisis que sirva para determinar si se da la concurrencia de los requisitos necesarios para declarar como agresivo el comportamiento y, por tanto, la deslealtad del acto³⁴.

29. Como señala GONZÁLEZ PONS, E.: *Prácticas agresivas y tutela del consumidor*, BOE, Madrid 2019, p 86: «Esta merma en la libertad de elección del destinatario que reporta la deslealtad de la práctica se concreta en la posibilidad de que el destinatario acepte la oferta presentada, las condiciones en ella ofrecidas, o bien no pueda ejercer su derecho de desistimiento de un contrato por ejercer el agente sobre este, acoso, coacción o influencia indebida».

30. Así CASTRO GONZÁLEZ, S.: «La amenaza con el ejercicio de acciones como acto de competencia ilícita en la jurisprudencia reciente», *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, nº 21 (julio-diciembre 2017), p. 6/8.

31. En este sentido, ARROYO APARICIO, A., Artículo 8 Prácticas agresivas, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., (coord.): *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Aranzadi, Navarra 2011, p. 212 y 213.

32. Así, GIRINELLI, F.: «L'accertamento di una pratica commerciale scorretta: il doppio binario rimediabile del "public and private enforcement"», in *Jus civile*, Fascículo 6, 2016, p. 550.

33. Así, Díez Bajo, Á.: «Artículo 8. Prácticas agresivas», en LEMA DEVESA, C. (Dir.), PATIÑO ALVES, B. (Coord.), *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores: Régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29/2009*, Bosch, Hospitalet de Llobregat 2012, p. 215.

34. Sobre el análisis de la conducta agresiva en relación al consumidor medio HUALDE MANSO, T.: *Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del Derecho de consumo europeo*, Dykinson, Madrid 2016, p. 29 y 30; señala que «La extensión y aplicación del modelo medio de consumidor tal como lo acuñó y entendió la jurisprudencia europea a las prácticas agresivas no resulta en modo alguno adecuada. En la calificación de agresiva de una práctica comercial no puede influir la información de un consumidor, ni su pericia, conocimiento o grado de atención. La agresividad no puede medirse según el parámetro de consumidor medio porque en ella lo que está en juego es la libertad y no la consciencia o el entendimiento del consumidor. De hecho, la definición de consumidor medio se ideó para la evaluación de las prácticas engañosas y para medir el posible error del consumidor pero no la violencia en la comercialización de bienes y servicios».

Por último, en cuanto a lo que respecta el bien jurídico protegido mediante la regulación de las prácticas agresivas, no variará en función del destinatario de las mismas, ya que como veremos en los sucesivos capítulos de este trabajo, y dada su ubicación en el capítulo II de la LCD, no sólo los consumidores pueden ser objeto de prácticas agresivas. En resumen, el bien jurídico protegido es la libertad de elección o conducta del destinatario en relación al bien o servicio ofertado³⁵. Es decir, mediante la institución de las prácticas agresivas se pretende proteger o defender el fuero interno del eventual destinatarios de tales prácticas, de forma que tome la decisión que entienda en función de su voluntad de forma libre, sin presiones externas que puedan afectar a su decisión final³⁶.

2.2. Comportamientos tipificados

Como hemos puesto de manifiesto en el apartado anterior, el primer requisito para la valoración de una práctica como agresiva es la existencia de un comportamiento que pueda ser calificado como acoso, coacción —incluido el uso de la fuerza—, o influencia indebida.

La primera cuestión qué se nos plantea es que debemos entender por «*comportamiento*». Como ya se indicó, dicho concepto fue el elegido para sustituir al de «*práctica comercial*» que establecía la Directiva 2005/29/CE en la regulación original de las prácticas agresivas. La razón de esta sustitución obedece al ámbito de aplicación subjetivo de la norma, puesto que mientras la Directiva se dirige solo a consumidores y usuarios, el artículo 8 de la LCD se dirige también a empresarios y profesionales.

Aunque la Ley no nos proporciona una definición de comportamiento, como ya se señaló, la Directiva de la UE sí lo hace en su artículo 2.D) —definición de prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consumidores (en lo sucesivo «*prácticas comerciales*»)—, respecto a «*práctica comercial*», y dado que ambos conceptos son intercambiables, por tal debemos entender: «*todo acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores*».

