



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho
MASTER EN FORMACIÓN JURÍDICA
ESPECIALIZADA: Derecho de la
empresa y regulación del mercado

El artículo 8 de la Ley de
Competencia Desleal: Las prácticas
agresivas

Presentado por:

Sergio Castro González

Tutelado por:

Luis Antonio Velasco San Pedro

Valladolid, junio de 2019

Resumen

Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal se regulan expresamente en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 8 de 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. Estas prácticas desleales requieren para su comisión una conducta o comportamiento que pueda ser calificado como acoso, coacción -incluido el uso de la fuerza-, o influencia indebida. Y que, además, 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.

Palabras clave

Prácticas agresivas, competencia desleal, derecho de la competencia, derecho comunitario, acoso, coacción, influencia indebida, libertad de elección, conducta, destinatario, comportamiento económico, prácticas comerciales, Directiva.

Abstract

Aggressive practices as an act of unfair competition are expressly regulated in our legal system in article 8 of Law 3/1991 of 10 January on unfair competition, following the transposition of Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 on unfair commercial practices of undertakings in their relations with consumers in the internal market, by Law 29/2009 of 30 December. Such unfair practices require conduct or behaviour that may be qualified as harassment, coercion - including the use of force - or undue influence. In addition, such conduct should be capable of affecting the freedom of choice or conduct of the addressee, so as to affect or might affect his economic behaviour.

Key words

Aggressive practices, unfair competition, competition law, Community law, harassment, coercion, undue influence, freedom of choice, conduct, addressee, economic behaviour, commercial practices, Directive.

Índice

- 0. Presentación
- 1. Introducción
 - 1.1. La Ley de Competencia Desleal
 - 1.2. La Directiva 2005/29/CE el 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
 - 1.2.1 Introducción
 - 1.2.2 La transposición de la Directiva 2005/29/CE al derecho interno: La nueva redacción de la Ley de Competencia Desleal
- 2. El artículo 8 de la Ley de Competencia Desleal: Análisis de las prácticas agresivas
 - 2.1. Introducción
 - 2.1.1 Antecedentes y fundamento de las prácticas agresivas: La publicidad agresiva y el marketing molesto
 - 2.1.2 El antiguo artículo 8 de la Ley de Competencia Desleal
 - 2.1.3 La introducción de las prácticas agresivas en el artículo 8 tras la trasposición de la Directiva 2005/29/CE, y la remisión prevista en el artículo 19
 - 2.2. Análisis de las prácticas agresivas
 - 2.2.1 Introducción
 - 2.2.2 Comportamientos tipificados
 - a. Acoso
 - b. Coacción
 - c. Influencia indebida
 - 2.2.3 El comportamiento económico del destinatario
 - 2.2.4 Circunstancias determinantes de las prácticas agresivas
 - 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.

e.1. Especial análisis de la jurisprudencia reciente

3. Conclusiones

4. Bibliografía

Presentación

Tras la transposición de la Directiva 2005/29 CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, al ordenamiento jurídico español, la nueva redacción de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, introducida por la reforma de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, viene a recoger de forma expresa las practicas agresivas en su artículo 8.

Antes de la transposición de la norma comunitaria en cuestión, nuestro derecho interno no recogía tales prácticas. Por el contrario, su denuncia debía someterse al filtro de la cláusula general de la Ley de Competencia Desleal recogida en su artículo 4, o bien acudir en casos de suma gravedad a la legislación penal.

El legislador español en el cumplimiento de la obligación de la transposición de la norma, fue más allá del mandato de las instituciones comunitarias y decidió regular las prácticas agresivas en una doble dimensión.

Por un lado, incluyo las prácticas agresivas en el Capítulo II de la Ley, sobre los Actos de Competencia Desleal (artículo 8). En el marco de una enumeración no clausoria de actos de competencia desleal que frente a todos los sujetos que operan en el mercado (empresas, proveedores, administraciones, consumidores, etc.).

Y por otro lado, también reguló dichas prácticas en el Capítulo II de la Ley, sobre las Prácticas Comerciales con los Consumidores o Usuarios. Es decir, actos de competencia desleal única y exclusivamente frente a los consumidores.

La doble regulación en una misma ley sobre las prácticas agresivas, nos hace pensar la importancia que las mismas tienen para el legislador. Pese a que ello no supone una doble protección para los consumidores o usuarios, no deja de ser algo llamativo.

La nueva regulación de la Ley de Competencia Desleal, aunque ya no reciente, pues hace nueve años ya de la introducción de esta figura desleal, unido al poco

tratamiento dogmático de las prácticas agresivas por la doctrina me ha hecho decidir tratar sobre ello en el tema de esta tesis doctoral.

Este Trabajo de Fin de Máster, forma parte de un trabajo más amplio sobre las prácticas agresivas y su aplicación pública y privada, pretende arrojar un poco de luz sobre este acto de competencia desleal en general, mediante el análisis del artículo 8 de la Ley de Competencia Desleal, las fuentes y la jurisprudencia.

Para ello, se hará una introducción sobre la estructura de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal y de la Directiva 2005/29 CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior.

Una vez vistos esos extremos, se entrará en las prácticas agresivas como tal, reguladas en el artículo 8 de la Ley tras la reforma que llevo a cabo la transposición de la Directiva 2005/29 CE. Se analizará, tanto el contenido de la redacción del artículo, como los supuestos (acoso, coacción y fuerza indebida) y los elementos determinantes de la conducta.

Por último, haremos una serie de valoraciones finales, a fin de arrojar un poco de luz sobre las prácticas agresivas. Un resumen de las ideas generales que contiene este trabajo y unas conclusiones finales

Introducción

1. La Ley de Competencia Desleal.

La Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD) constituyó en su día una importante novedad en la rama del derecho mercantil. No solo por la regulación “*ex novo*” de un vacío legal en el ordenamiento jurídico –puesto que no existía ningún precedente sobre una regulación específica acerca de la competencia desleal en nuestro ordenamiento jurídico-, sino también gracias a la creación de mecanismos de protección para los sujetos que operan en el libre mercado, y que que pueden verse afectados por la acción de prácticas desleales.

En opinión de MASSAGUER *“la promulgación de la Ley de Competencia Desleal representa un hito histórico en el ordenamiento jurídico español: encierra la primera regulación sistemática y completa de esta materia en España. En su conjunto y desde mi punto de vista, la Ley de Competencia Desleal merece una valoración positiva, por su coherencia sistemática, modernidad, exhaustividad, altura técnica y capacidad operativa”*¹.

Antes de la reforma de la LCD, introducida por 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, la ley contaba con 26 artículos. Se trataba, por lo tanto, de una ley breve pero eficaz.

Tras la reforma de la Ley llevada a cabo en el 2009, la actual redacción de la ley dispone de 39 artículos ordenados en cinco capítulos y un preámbulo. Dicha reforma aumento sustancialmente el número de artículos en la LCD, además de reformar varios artículos, entre ellos el correspondiente a las prácticas agresivas (artículo 8).

El capítulo I contiene normas sobre la aplicación general de la ley (artículos 1 a 3)

¹ MASSAGUER, J., *“Comentario a la ley de competencia desleal”*, Civitas, Madrid 1999, pág. 55.

El capítulo II establece un elenco de actos de competencia desleal respecto de todos los sujetos que operan en el mercado. El capítulo se abre con una cláusula general en sentido amplio y continua con una lista exhaustiva de prácticas comerciales desleales, entre las que se encuentran: actos de engaño, actos de confusión, omisiones engañosas, prácticas agresivas, actos de denigración, actos de comparación, actos de imitación, explotación de reputación ajena, violación de secretos, inducción a la infracción contractual, violación de normas, discriminación y dependencia económica, venta a pérdida y publicidad ilícita -artículos 4 a 18 respectivamente-.

El capítulo III, de nueva redacción tras la reforma de la LCD del año 2009. Es consecuencia directa de la Directiva 2005/29 CE y de su posterior trasposición, en la que el legislador español optó por ese sistema y de la que hablaremos más adelante.

Este capítulo se refiere a prácticas comerciales con los consumidores o usuarios. Se trata de prácticas desleales “*per se*”, referidas exclusivamente hacia estos sujetos, de acuerdo a lo establecido en el artículo 19 que abre el capítulo. Se recogen expresamente: prácticas engañosas por confusión para los consumidores, prácticas engañosas sobre los códigos de conducta u otros distintivos de calidad, prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas, prácticas engañosas sobre la naturaleza y propiedades de los bienes o servicios, su disponibilidad y los servicios posventa, prácticas de venta piramidal, prácticas engañosas por confusión, prácticas comerciales encubiertas, otras prácticas engañosas, prácticas agresivas por coacción, prácticas por acoso, prácticas agresivas en relación con los menores y otras prácticas agresivas - artículos 20 a 31 respectivamente-. En opinión de MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, los artículos 28 a 31 de la LCD, que regulan las prácticas agresivas hacia los consumidores “En estos supuestos se presume directamente que se dan ambos requisitos –una conducta de acoso, coacción o influencia indebida, que además sea susceptible de afectar al comportamiento económico de los destinatarios-, y, por tanto, se reputarán prácticas desleales por ser agresivas con los consumidores”².

² MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, P.: “El catálogo de prácticas comerciales agresivas destinadas a los consumidores”, *ADI*, Volumen 32 (2011-2012). Pág. 196.

El capítulo IV de la LCD, recoge una serie de normas procesales (artículos 32 a 36), entre las que destaca la redacción del artículo 32 que contiene un catálogo de acciones como mecanismo de protección frente a las prácticas comerciales desleales recogidas en la ley.

Y finalmente, el capítulo V (artículos 37 a 39), también de nueva redacción tras la reforma de 2009, introduce en la ley la regulación de los códigos de conducta de libre adscripción por los sujetos profesionales que operan en el mercado, en relación a las prácticas comerciales con los consumidores.

En este sentido, el legislador introduce las novedades recogidas en la Directiva 2005/29 CE, para lograr una mayor protección de consumidores y usuarios, mediante la suscripción de códigos de conducta voluntarios que regulen las prácticas comerciales desleales.

Para terminar, este capítulo prevé una serie de acciones, por un lado, frente a códigos que acuerden o fomenten las prácticas comerciales desleales, y por otro, frente a los profesionales que estén adheridos a un código de conducta y lo incumplan.

2. La Directiva 2005/29/CE el 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

2.1 Introducción

El derecho comunitario ha supuesto un innegable empujón en cuanto a la regulación de la competencia desleal. Inicialmente el Tratado de la Comunidad Económica Europea tenía como objetivo, entre otros, proteger el sistema de libre mercado, regulando la competencia entre empresas, impidiendo las practicas que restringiesen o falsearan el juego de la competencia, y así lo establecían los artículos 85 y 86 del mismo cuerpo legal. Recogidos hoy, en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

Así el artículo 101 establece: *“Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior”*.

Sin embargo, no estaba prevista inicialmente la protección de consumidores y usuarios. Protección que tiene sus inicios en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en aplicación del artículo 36 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, que comparte el mismo artículo 36 del TFUE, sobre la libre circulación de mercancías, que establece: *“Las disposiciones de los [artículos 34](#) y [35](#) no serán obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial. No obstante, tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros”*.

No es hasta la Directiva 84/450/CEE del Consejo de 10 de septiembre de 1984 cuando se regula de forma expresa una norma en defensa de los consumidores y usuarios, en concreto, sobre la publicidad engañosa y la publicidad comparativa. Dicha norma estableció el siguiente considerando *“es en interés del público en general, de los consumidores, así como de las personas que compiten en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal en el seno del mercado común, armonizar, en una primera fase, las disposiciones nacionales en materia de protección contra la publicidad engañosa y, en una segunda fase, ocuparse de la publicidad desleal así como, en caso necesario, de la publicidad comparativa, sobre la base de propuestas apropiadas de la Comisión”*. Posteriormente modificada por la Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de octubre de 1997.

Cabe destacar que la citada Directiva sobre publicidad engañosa y la publicidad comparativa tiene por objetivo la protección de todos los operadores del mercado, es decir, tanto de consumidores como de empresarios, fabricantes y productores, de

acuerdo a lo dispuesto en su artículo 1, cuya redacción, una vez modificada por la Directiva de 1997, es la que sigue *“La presente Directiva tendrá por objeto proteger a los consumidores y a las personas que ejercen una actividad comercial o industrial, artesanal o profesional, así como los intereses del público en general contra la publicidad engañosa y sus consecuencias injustas, y establecer las condiciones en las que estará permitida la publicidad comparativa”*.

Sin embargo, la aprobación de la siguiente sobre prácticas comerciales desleales, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005, sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, no sigue la línea marcada por la anterior: La defensa de todos los sujetos que operan en el mercado, y únicamente se aplica a la defensa de los consumidores. Tal y como se desprende de lo previsto en su artículo 1 *“La presente Directiva tiene por objeto contribuir al buen funcionamiento del mercado interior y alcanzar un elevado nivel de protección de los consumidores mediante la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las prácticas comerciales desleales que perjudican a los intereses económicos de los consumidores”*.

Directiva que analizaremos más adelante.

Este nuevo planteamiento supone un retroceso en la regulación comunitaria sobre la materia, y por extensión al derecho interno de los estados dada la obligación de trasposición que llevan aparejadas las Directivas, como apunta ALBERTO BERCOVITZ *“la Directiva sobre prácticas comerciales desleales tal como está concebida viene a distorsionar gravemente la regulación contra la competencia desleal en los Estados miembros”*³.

El fundamento de la protección exclusiva que dispensa la Directiva, lo encontramos, además de en los objetivos económicos de la Unión Europea sobre el sistema de libre mercado, y la libre circulación de bienes, servicios y capitales, en el artículo 169 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que establece:

³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *“Comentarios a la ley de competencia desleal”*, Aranzadi, Navarra 2011, pág. 59.

“1. Para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Unión contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses.

2. La Unión contribuirá a que se alcancen los objetivos a que se refiere el apartado 1 mediante:

- a. medidas que adopte en virtud del [artículo 114](#) en el marco de la realización del mercado interior;*
- b. medidas que apoyen, complementen y supervisen la política llevada a cabo por los Estados miembros.”*

Concluimos este apartado, poniendo de relieve tres ideas respecto a la regulación comunitaria de la competencia desleal.

En primer lugar, la Unión Europea desde sus inicios tuvo como objetivo la protección del sistema de libre mercado, impidiendo las conductas o prácticas que falseaban e impedían el juego de la competencia en el mercado interior -Defensa de la Competencia y Competencia Desleal-.

En segundo lugar, la evolución del concepto de consumidor en el derecho comunitario, supuso la introducción de una regulación sobre la defensa de estos sujetos, pese a no estar inicialmente previsto. Hasta convertirse en un objetivo de la Unión Europea.

Y en último lugar, la promulgación de la Directiva 2005/29/CE ha supuesto una mayor protección a los consumidores respecto de otros operadores del mercado. Rompiendo la tendencia comunitaria de proteger de igual forma a todos los sujetos que interactúan en el mercado en materia de prácticas desleales.

El objetivo de la Directiva 2005/29/CE era la armonización de la regulación en materia de protección a los consumidores y usuarios en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, así lo declara la propia Directiva en su considerando (5) *“A falta de normas uniformes a escala comunitaria, los obstáculos a la libre circulación transfronteriza de bienes y servicios o a la libertad de establecimiento pueden estar*

justificados al amparo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas siempre y cuando traten de proteger objetivos de interés público reconocidos y resulten proporcionados en relación con tales objetivos. En vista de los objetivos comunitarios recogidos en las disposiciones del Tratado y en las del Derecho comunitario derivado relativas a la libertad de circulación, y conforme a la política de la Comisión sobre comunicaciones comerciales según lo indicado en la comunicación de la Comisión «Seguimiento del Libro Verde sobre las comunicaciones comerciales en el mercado interior», tales obstáculos deben eliminarse, lo cual sólo puede conseguirse estableciendo normas uniformes a escala comunitaria que garanticen un alto nivel de protección del consumidor y aclarando ciertos conceptos jurídicos a escala comunitaria en la medida necesaria para el adecuado funcionamiento del mercado interior y para el cumplimiento del requisito de seguridad jurídica”.

En ese mismo sentido el artículo 1 de la Directiva establece: *“La presente Directiva tiene por objeto contribuir al buen funcionamiento del mercado interior y alcanzar un elevado nivel de protección de los consumidores mediante la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las prácticas comerciales desleales que perjudican a los intereses económicos de los consumidores”.*

Tal es el nivel de armonización que pretende alcanzar la directiva comunitaria, que el propio TJUE en su Sentencia de 23 de abril del año 2009, estableció que: *“(52). Los Estados miembros no pueden adoptar medidas más restrictivas que las definidas en la Directiva, ni siquiera para garantizar un grado más elevado de protección de los consumidores”* ⁴. Comprobamos pues, que las propias instituciones comunitarias, otorgan una mayor prioridad a la integración de las normas de los ordenamientos jurídicos de los Estados pertenecientes a la Unión que a una mayor protección de los consumidores.

En este punto, es importante significar que los propios servicios de la comisión han elaborado un documento consistente en una Guía para la

⁴ STJUE, Sala 1ª, de 23 de abril de 2009, asuntos acumulados: C-261/07 y C-299/07.

implementación/aplicación de la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales con fecha de 25 de mayo de 2016⁵, que viene a sustituir la versión del año 2009⁶, pues bien:

“El objetivo del presente documento de orientación es facilitar la correcta aplicación de la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior («DPCD»). Este documento proporciona orientación sobre los conceptos clave y las disposiciones de la DPCD, así como ejemplos prácticos extraídos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, «el Tribunal de Justicia») y de los tribunales y las administraciones nacionales sobre cómo llevarla a la práctica. La presente Guía desarrolla y sustituye a la versión 2009.

La DPCD constituye el principal elemento de la legislación de la UE que regula las prácticas comerciales desleales en las transacciones entre empresas y consumidores. Se aplica a todas las prácticas comerciales que se producen antes (es decir, en la publicidad o la comercialización), durante y después de que tenga lugar una transacción entre una empresa y un consumidor.” Si bien es cierto, que esta guía no es jurídicamente vinculante, únicamente constituye un apoyo para la aplicación de la propia Directiva.

Bien, como hemos expuesto, el sujeto al que se pretende proteger es principalmente al consumidor, sin embargo, de forma indirecta existe un cierto grado de protección a los sujetos profesionales que operan en el mercado, y que pueden llegar a ver afectados sus intereses mediante la comisión de las prácticas desleales que regula esta norma.

En este mismo sentido se ha pronunciado el legislador español, quien en su preámbulo de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, que viene a transponer esta norma comunitaria establece: *“La Directiva 2005/29/CE viene a regular una serie de conductas encuadrables dentro del marco de la competencia desleal, poniendo el énfasis en sus*

⁵ 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].

⁶ SEC (2009) 1666.

efectos indeseables frente a los consumidores. Esta ley nace con el propósito de que la legislación protectora de los consumidores se integre de manera coherente dentro de la regulación del mercado, constituida aquí por la Ley de Competencia Desleal, como forma de asegurar que aquella tutela sea la más efectiva y que la normativa del mercado no quede desintegrada”.

Llegados a este punto, debemos reflexionar sobre el concepto qué debemos entender cuando hablamos de consumidores y usuarios. Para lograr una mayor seguridad jurídica la propia Directiva nos da una definición exacta de lo que debemos entender por consumidor en su artículo 2.a, a *“cualquier persona física que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio, oficio o profesión”*. Como vemos se trata de un concepto prácticamente idéntico al recogido en el artículo 3 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 *“son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”,* y añade *“Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”*. Si bien es cierto que la directiva no tiene en cuenta a las personas jurídicas y a los entes sin personalidad, como si hace el texto refundido.

Pese a la similitud de ambos conceptos, la directiva no tiene en cuenta a las personas jurídicas ni a entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial. Bien, ¿cuál de los dos conceptos debemos interpretar para la aplicación de la ley? En mi opinión, debemos estar al caso concreto, y en particular a la práctica comercial ilícita en sí misma y a su ubicación en la LCD, ya que, según su disposición en la ley, habrá que estar a un concepto u a otro.

De este modo, para el ámbito de aplicación subjetivo de las prácticas desleales recogidas en el Capítulo II de la ley se debería tener en cuenta el concepto que establece el artículo 3 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, un concepto de consumidores y usuarios más amplio, puesto que este capítulo se refiere a actos de competencia desleal en general, en consecuencia se debe dirigir frente a la totalidad de operadores del mercado, incluidos los consumidores y usuarios en el concepto más amplio posible.

Por el contrario, si nos referimos a las prácticas comerciales desleales “*per se*” recogidas en el Capítulo III de la ley, se debería tener en cuenta el concepto más restrictivo que establece la Directiva 2005/29/CE en su artículo 2.a, habida cuenta de la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea -Sentencia de 23 de abril del año 2009⁷- que no permiten establecer medidas más restrictivas de las establecidas en la Directiva, incluso para lograr una mayor protección de consumidores y usuarios. Dado que se pretende armonizar la legislación interna de los Estados miembros en esta materia.

En cuanto a la estructura de la Directiva consta de 21 artículos y 2 anexos, divididos en 4 capítulos.

El primero, contiene las disposiciones generales (artículos 1 a 4) sobre el objetivo de la Directiva, el ámbito de aplicación, además recoge en su artículo 2 una serie de definiciones sobre los conceptos jurídicos contemplados en la misma y a sus solos efectos.

El segundo capítulo, sobre prácticas comerciales desleales (artículos 5 a 9), contiene una cláusula general de prohibición de prácticas comerciales desleales. El capítulo se divide en dos secciones que regulan (1) las prácticas comerciales engañosas, y (2) las prácticas agresivas.

El artículo 10, corresponde a la totalidad del capítulo tercero, regula los códigos de conducta de adscripción voluntaria para los profesionales en relación a las prácticas comerciales ilícitas.

⁷ STJUE, Sala 1ª, de 23 de abril de 2009, asuntos acumulados: C-261/07 y C-299/07.

Y el capítulo cuarto, sobre disposiciones finales (artículos 11 a 21), establece una serie de normas de derecho procesal, sanciones, y modificaciones de anteriores Directivas.

Por último, la Directiva consta de dos anexos.

El primero (I), sobre prácticas comerciales que se consideran desleales en cualquier circunstancia. Es el germen del actual capítulo III de la nuestra Ley de Competencia Desleal, que ya hemos mencionado, y que será objeto de un análisis más amplio en lo que a las prácticas agresivas se refiere.

Este anexo I, compila un elenco de conductas (31 en total) que tiene la categoría “*per se*” de prácticas comerciales ilícitas sin tener en cuenta las circunstancias que rodeen al acto en cuestión. A su vez se divide en dos apartados, sobre prácticas comerciales engañosas, (conducta 1 a 23) y sobre prácticas comerciales agresivas (conducta 24 a 31). Se trata de un “*número clausus*”, y por lo tanto no se tendrá en cuenta cualquier otra conducta que no esté expresamente recogida en esta enumeración para su clasificación de conducta ilícita “*per se*”. Por lo que se deberá acudir a las circunstancias particulares de la conducta para apreciar si estamos ante una práctica comercial ilícita.

Para finalizar el anexo II, contiene una enumeración de artículos de “*derecho comunitario que establecen normas relativas a la publicidad y a las comunicaciones comerciales*”. Se trata simplemente de una recopilación, sin contenido, de normas comunitarias relativas a la publicidad y a las comunicaciones comerciales.

2.2 La transposición de la Directiva 2005/29/CE al derecho interno: La nueva redacción de la Ley de Competencia Desleal

Como ya hemos puesto de manifiesto en epígrafes anteriores la aprobación de la Ley de Competencia Desleal supuso un gran avance en el ordenamiento jurídico dentro del ámbito mercantil.

No obstante, la Directiva 2005/29/CEE, de la que ya hemos hablado vino a “*distorsionar*” de alguna forma el marco legislativo interno de todos los estados. Puesto que se trata de una norma que pretende la armonización de los distintos ordenamientos de los que forma parte la Unión Europea. La transposición de la Directiva supuso la introducción prácticamente literal de sus normas en nuestra legislación. Con la consiguiente dificultad que ello implicaba.

Ante la obligación de transponer la norma comunitaria, el legislador español se encontró con el siguiente problema: ¿dónde incorporar la regulación sobre prácticas comerciales desleales para los consumidores y usuarios?

En este momento se barajaron diferentes opciones.

En primer lugar, se planteó la posibilidad de incorporar la Directiva en la Ley General de Consumidores y Usuarios. Sin embargo, la aplicación de esta ley para la defensa de los consumidores tiene un ámbito de aplicación muy limitado, ya que la propia ley tiene previstos mecanismos de protección en forma de sanciones administrativas. Es decir, los consumidores tendrían que acudir a la vía administrativa para la defensa de sus derechos e intereses, y no podrían reclamar en vía civil -aplicación privada- los daños y perjuicios ocasionados. Por lo que esta opción no parecía la más idónea para proteger los intereses de los consumidores.

Otra opción, sería regular la materia de la directiva en una ley especial. Ello supondría la fragmentación de la regulación sobre el derecho de competencia desleal, que ya se contiene además de en la Ley de Competencia Desleal, en la Ley General de Publicidad. La mayor parte de la doctrina, A. BERCOVITZ entre otros, se mostró contraria a esta solución por la excesiva fragmentación.

Y la última opción, por la que finalmente optó el legislador, consistía en realizar una nueva redacción de la LCD, a través de 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. Sin embargo, no podemos sino alabar la buena tarea que realizó el legislador en ese momento para trasponer la Directiva, sin apenas alterar la esencia de la ley.

Esta última solución planteaba numerosos problemas desde el inicio, entre otras cosas por las diferencias entre ambas regulaciones:

La antigua redacción de la LCD era más generalista, más amplia y más abstracta. Si bien la nota más característica es que la ley amparaba a todos los operadores del mercado, es decir, protegía tanto a los empresarios como a los consumidores y usuarios.

Por el contrario, la Directiva tiene un carácter más detallista, y particular, tiene reguladas determinadas conductas que “*per se*”, que son consideradas en sí mismas como actos de competencia desleal. Además, en contraposición con la LCD, la Directiva únicamente tiene como destinatarios a los consumidores y usuarios. Aunque su protección implique de manera indirecta también la protección de los empresarios competidores que actúan en el mercado, los sujetos hacia los que se contempla las acciones derivadas de tales ilícitos son exclusivamente los consumidores y usuarios.