La medición de la agresividad precisería quizá recurrir a un análisis personalizado o específico en que la práctica se desarrolla. El acoso, la coacción, el uso de la fuerza o la influencia indebida sobre un consumidor no precisan a mi juicio recurrir al consumidor medio tal como este concepto se concibe en la Directiva y aunque el art. 8 de la misma se refiera a ese modelo para calificar la agresividad».

35. A este respecto, señala GONZÁLEZ PONS, E.: *Prácticas agresivas y tutela del consumidor*, BOE, Madrid 2019, p. 133; en relación con el empresario agresivo «*es aquel que invade la esfera privada del consumidor en la formación de su decisión de compra de un producto o de contratación de un servicio, de manera que, en contra de la diligencia profesional que cabría esperar, le fuerza a adoptar una decisión económica en relación con una transacción comercial que no está lo suficientemente meditada y que puede ser contraria a los intereses económicos del consumidor*».

36. GIRINELLI, F.: «L'accertamento di una pratica commerciale scorretta: il doppio binario rimediabile del "public and private enforcement", in *Jus civile*, Fascículo 6, 2016, p. 467; afirma que «*La disciplina de consumo, de hecho, se califica como prácticas comerciales agresivas caracterizadas por el acoso, la coacción y los condicionamientos indebidos, como para limitar la libertad de elección de la negociación; no se hace referencia a las amenazas o al miedo, que representan el núcleo de la disciplina de derecho común de la violencia*».

De igual modo, el comportamiento deberá realizarse en el mercado y con fines concurrenciales —artículo 2.1 LCD—. Se presumirá la finalidad concurrencial del comportamiento cuando sea objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero —artículo 2.2 LCD—. Resulta indiferente el tiempo en el que se realice el comportamiento: ya sea antes, durante o después de una operación comercial o contrato, independientemente de que éste llegue a celebrarse o no —artículo 2.3 LCD—³⁷.

En este sentido, como señala la Guía de interpretación de la Directiva: «*Estos comportamientos pueden darse durante la fase de comercialización, pero también en la fase de transacción o después de que esta haya tenido lugar*»³⁸. Por lo tanto, el momento de la perfección del contrato no será el único instante para la valoración del comportamiento agresivo³⁹.

Pasemos ahora a analizar los comportamientos tipificados en la norma.

2.2.1. Acoso

Ni la propia LCD, ni la Directiva 2005/29/CE nos ofrecen una definición sobre el concepto de acoso⁴⁰, por lo que tendremos que acudir a otras vías para encontrar su definición.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española⁴¹, define la conducta de «acosar» como: «(1) Perseguir, sin darle tregua ni reposo, a un animal o a una persona», y «(3) Apremiar de forma insistente a alguien con molestias o requerimientos».

Resulta evidente, que se trata de una conducta antisocial, molesta, que incluso se encuentra tipificada como delito en el artículo 172 ter, de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP), tras la reforma de dicho Código introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, en vigor desde el 1 de julio de 2015⁴².

En lo que aquí interesa, de la regulación del acoso en el CP se desprende otra definición a efectos prácticos de dicha conducta. Comete dicho delito quien de forma insistente y reiterada altera gravemente el desarrollo de la vida cotidiana de la persona que está siendo acosada.

37. Así también, BEVIVINO, G.: «Questioni attorno al tema della pre-contrattualità», in *giustizia civile*, 2019, p. 606.

38. Guía para la implementación/aplicación de la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales. Bruselas 25 de mayo de 2016. [COM(2016)320]. Pág. 92.

39. Como si sucede en otros actos de competencia desleal, como por ejemplo los actos de engaño.

40. Tampoco ha sido definido por otros legisladores como el italiano. CARUSO, M. A.: *Le pratiche commerciali aggressive*, Cedam, Milano 2010, p. 93; señala que «El concepto no ha sido definido por el legislador, que ha querido mencionar en su ejemplificación, en primer lugar, las prácticas que se refieren a la invasión de la esfera privada del consumidor. De hecho, este tipo de prácticas agresivas requiere, por la frecuencia con la que se producen, una regulación tanto a nivel nacional como comunitario quizá más incisiva que las otras dos categorías de prácticas mencionadas en el artículo 24 (coacción e influencia indebida).»

41. Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2014). *Diccionario de la lengua española* (23.ª ed.): Acosar.

42. La utilización del Código Penal se hace aquí a efectos puramente conceptuales, en el entendimiento de que por los principios de proporcionalidad y de intervención mínima del Derecho Penal, sus disposiciones solo serán aplicables a los supuestos más graves.

Podemos entender esta conducta como la persecución o apremio que, de forma insistente y reiterada, altera el desarrollo de la vida cotidiana de quien sufre el acoso.

Igualmente habrá que tener en cuenta para la interpretación del acoso, tanto las conductas expresamente establecidas en el artículo 29 de la LCD —que regula las prácticas agresivas por acoso—, como la propia lista de prácticas comerciales que se consideran desleales bajo cualquier circunstancia, para conocer con certeza el ánimo del legislador cuando se refiere a acoso en situaciones concretas. Esto es:

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

26) Realizar proposiciones no solicitadas y persistentes por teléfono, fax, correo electrónico u otros medios a distancia, salvo en las circunstancias y en la medida en que esté justificado, con arreglo a la legislación nacional, para hacer cumplir una obligación contractual. Este supuesto se entenderá sin perjuicio del artículo 10 de la Directiva 97/7/CE y de las Directivas 95/46/CE y 2002/58/CE».

De ello se deduce la necesidad de la reiteración de una determinada conducta —ya sea presencial o telemática—, que genere una molestia⁴³ cuando no esté justificada con arreglo a la legislación. Asimismo, será relevante que previamente se haya solicitado el cese de tales conductas.

Así las cosas, y con el auge de las empresas de teleoperadores el supuesto de reiteración de llamadas telefónicas a clientes para vender bienes y servicios, ya sea de *motu proprio* o bajo las directrices de la empresa oferente, es quizá el caso más significativo del acoso.

A modo de ejemplificación podemos destacar el supuesto, sin perjuicio de la correspondiente aplicación penal del mismo, en el que a la compañía telefónica Orange, una de las más grandes en el sector de las telecomunicaciones, y a las empresas ISGF (Jurídico Informes Comerciales SL) y Gemini (Reconevring & Collections) se les prohibió ponerse en contacto con un ex cliente y con su familia, al estimarse la medida cautelar solicitada por estos últimos ante el Juzgado de Instrucción n.º 1 de Valencia⁴⁴.

En cualquier caso, habrá que estar a las circunstancias concretas que rodeen la conducta enjuiciada⁴⁵, establecidas en el apartado 2 del artículo 8 de la LCD a las que luego nos referiremos, así como a la especial vulnerabilidad de los destinatarios de la conducta

43. En este sentido, la STS de 10 de julio de 2013, n.º 500/2013, Rec. 530/2011; que se pronuncia sobre la molestia «porque en determinados contratos, concurren técnicas agresivas de venta que impiden una opción serena en base a la creación de un clima colectivo de insistencia agobiante, ofertas momentáneas de regalos, proposiciones verbales no reflejadas contractualmente, ausencia de posibilidad de comparación de precios y productos, etc.»

44. Noticia extraída del periódico *El Mundo*: <https://www.elmundo.es/comunidad-valenciana/2017/05/29/592c05ace2704e234b8b460e.html>

45. Así, AGUILAR OLIVARES, Y: *Las prácticas agresivas desleales en el Mercado y la tutela del consumidor*, Aranzadi, Navarra 2020, p. 121; señala que habrá que tener en cuenta el comportamiento del consumidor medio, ya que «ahora bien, sí ha quedado demostrado que en ciertos supuestos esta simple irritación unida a alguna situación subjetiva particular del consumidor en cuestión. Sí puede llevarle a asumir una decisión económica no deseada ni libremente elegida».

del acoso por razones objetivas (edad, salud, infortunio reciente, etc.)⁴⁶, ya que en estos supuestos se podría calificar como acoso una práctica, aunque no concurren circunstancias agravantes relativas al momento o al lugar en el que se desarrolla⁴⁷.