El legislador español superó las diferencias entre ambas normativas mediante la introducción de un nuevo capítulo -el número III de la LCD-. A través de la redacción de este capítulo se introdujeron las conductas ilícitas para con los consumidores y usuarios. El resto fue, modificar determinados matices e introducir nuevos conceptos, por ejemplo, de “destinatarios”, en vez de consumidores, de “consumidor medio”. O reputar desleal un comportamiento si hace o puede hacer que los destinatarios tomen una decisión sobre una transacción que de otra manera no hubiera ocurrido.

Es innegable la correspondencia entre el texto de la directiva y la nueva redacción de la LCD, particularmente este capítulo III, como señala ARROYO APARICIO *“las modificaciones son unas, en su mayoría, de orden lingüístico y otras para adecuarse al papel de régimen unitario que el artículo 8 desempeña en la LCD puesto que contiene una norma de aplicación general y no solo para las prácticas consumidores al estar ubicado en el capítulo II de la LCD, sin perjuicio de que la remisión que el artículo 19 LCD realiza implique que también tendrá la consideración de práctica comercial desleal con consumidores cuando tenga lugar respecto de estos”*⁸.

⁸ ARROYO APARICIO, A.: “Prácticas comerciales desleales y Derecho de la competencia: “Prácticas agresivas” (delimitación y análisis de casos)”, *RDCyD*, nº 21 (julio-diciembre 2017). Pág. 5/20.

Cabe destacar también la labor de coordinación entre la Ley General de Publicidad y la Ley de Competencia Desleal, mediante la nueva redacción del artículo 6.1 de la LGP, y de los artículos 1 y 18 de la LCD.

De igual modo, la reforma de la Ley en 2009, fomenta los códigos de conducta en el capítulo V de la LCD, un instrumento más para la defensa de los consumidores. Se trata de la elaboración de un conjunto de normas (código) sobre prácticas comerciales en relación a los consumidores. Pudiéndose asumir de forma voluntaria por los empresarios y profesionales, y que resultaran de plena aplicación. La propia ley prevé en el mismo capítulo una serie de acciones frente al incumplimiento de tales códigos cuando han sido suscritos.

En conclusión, podemos decir que el legislador español optó por la mejor decisión a la hora de trasponer la Directiva 2005/29/CEE a través de su introducción en nuestra Ley de Competencia Desleal. Ello supuso un gran avance en la defensa de los consumidores y usuarios, puesto que las prácticas agresivas no estaban contempladas de forma expresa en nuestro ordenamiento jurídico, teniendo que acudir entonces (antes de la reforma del año 2009) a la cláusula general establecida en el artículo 4 de la LCD.

Aunque pudiéramos pensar que la articulación de la LCD tras la reforma es incoherente, ya que inicialmente la norma se contemplaba para la defensa de todos los sujetos que actuaban en el mercado, y tras la reforma se introduce un capítulo que únicamente se dirige a la defensa de consumidores y usuarios, manteniendo el capítulo II dirigido a proteger a todos los operadores del mercado, produciéndose así una duplicidad de normas innecesaria. Nada más lejos de la realidad.

La nueva redacción de la LCD, supone una doble protección a los consumidores, en dos capítulos, el II y el III, la diferencia radica en la aplicación de los artículos, ya que el capítulo III establece determinadas conductas que son “*per se*” ilícitas, sean cualesquiera circunstancias que rodeen al hecho. Al contrario, el capítulo II contiene una lista de actos de competencia desleal dirigido a proteger a todos los sujetos que operan en el mercado, y habrá que estar al caso concreto para ver si se ha incurrido en un acto de competencia desleal.

Además, el legislador español aprovechó la trasposición de la Directiva en la reforma del año 2009 para corregir ciertos defectos de coordinación de los que adolecían las leyes que regulaban la competencia desleal en nuestro país, y que ya hemos referido más arriba. Por lo tanto, concluimos, la buena labor realizada en la trasposición de la norma comunitaria que tuvo como consecuencia la nueva relación de la LCD, una ley de rigor técnico y doblemente protectora con los sujetos más débiles del mercado: los consumidores y usuarios.

El artículo 8 de la Ley de Competencia Desleal: Análisis de las prácticas agresivas

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

La trasposición de la Directiva 2005/29/CE mediante la Ley 29/2009, de 30 de diciembre ha supuesto la introducción en nuestro derecho positivo de las prácticas 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 objetivo. Tal y como se ha puesto de relieve en el apartado 1.3 del Capítulo anterior: La relación entre la cláusula general y las prácticas agresivas.

Como bien señala MASSAGUER *“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”*⁹. El autor se está refiriendo a la publicidad molesta y al marketing directo. Pensemos, por ejemplo, en supuestos de reiteración de mediante llamadas telefónicas, o en las constantes visitas de agentes comerciales en las viviendas de determinados clientes potenciales a horas intempestivas.

Igualmente ARROYO APARICIO señala que *“ha de matizarse que si bien ese tipo de prácticas no eran del todo desconocidas en nuestro ordenamiento, en la medida en que gran parte de las normas de protección de los consumidores, que han incorporado Directivas comunitarias en la materia, regulan practicas contractuales con consumidores*

⁹ MASSAGUER, J.: “Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 27-2010, pág. 18.

que podrían en ocasiones tildarse de agresivas, sí que es la primera vez en que éstas quedan reguladas en la LCD”¹⁰.

Podemos situar su origen en la publicidad agresiva y el marketing directo o molesto que venía siendo regulada tanto en la originaria Ley General de Publicidad 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 Ley de Competencia Desleal de 1991, además de en la antigua clausula general, en los artículos sobre los actos de engaño, actos de confusión y actos de denigración.

En este sentido, el fundamento de la deslealtad de la publicidad molesta lo encontramos perfectamente explicado por TATO PLAZA¹¹. 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:

- a. La necesidad de protección de la libertad de decisión del consumidor. 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, basado 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.

¹⁰ ARROYO APARICIO, A., “Artículo 8 Prácticas agresivas”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., (coord.): “Comentarios a la ley de competencia desleal”, Aranzadi, Navarra 2011, pág. 201.

¹¹ TATO PLAZA, A., “Capítulo IV: Prácticas agresivas”, en TATO PLAZA, A., (coautor), FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., (coautor), HERRERA PETRUS, C., (coautor): La reforma de la ley de competencia desleal, La ley, Madrid 2010, pág. 184 y 185.

- d. El riesgo de generalización de estas prácticas, en caso de permitirse. 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, como no podía ser de otra manera.

Sin embargo, MASSAGUER reduce únicamente el fundamento de las prácticas agresivas a la injerencia en la esfera privada del destinatario de tales prácticas *“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.

En conclusión, 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. Actos cada vez más habituales en el mercado al que se pretende proteger de estos comportamientos perturbadores. Que encuentran su fundamento tanto, en los argumentos fijados por TATO PLAZA, que MASSAGUER focaliza en la protección de la esfera privada de los destinatarios de las prácticas agresivas.

1.2 El antiguo artículo 8 de la Ley de Competencia Desleal

El primitivo artículo 8 de la Ley de Competencia Desleal de 1991, regulaba los *“obsequios, primas y supuestos análogos”*, cuyo tenor literal es 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.

¹² MASSAGUER, J.: *“Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal”*, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 27-2010, pág. 24.

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 concorra 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 pongan en un compromiso al consumidor para contratar la prestación principal. Así como la oferta de cualquier ventaja o prima accesoria de la prestación principal que induzca a error acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento o dificulte 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 guarden relación con el objeto del contrato.

La redacción original del artículo 8 de la LCD de 1991, fue totalmente eliminado mediante la trasposición 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 Ley de Competencia Desleal, tanto en los actos desleales con carácter general del Capítulo II: En concreto, en la

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: En cuanto a las prácticas comerciales desleales para con los consumidores (artículo 19), prácticas engañosas por confusión (artículo 20), prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas (artículo 22), prácticas engañosas sobre la naturaleza y propiedades de los bienes o servicios, su disponibilidad y los servicios posventa (artículo 23).

En opinión de ARROYO APARICIO: *“Cabe considerar por tanto que por lo que a deslealtad de las ventas con obsequio se refiere, habrá de estarse a lo dispuesto en el nuevo artículo 8 LCD en tanto que pueda tratarse de prácticas agresivas o bien se considerarán prácticas engañosas (artículo 5 y 7 LCD), así como en su caso y para su ámbito habrán de considerarse las normas específicas para las prácticas desleales con consumidores”*¹³.

No cabe duda, por tanto, de la reputación de deslealtad y consecuente regulación de las ventas con obsequio pese a no tener un artículo específico en sentido estricto, tanto en la LCD, como en la Ley de Ordenación de Comercio Minorista.

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

Como hemos puesto de manifiesto en los Capítulos precedentes, la Directiva 2005/29/CE, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, viene referida únicamente respecto a los consumidores y usuarios en sentido estricto.

No obstante, el legislador español trató de 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*

¹³ ARROYO APARICIO, A., *“Artículo ,8 Prácticas agresivas”*, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., (coord.): *“Comentarios a la ley de competencia desleal”*, Aranzadi, Navarra 2011, pág. 207 y 208.

empresarios”, según establece el preámbulo de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, que vino a trasponer la norma comunitaria.

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 mercado, y no sólo 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 comunitaria en cuestión.

Dada la ubicación de 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 comunitaria 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.

Es por ello que 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 20¹⁴*

¹⁴ *Artículo 19* Principio general y prácticas comerciales

1. Los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios deberán ser respetados en los términos establecidos en esta norma, aplicándose, además, lo previsto en las normas civiles, mercantiles y las demás normas comunitarias, estatales y autonómicas que resulten de aplicación.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes, para la protección de los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios, las prácticas comerciales de los empresarios dirigidas a ellos están sujetas a lo dispuesto en esta Ley, en la Ley de Competencia Desleal y en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista. A estos efectos, 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.

No tienen la consideración de prácticas comerciales las relaciones de naturaleza contractual, que se regirán conforme a lo previsto en el artículo 59.

3. Lo dispuesto en el apartado anterior no obsta la aplicación de:

a) Las normas que regulen las prácticas comerciales que puedan afectar a la salud y seguridad de los consumidores y usuarios, incluidas las relativas a la seguridad de bienes y servicios.

b) Las normas sobre certificación y grado de pureza de los objetos fabricados con metales preciosos.

4. Las normas previstas en esta ley en materia de prácticas comerciales y las que regulan las prácticas comerciales en materia de medicamentos, etiquetado, presentación y publicidad de los productos, indicación de precios, aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, crédito al consumo, comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y usuarios, comercio electrónico, inversión colectiva en valores mobiliarios, normas de conducta en materia de servicios de inversión, oferta pública o admisión de cotización de valores y seguros, incluida la mediación y cualesquiera otras normas que regulen aspectos concretos de las prácticas comerciales desleales previstos en normas comunitarias prevalecerán en caso de conflicto sobre la legislación de carácter general aplicable a las prácticas comerciales desleales.

El incumplimiento de las disposiciones a que hace referencia este apartado será considerado en todo caso práctica desleal por engañosa, en iguales términos a lo dispuesto en el artículo 19.2 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal en relación con las prácticas engañosas reguladas en los artículos 20 a 27 de dicha ley.

5. En relación con las prácticas comerciales relativas a servicios financieros y bienes inmuebles, podrán establecerse normas legales o reglamentarias que ofrezcan una mayor protección al consumidor o usuario.

Artículo 20 Información necesaria en la oferta comercial de bienes y servicios

1. Las prácticas comerciales que, de un modo adecuado al medio de comunicación utilizado, incluyan información sobre las características del bien o servicio y su precio, posibilitando que el consumidor o usuario tome una decisión sobre la contratación, deberán contener, si no se desprende ya claramente del contexto, al menos la siguiente información:

a) Nombre, razón social y domicilio completo del empresario responsable de la oferta comercial y, en su caso, nombre, razón social y dirección completa del empresario por cuya cuenta actúa.

b) Las características esenciales del bien o servicio de una forma adecuada a su naturaleza y al medio de comunicación utilizado.

c) El precio final completo, incluidos los impuestos, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación a la oferta y los gastos adicionales que se repercutan al consumidor o usuario.

En el resto de los casos en que, debido a la naturaleza del bien o servicio, no pueda fijarse con exactitud el precio en la oferta comercial, deberá informarse sobre la base de cálculo que permita al consumidor o usuario comprobar el precio. Igualmente, cuando los gastos adicionales que se repercutan al consumidor o usuario no puedan ser calculados de antemano por razones objetivas, debe informarse del hecho de que existen dichos gastos adicionales y, si se conoce, su importe estimado.

d) Los procedimientos de pago, plazos de entrega y ejecución del contrato y el sistema de tratamiento de las reclamaciones, cuando se aparten de las exigencias de la diligencia profesional, entendiéndose por tal la definida en el artículo 4.1 de la Ley de Competencia Desleal.

e) En su caso, existencia del derecho de desistimiento.

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 Ley de Competencia Desleal, 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 usuarios.

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 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 (TRLGDCU) 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*

2. El incumplimiento de lo dispuesto en el apartado anterior será considerado práctica desleal por engañosa en iguales términos a los que establece el artículo 7 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

orden que puedan concurrir". Así como el artículo 47.3 del mismo cuerpo legal, modificado por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, "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 prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios".

2. Análisis de las prácticas agresivas

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 mercado. Dicho artículo 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 que 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”.

Con la salvedad a la que hemos hecho referencia más arriba, de los cambios en los términos *“consumidor medio”*, por *“destinatario”*; y de *“toda práctica comercial”* por *“comportamiento”*. Esto responde a que la Directiva se dirige únicamente a los consumidores y usuarios, y la posición del artículo 8 en el Capítulo II de la LDC se dirige a todos los sujetos que actúan en el mercado.

Pues bien, 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.

Así las cosas, si la conducta 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 sé”*-.

Se trata de una lista negra enumerada en el Anexo I de la Directiva 2005/29/CE bajo el título: *“Prácticas comerciales que se consideran desleales en cualesquier circunstancias”*. Y que el legislador español tras la transposición de dicha Directiva por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, introdujo en diversos artículos de la Ley de Competencia Desleal 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). Tales prácticas consideran desleales *“per se”*, en virtud de la remisión del artículo 19.2 de la LCD que establece que *“Las prácticas comerciales reguladas en los artículos 21 a 31, ambos inclusive, son en todo caso y en cualquier circunstancia, prácticas comerciales desleales con los consumidores”*, y que viene a cumplir la obligación de trasponer la norma comunitaria, regulando estas conductas desleales hacia los consumidores y usuarios en todo caso.

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 se 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.

A tenor de lo establecido en artículo 8.1 de la LCD se deduce la necesidad de concurrencia de dos requisitos 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.

En ese sentido, se han pronunciado las Audiencias Provinciales de Vizcaya y Madrid, en sus Sentencias de 23 de diciembre de 2015¹⁵ y de 13 de marzo de 2017¹⁶ 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 destinatario. 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 afectado. 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

¹⁵ SAP de Vizcaya, Sección 4ª, de 23 de diciembre de 2015, nº 712/2015, Rec. 285/2015.

¹⁶ SAP de Madrid, Sección 28ª, de 13 de marzo de 2017, nº 136/2017, Rec. 212/2015.

expresamente el último inciso del primer párrafo del artículo 8.1 al señalar que “y por consiguiente, afecte o pueda afectar a su comportamiento económico”.

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 el segundo requisito, ya que 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 realmente.”¹⁷

En cualquier caso, la casuística es muy variada, y de acuerdo a lo que señala ARROYO APARICIO: *“(...) las prácticas publicitarias, más aun, el marketing directo, tienen como finalidad influir en la elección de sus destinatarios (...) cabe adelantar que 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 nítido; dependerá en gran medida de las circunstancias -a excepción de las prácticas per se, claro está-, como por otra parte es propio de los supuestos de competencia desleal”¹⁸.*

Es por ello, que debemos estar al caso concreto y someterlo a un estricto análisis que sirva para determinar si se da la concurrencia de los requisitos necesarios para declarar agresivos el comportamiento en cuestión, y por tanto, la deslealtad del acto en cuestión.

¹⁷ 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), pág. 6/8.

¹⁸ ARROYO APARICIO, A., “Artículo ,8 Prácticas agresivas”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., (coord.): “Comentarios a la ley de competencia desleal”, Aranzadi, Navarra 2011, pág. 212 y 213.

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 que se nos plantea es que debemos entender por *“comportamiento”*. Bien, 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. Simplemente por una cuestión de ámbito de aplicación subjetivo, mientras la Directiva se dirige solo a consumidores y usuarios, el artículo 8 de la LCD se dirige a todos los sujetos que operan en el mercado.

Aunque la Ley no nos proporciona una definición de comportamiento, la Directiva comunitaria 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, en cuanto a *“comportamiento”* 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”*.

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-.

Asimismo, el momento en el que tiene que realizarse el comportamiento es indiferente, 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*¹⁹. En consecuencia, el momento de la perfección del contrato no será el único instante para la valoración del comportamiento.

Pasemos ahora a analizar los comportamientos tipificados en la norma:

a. Acoso

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

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (RAE), define la conducta de “acostar” 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”²⁰.

Resulta evidente, que se trata de una conducta antisocial, molesta, que incluso ha sido tipificada como delito en el artículo 172 ter, de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, 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 2015.

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

Pues bien, 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 –que regula las prácticas

¹⁹ 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.

²⁰ Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española* (23.^a ed.).

agresivas por acoso- de la propia Ley de Competencia Desleal, como la propia lista negra 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 [\(13\)](#) y 2002/58/CE”.

De ello se deduce la necesidad de una reiteración de una determinada conducta -ya sea presencial o telemática-, que genere una molestia cuando no esté justificada con arreglo a la legislación. Y la importancia de que se haya solicitado el cese de tales conductas.

Así las cosas, y con el auge de las empresas de tele-operadores el supuesto de reiteración de llamadas telefónicas a clientes para vender bienes y servicios, ya sea de motu propio o bajo las directrices de la empresa, es quizá el 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 nº 1 de Valencia²¹.