2.2.2. Coacción

Al igual que sucede con la conducta de acoso, ni la LCD, ni la Directiva 2005/29/CE nos ofrecen una definición sobre este concepto.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española⁴⁸ define la conducta de «coaccionar» como: «(1) Fuerza o violencia que se hace a alguien para obligarlo a que diga o ejecute algo», y «(2) Poder legítimo del derecho para imponer su cumplimiento o prevalecer sobre su infracción».

La propia LCD y la Directiva 2005/29/CE, en sus artículos 8.1 y 9 respectivamente, prevén de manera expresa que en los comportamientos de coacción sea utilizada la fuerza: «mediante acoso, coacción, incluido el uso de la fuerza, o influencia indebida».

Es por ello, que un comportamiento de coacción puede llevarse a cabo mediante la utilización de la fuerza física o sin ella, es decir, de forma verbal. Sea como fuere, es evidente que también se trata de una conducta antisocial, tipificada en el CP⁴⁹.

En consecuencia, dependiendo de la forma en la que sea realice la coacción estaremos hablando de un tipo penal de amenazas o de coacciones propiamente dichas.

De la regulación de las amenazas en el artículo 169 del CP, se pueden definir estas como la acción de manifestar, condicionalmente o no, la intención de causar algún mal a quien se dirigen.

46. En este sentido ARROYO APARICIO, A., «Prácticas comerciales desleales y Derecho de la competencia: Prácticas agresivas (delimitación y análisis de casos)», *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, N° 21 (julio-diciembre 2017), pág. 9/20; señala que «Por otra parte, la conducta de acoso ha de ponerse en relación con los supuestos de especial vulnerabilidad del consumidor (típico es el caso de contrato de servicios funerarios). 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».

47. En este sentido TATO PLAZA, A.: «Una primera aproximación al régimen jurídico de las prácticas agresivas en la directiva sobre prácticas desleales con los consumidores», *ADI*, n° 27, 2006-2007, p. 425-446; afirma que «no cabe duda que si el contacto directo se entabla con un consumidor o grupo de consumidores especialmente vulnerables (por su edad, o por sus dolencias físicas o mentales), esta especial vulnerabilidad (y, por consiguiente, la menor resistencia del consumidor a la presión ejercida por el comerciante) puede cobrar una especial relevancia a la hora de calificar aquella práctica como acoso, aun cuando no concurren especiales circunstancias relativas al momento o al lugar en que se desarrolla».

48. Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2014). *Diccionario de la lengua española* (23.ª ed.): Coaccionar.

49. Así, CARUSO, M. A.: *Le pratiche commerciali aggressive*, Cedam, Milano 2010, p. 100; señala que «Ya se ha mencionado que los delitos previstos por el legislador suelen estar entrelazados porque el acoso puede ir acompañado de coacción. Dado que la coacción tampoco está definida en la legislación, puede decirse que se refiere a todas las situaciones de presión, tanto física como interna, que no necesariamente se traducen en acoso o amenazas. Es un delito residual en comparación con los otros dos, pero es más fácil detectar la distorsión del comportamiento de los consumidores».



Las prácticas comerciales agresivas como acto de competencia desleal se regulan expresamente en nuestro ordenamiento jurídico en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, a raíz de la transposición de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, realizada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre.

El objeto de esta obra es un análisis pormenorizado de tales prácticas desleales que se ubican en la intersección entre el Derecho de la competencia y el Derecho de los consumidores. Del mismo modo, las prácticas agresivas se examinan también desde la óptica del Derecho de la contratación, el comercio electrónico y el Derecho penal. Para finalizar por el estudio de la aplicación tanto privada como pública de las prácticas comerciales agresivas.

Gracias al carácter teórico y práctico de la obra puede resultar de utilidad tanto para la comprensión de este acto ilícito concurrencial a profesores, investigadores, estudiantes y consumidores, como para servir de guía a jueces, fiscales, abogados, funcionarios y otros operadores jurídicos para una mejor aplicación de las prácticas agresivas.



ER-0280/2005



GA-2005/0100