²¹ Noticia extraída del periódico El Mundo: <https://www.elmundo.es/comunidad-valenciana/2017/05/29/592c05ace2704e234b8b460e.html>

En cualquier caso, habrá que estar las circunstancias concretas que rodeen la conducta enjuiciada, establecidas en el apartado 2 del artículo 8 de la LCD a las que luego nos referiremos.

En este sentido ARROYO APARICIO *“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”*²².

b. Coacción

Al igual que sucede con el acoso, la Ley de Competencia Desleal, ni la Directiva 2005/29/CE nos ofrecen una definición sobre este concepto.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (RAE), 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”*²³.

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 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 Código Penal.

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.

²² 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*, Nº 21 (julio-diciembre 2017), pág. 9/20.

²³ Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española* (23.ª ed.).

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

Igualmente, la coacción en sentido estricto, tipificada en el artículo 172 del Código Penal, requiere de la utilización de fuerza o violencia física. Pudiendo definirse: Como la imposición a alguien de hacer lo que no quiere con violencia.

En este sentido, la Audiencia Provincial de Madrid en su Sentencia de 13 de marzo de 2017 estableció que por coacción *“debemos entender todo supuesto por el que se pretenda forzar la conducta del destinatario si quiere evitar una situación negativa u obtener un beneficio, siempre que la situación negativa no sea legítima o el beneficio no sea real”*²⁴.

En resumen, la coacción tiene como objetivo compeler a quien las sufre, ya sea mediando el uso de la fuerza o no, la realización de algo que no quiere hacer.

Aunque también habrá que tener en cuenta las circunstancias del artículo 8.2 LCD para determinar si una conducta hace uso de la coacción, podemos seguir el criterio sobre lo que entiende la Directiva comunitaria por coacciones, es decir, las conductas que la norma comunitaria ha recogido como desleales bajo cualquier circunstancia, y que posteriormente el legislador ha traspuesto en el artículo 28 de la LCD -prácticas agresivas por coacción-, en este sentido, el Anexo I de la Directiva establece como tales:

“24) Crear la impresión de que el consumidor no puede abandonar el local hasta haber perfeccionado el contrato.

30) Informar expresamente al consumidor de que el trabajo o el sustento del comerciante corren peligro si el consumidor no adquiere el producto o servicio.

31) Crear la impresión falsa de que el consumidor ha ganado ya, ganará, o conseguirá si realiza un acto determinado, un premio o cualquier otra ventaja equivalente, cuando en realidad no existe tal premio o ventaja equivalente, o la realización de una acción relacionada con la obtención del premio o ventaja equivalente

²⁴ SAP de Madrid, Sección 28ª, de 13 de marzo de 2017, nº 136/2017, Rec. 212/2015.

está sujeta a la obligación, por parte del consumidor, de efectuar un pago o incurrir en un gasto”.

c. Influencia indebida

En este comportamiento, el propio artículo 8.1 de la LCD, en su segundo inciso, nos proporciona un concepto sobre lo que debemos entender por influencia indebida: *“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”.*

Dicha definición está tomada del artículo 2.j) que contiene las definiciones a efectos de la propia Directiva 2005/29/CE, con la modificación de *“destinatario”* en lugar de *“consumidor”*, a la que ya hemos hecho referencia anteriormente.

De la lectura de la definición se desprenden unos requisitos para la comisión de la influencia indebida: en primer lugar, requiere de una posición de poder -superioridad- respecto del destinatario, nada dice la Ley al respecto, por lo que la posición de superioridad deberá entenderse en el sentido más amplio posible, por ejemplo una relación jerárquica profesional, una posición de dependencia económica contractual, relación familiar o de amistad, etc.

En segundo lugar, se requiere el ejercicio de una presión, es decir, un comportamiento dirigido a influenciar al destinatario de forma que condicione su elección en cuanto al bien o servicio sobre el que se pretenda influir.

Por último, la influencia indebida no requiere necesariamente la utilización de la fuerza, aunque de ello se deduce que la fuerza también puede ser utilizada en este comportamiento. De encontrarnos en esta última circunstancia, la línea entre la influencia indebida y la coacción sería muy fina.

Por lo que, para distinguir un comportamiento de otro, habrá que estar a la posición de poder de uno de los sujetos respecto al otro, puesto que difícilmente esa posición de superioridad o relación de subordinación podría darse en las coacciones, y directamente se estaría hablando de influencia indebida.

A modo de ejemplo, y respecto a la “*lista negra*” comunitaria de conductas desleales “*per se*”, y en términos de influencia indebida, cabe destacar el siguiente comportamiento, regulado a su vez en el artículo 30 de la LCD -prácticas agresivas en relación a los menores-:

“28) Incluir en una publicidad una exhortación directa a los niños para que compren o convenzan a sus padres u otros adultos de que les compren los productos anunciados. Esta disposición se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 16 de la Directiva 89/552/CEE relativa a la radiodifusión televisiva”.

En este supuesto, se regula la deslealtad de un acto consistente en influenciar a los menores para que convenzan a sus padres u otros adultos para que realicen actos de disposición sobre los bienes y servicios anunciados. Parte de la base de la posición de superioridad que en general los adultos tienen en relación con los menores.

Esto evidencia la diversidad de supuestos que se pueden dar en relación al ejercicio de una posición de superioridad: requisito “*sine qua non*” para que nos encontremos ante un comportamiento calificado como influencia indebida.

2.3 El comportamiento económico del destinatario

Recapitulando, la comisión de cualquiera de los comportamientos analizados en el apartado anterior: acoso, coacción o influencia indebida, no resulta suficiente por sí solo para que se incurra en el acto de prácticas agresivas del artículo 8 de la Ley de Competencia Desleal.

Sino que además -como requisito acumulativo- teniendo en cuenta sus características y circunstancias, dicho comportamiento, tiene que ser susceptible de mermar de manera significativa 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.

En síntesis, el comportamiento mediante acoso, coacción o influencia indebida debe ser lo suficientemente relevante, importante, para mermar la libertad de elección o conducta del destinatario, de manera que afecte o pueda afectar a su comportamiento económico.

No bastaría un comportamiento poco relevante o insuficiente para presionar a su destinatario y hacerle tomar una decisión que de otro modo no hubiera tomado, esto es influir en su comportamiento económico. Sino que requiere que la conducta sea susceptible de mermar de manera significativa, esto es una conducta dubitativa no llevaría necesariamente aparejada la influencia directa en la decisión del destinatario y alterar así su comportamiento económico.

Respecto a este último, se trata de un concepto muy amplio susceptible de interpretación teniendo en cuenta las circunstancias que rodean al supuesto en concreto. No obstante, la propia Ley de Competencia Desleal, nos facilita lo que debemos entender por distorsionar de manera significativa el comportamiento económico en la cláusula general regulada en el Artículo 4.1 de la LCD. Así las cosas, su último inciso establece que *“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”*.

Dicha definición esta sacada literalmente del artículo 2.e) sobre las definiciones de la Directiva 2005/29/CE: *“«distorsionar de manera sustancial el comportamiento económico de los consumidores»: utilizar una práctica comercial para mermar de manera apreciable la capacidad del consumidor de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa haciendo así que éste tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado.”*

Igualmente, cuando la conducta se dirija hacia consumidores y usuarios habrá que tener también en cuenta al consumidor medio. Concepto acuñado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sus Sentencias de 16 de

julio de 1998²⁵, de 4 de abril de 2000²⁶ y de 29 de abril de 2004²⁷, entre otras, en las que define al consumidor medio como aquel “*normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz*”.

2.4 Circunstancias determinantes de las prácticas agresivas

La propia Ley de Competencia Desleal en el artículo 8 que regula las prácticas agresivas, establece una serie de circunstancias determinantes a la hora de enjuiciar si una conducta hace uso de acoso, coacción o influencia indebida.

Tales circunstancias han sido tomadas literalmente del artículo 9 de la Directiva 2005/29/CE que las previó inicialmente, y constituyen un factor determinante a tener en cuenta en la valoración de las conductas. Ya que nos proporcionan unas “*pistas*” de gran valor a la hora de señalar un comportamiento como acoso, coacción o influencia indebida.

Aunque en principio no tiene por qué, algunas circunstancias están más relacionadas con uno o dos comportamientos en concreto que al resto, ya sea el acoso, la coacción o la influencia indebida. Puesto que hay comportamientos más ligados a una determinada circunstancia que a otros.

En consecuencia, la variación de una circunstancia a otro determinará si se ha incurrido en una de los comportamientos ilícitos mencionados. Y lo que es más importante, nos ayudarán a discernir entre una conducta ilícita de la que no lo es, que en ocasiones la diferencia se encuentra entre una línea muy fina.

Las circunstancias previstas en el artículo 8.2 de la LCD, que habrá que tener en cuenta, son las siguientes:

²⁵ STJUE, Sala 5ª, de 16 de julio de 1998, C-210/1996.

²⁶ STJUE, Sala 1ª, de 16 de julio de 1998, C-465/1998.

²⁷ STJUE, Sala 6ª, de 29 de abril de 2004, C-474/2001.

a. El momento y el lugar en que se produce, su naturaleza o su persistencia.

La primera de las circunstancias se refiere a la propia naturaleza de la conducta, con la que se pretende defender la esfera más privada del destinatario a quien se dirige. La casuística es muy variada, más ahora, con el desarrollo de las nuevas tecnologías que posibilitan a los operadores del mercado la interacción instantánea con los sujetos a los que se dirigen, por lo que siempre debemos tener en cuenta el comportamiento en concreto.

Así las cosas, habrá que tener en cuenta:

.- El momento, esto es, si el comportamiento se produce en horario comercial, o fuera él. Las horas a las que se producen, pensemos por ejemplo en el supuesto de llamadas telefónicas si son a altas horas de la madrugada, o la personación en el domicilio de un comercial a horas inoportunas aun siendo en horario comercial y de atención al público.

.- El lugar, si se produce en el establecimiento comercial al que ha acudido el propio destinatario de la conducta, si se ha producido en la calle mediante marketing directo el ofrecimiento de bienes o servicios, o si por el contrario ha sido el propio operador, quien se ha presentado en el domicilio del destinatario, donde este último se siente más desprotegido y vulnerable.

.- La propia naturaleza del comportamiento, entre las que podemos distinguir en función de la interacción con el destinatario: Presencial –en el establecimiento comercial, la personación de un comercial en el domicilio de un destinatario de la conducta, o el marketing directo en la calle, etc.-, o a distancia –mediante llamadas telefónicas, servicios de mensajería instantánea, redes sociales, correos electrónicos, correo postal, fax, etc.-.

.- La persistencia, ya que resulta evidente que la reiteración en el tiempo de una determinada conducta es un agravante natural de la misma.

No resulta difícil, relacionar las cuatro variantes que la propia Ley proporciona con una conducta más cercana al acoso, que a la coacción o de influencia indebida.

En todo caso, habrá que estar a las circunstancias concretas en las que se produzca el comportamiento para analizarlo en detalle y verificar si se trata de una conducta ilícita y qué conducta en cuestión.

b. El empleo de un lenguaje o un comportamiento amenazador o insultante.

Dicha circunstancia está relacionada directamente con una conducta de coacción. Así pues, el uso de un lenguaje o un comportamiento amenazador o insultante en el ofrecimiento del bien o servicio promocionado por el operador del mercado, implicará casi con total seguridad una conducta de coacciones.

Siguiendo esta premisa, la Ley nos facilita dos supuestos en los que podemos encajar esta circunstancia para poder comprenderla mejor. El primer supuesto, viene regulado en el artículo 28 de la Ley y consisten en ella *“las prácticas comerciales que hagan 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”*.

Resulta evidente que hacer creer al destinatario del bien que no podrá abandonar el establecimiento mercantil hasta haber contratado el bien o servicio es un comportamiento cuanto menos amenazador.

El segundo supuesto contemplado en el artículo 31.3 de la LCD consiste en *“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”*.

En este caso, parece claro que se pretende la coacción del destinatario de los bienes o servicios ofertados, en base a la precaria situación del empresario. Si bien no es una conducta que podamos clasificar como amenaza o insulto, sí que podríamos englobar dicho supuesto en un comportamiento amenazante, que en todo caso pretende la coacción del destinatario para que contrate con el profesional.

Ambos supuestos, regulados en las prácticas agresivas frente a los consumidores, nos permiten entender mejor la circunstancia regulada en este apartado del artículo 8.2, ello sin descartar el empleo de un lenguaje o comportamiento amenazador o insultante en sentido estricto.

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.*

No cabe duda de la, cuanto menos, dudable ética profesional del empresario que se dedique a explotar circunstancias especialmente gravosas para el destinatario de la conducta. Ya sea, una catástrofe natural y la necesidad de bienes de primera necesidad, los momentos siguientes a la defunción de un familiar –servicios funerarios-, los instantes después de un grave accidente de la índole que fuere –servicios médicos, jurídicos, etc.-, o cualquiera que sea lo suficientemente graves.

Es conocido que, por tratarse de momentos muy dolorosos, angustiosos y de máxima de necesidad, el destinatario de tales comportamientos tiene mermada su capacidad personal para discernir acerca de la decisión que toma en relación a los bienes o servicios ofrecidos, lo que en una situación normal no sucedería.

Podemos significar la especial protección del ordenamiento jurídico dispensa a las víctimas del delito, en este sentido la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, respecto al ofrecimiento de los servicios jurídicos prestados por abogados y procuradores, el artículo 8 regula un periodo de reflexión para la víctima del delito:

“1. Los Abogados y Procuradores no podrán dirigirse a las víctimas directas o indirectas de catástrofes, calamidades públicas u otros sucesos que hubieran producido un número elevado de víctimas que cumplan los requisitos que se determinen reglamentariamente y que puedan constituir delito, para ofrecerles sus servicios profesionales hasta transcurridos 45 días desde el hecho.

Esta prohibición quedará sin efecto en el caso de que la prestación de estos servicios profesionales haya sido solicitada expresamente por la víctima.

2. El incumplimiento de esta prohibición dará lugar a responsabilidad disciplinaria por infracción muy grave, sin perjuicio de las demás responsabilidades que procedan.”

En consecuencia, los referidos profesionales son podrán dirigirse a las víctimas de estos supuestos hasta haber transcurrido 45 días desde el suceso, cuyo incumplimiento dará lugar a una infracción disciplinaria muy grave.

Esta línea sigue el actual Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, en su artículo 25. 2 establece *“Se considerará contraria a las normas deontológicas de la abogacía la publicidad que suponga: c) Ofrecer sus servicios, por sí o mediante terceros, a víctimas de accidentes o desgracias, a sus herederos o a sus causahabientes, en el momento en que carecen de plena y serena libertad para la elección de abogado por encontrarse sufriendo dicha reciente desgracia personal o colectiva”*.

Igualmente el Código Deontológico de la Abogacía Española en su artículo 7.2 que regula la publicidad del abogado establece: *“Se entiende que vulnera el presente Código Deontológico, aquella publicidad que comporte, entre otros supuestos: e)Dirigirse por sí o mediante terceros a víctimas de accidentes o desgracias que carecen de plena y serena libertad para la elección de abogado por encontrarse en ese momento sufriendo una reciente desgracia personal o colectiva, o a sus herederos o causahabientes.”*

Tanto el propio ordenamiento jurídico mediante el Estatuto, norma de rango legal, como el Código Deontológico de la Abogacía, redactado por el Consejo General de la Abogacía Española, regulan el ofrecimiento de los servicios jurídicos de los abogados, al tratarse evidentemente de uno servicios de una naturaleza muy sensible al estar en juego el patrimonio e incluso los derechos y libertades de los ciudadanos.

Pero no sólo estos profesionales tienen regulado estos extremos, sino que la Ley de Competencia Desleal establece esta circunstancia para determinar si una conducta

es susceptible de acoso, coacción e influencia indebida y por ende tratarse de una práctica agresiva.

Mención aparte merece todo lo que engloba a los negocios funerarios, los más fáciles de relacionar con el ilícito competencial analizado en este trabajo, habida cuenta de la difícil situación que atraviesan los destinatarios de sus servicios.

En este contexto, la Asociación Murciana de Consumidores y Usuarios (CONSUMUR), advirtió de las posibles prácticas agresivas de los comerciales de las funerarias presentes a menudo en los hospitales, mediante su comunicación de 30 de octubre de 2018:

“En el momento de la muerte de un familiar, el consumidor se enfrenta a la difícil situación de tener que decidir una serie de cuestiones ineludibles en una situación adversa. Las circunstancias pueden hacer que se tomen decisiones poco meditadas que supongan un gasto excesivo o la vulneración de los derechos como consumidor.”²⁸

En síntesis, podemos concluir que de darse la circunstancia regulada en este apartado, podríamos estar ante un comportamiento de coacciones o incluso de influencia indebida sobre el destinatario.

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.

Se trata de un comportamiento destinado a desincentivar el ejercicio de los derechos que legal o contractualmente asisten a los destinatarios de este comportamiento, mediante la imposición de trabas o mecanismos onerosos o desproporcionados de reclamación para el ejercicio de tales derechos, ya sean los establecidos en Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se

²⁸ CONSUMUR recomienda extremar la precaución ante las prácticas agresivas de comerciales de funerarias que pueden estar presentes en hospitales, vía: http://consumur.org/index.php?option=com_content&view=article&id=1513:2018-10-30-08-11-56&catid=62:noticias2015

aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, para los destinatarios que tengan la cualidad de consumidores y usuarios, o en el propio Código Civil, para la generalidad de sujetos independientemente de su cualidad.

La Ley regula en el artículo 31 en el marco de los actos desleales frente a los consumidores dos supuestos que debemos traer a colación para analizar esta circunstancia.

Por un lado en el apartado 1 del citado artículo se establece que se considerará desleal por agresivo *“Exigir al consumidor o usuario, ya sea tomador, beneficiario o tercero perjudicado, que desee 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 o dejar sistemáticamente sin responder la correspondencia al respecto, con el fin de disuadirlo de ejercer sus derechos.”*

Y por otro lado en su apartado 2 se reputa igualmente desleal *“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.”*

Ambos supuestos regulados expresamente en la Ley constituyen un claro la imposición de obstáculos onerosos o desproporcionados.

En el primer supuesto, es una conducta frecuente entre compañías aseguradoras, la petición de estas últimas empresas de documentación innecesaria para la tramitación de un siniestro e incluso dejar de responder al consumidor, dándole largas sobre la tramitación del siniestro a fin de que no ejerza sus derechos.

Y en el segundo supuesto, se exigiría el pago –inmediato o aplazado-, la devolución o la custodia de bienes o servicios suministrados por el empresario que no han sido solicitados por el destinatario. En este caso se están imponiendo obstáculos

para el ejercicio de derechos de unos bienes o servicios que han sido suministrados sin que se hayan solicitado por el destinatario.

Igualmente, para la apreciación de esta circunstancia habrá que tener en cuenta los derechos legales de los consumidores y usuarios establecidos en el artículo 8 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios:

“Son derechos básicos de los consumidores y usuarios:

a) La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad.

b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.

c) La indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos.

d) La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute.

e) La audiencia en consulta, la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afectan directamente y la representación de sus intereses, a través de las asociaciones, agrupaciones, federaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas.

f) La protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión.”

De la misma manera, tendrán mucha relevancia los derechos de los consumidores respecto al desistimiento, regulado en los artículos 68 y siguientes del TRLGDCU, así como la garantía y servicios postventa, configurados en los artículos 114 y siguientes del mismo texto legal.

Sea como fuere, esta circunstancia que llevarían aparejado un comportamiento cercano a la coacción, con el que desincentivar el ejercicio de los derechos legales o contractuales que asisten al destinatario de la conducta en cuestión.

e. La comunicación de que se va a realizar cualquier acción que, legalmente, no pueda ejercerse.

Como de la propia lectura se desprende, es necesario que la acción no pueda ejercitarse legalmente, como requisito “*sine qua non*” para que se dé esta circunstancia, y por tanto una conducta más acercada a las coacciones que a cualquiera de las otras dos.

Para tender de entender mejor esta circunstancia vamos a analizar la posición de la jurisprudencia menor (AA.PP.) –análisis que fue objeto de otro comentario²⁹- respecto de las comunicaciones en forma de amenazas con el ejercicio de acciones frente a un competidor, circunstancia determinante para la valoración de una conducta que pueda ser calificada de acoso, coacción o influencia indebida, prevista en el apartado e) del artículo 8.2 de la LCD.

En este orden de cosas, en opinión de MASSAGUER, que suscribo completamente, “*el anuncio de acciones, que comprende tanto la interposición de demandas y presentación de denuncias o actuaciones similares como la adopción de otras medidas encaminadas a proteger intereses o derechos, para el caso de que el destinatario diga o ejecute algo sólo entra dentro de la noción en la medida en que la acción anunciada no pueda ejercitarse legalmente*”.

Sigue el autor, “*debe entenderse en el sentido de que la acción tal y como se anuncia, bien no existe en derecho, bien carece manifiestamente de sus presupuestos, lo que excluye que cualquier anuncio de acciones, como son los habituales requerimientos previos a la presentación de una demanda, pueda ser considerado constitutivo de coacción a estos efectos*”³⁰.

²⁹ 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), pág. 1/8 a 8/8.

³⁰ MASSAGUER, J.: “*Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal*”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 27-2010, pág. 28.

En este sentido también MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, cuando señala, *“se puntualiza que las acciones con las que se amenaza no puedan ser ejercitadas, puesto que en el supuesto de que las acciones pudieran ser ejercitadas, la amenaza no puede considerarse en sí misma una práctica desleal”*³¹.

e.1 Especial análisis de la jurisprudencia reciente

1. Antecedente inmediato: La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2010

Estamos ante una materia con escasa jurisprudencia, lo que sin duda es debido a la “reciente” regulación de las prácticas agresivas, de manera expresa a partir del 1 de enero de 2010, fecha de entrada en vigor de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre. Con anterioridad a esa fecha, la única manera de reaccionar desde el Derecho de la competencia desleal contra tales prácticas, era acudir a la cláusula general, tratando de encajar la conducta dentro de sus parámetros de valoración, para denunciar esta clase de ilícitos concurrenciales.

Desde ese punto de vista, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido estableciendo que la antigua cláusula general del artículo 5 (ahora artículo 4 de la LCD) es en sí misma de un acto concurrencial ilícito en sentido estricto, que no es susceptible de ser alegado si el acto denunciado puede ser incardinado dentro de uno de los actos de competencia desleal regulados de manera expresa en la Ley, antiguos artículos 6 a 17 (actuales 5 a 18 LCD). Jurisprudencia que se mantiene hasta hoy. En este sentido, entre otras la STS de 1 de junio de 2010³², establece que *“El motivo debe examinarse con preferencia al formulado en primer lugar porque cuando se denuncia la infracción de alguna de las figuras típicas de los arts. 6º a 17 de la LCD y de la denominada cláusula general del art. 5º, ésta debe reservarse para el último lugar dado que en dicho precepto se configura un ilícito genérico a modo de cláusula de cierre a fin de que la buena fe objetiva, exigible con carácter general en el ejercicio de los derechos (art. 7.1 CC), lo sea*

³¹ MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, P.: “La deslealtad de las prácticas comerciales agresivas entre competidores”, *ADI*, Volumen 32 (2011-2012). Pág. 184-185.

³² STS de 1 junio de 2010, nº 256/2010, Rec.349/2006.

también en los actos realizados en el mercado con fines de concurrencia. Reiteradamente ha declarado esta Sala que la cláusula genérica es sólo aplicable a actos no contemplados o tipificados en los arts. 6º a 17 LCD y que, por consiguiente, es improcedente acudir a la fórmula general para combatir conductas que están tipificadas en particular en otras disposiciones (SS., entre otras, 28 de septiembre de 2.005 ; 20 de febrero y 11 de julio de 2.006 ; 14 de marzo , 30 de mayo y 10 de octubre de 2.007; y 28 y 29 de mayo de 2.008)”.

Pese a la escasa jurisprudencia sobre el tema, debe destacarse la STS de 12 de julio de 2010³³, como precedente inmediato de la comunicación del ejercicio de acciones, antes de su regulación dentro de las prácticas agresivas de manera expresa.

En este supuesto, la farmacéutica RATIOPHARM ESPAÑA, S.A., demanda a PFIER, S.A., alegando la vulneración de los artículos 5, antigua cláusula general, y 7, antiguo artículo de actos de engaño, por el envío por la demandada de ciento cincuenta comunicaciones a diversas distribuidoras farmacéuticas de un producto genérico fabricado por RATIOPHARM ESPAÑA, S.A., en las que se les advierte de que dicho genérico viola su derecho de patente y se les requiere para que cesen en la comercialización, con base en el art. 64.2 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, actual artículo 72.2 de la Ley 24/2015, de 12 de julio.

Dicho artículo perteneciente a la anterior Ley de Patentes de 1986 establecía que: *“Todos aquellos que realicen cualquier otro acto de explotación del objeto protegido por la patente sólo estarán obligados a indemnizar los daños y perjuicios causados si hubieran sido advertidos por el titular de la patente acerca de la existencia de ésta, convenientemente identificada y, de su violación, con el requerimiento de que cesen en la misma, o en su actuación hubiera mediado culpa o negligencia”.*

La demanda es desestimada en primera instancia y en apelación con expresa condena en costas, por lo que la demandante decide interponer recurso extraordinario de infracción procesal y recurso de casación ante el TS.

En lo que aquí interesa, descarta el Alto Tribunal las alegaciones tanto de la

³³ STS de 12 julio de 2010, nº 452/2010, Rec. 1925/2006.

vulneración del artículo 7 como del artículo 5 de la LCD, al señalar que: *“La entidad PFIZER, S.A. remitió las comunicaciones con base en el art. 64.2 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes (...). El precepto configura una facultad para el titular de la patente, que en un proceso sobre reclamación de indemnización de daños y perjuicios por violación del derecho de patente se convierte en una carga procesal -"imperativo del propio interés-", de modo que su ejercicio dentro del ámbito legal no puede dar lugar a un ilícito. La facultad fue ejercitada sin incurrir en ninguna afirmación falsa o incorrecta, y no es de ver cuál ha podido ser la representación errónea que se han podido formar los destinatarios de las comunicaciones. El que los mismos como consecuencia de la advertencia se hayan abstenido de adquirir o distribuir el producto genérico, lo que por lo demás no forma parte de la base fáctica de la resolución impugnada, es connatural al requerimiento, y, por ende ineludible; y no obsta para que a su vez la parte interesada pueda contrarrestar el efecto con las garantías adecuadas, y todo ello sin perjuicio claro está de las reclamaciones que en su día procedan si la actuación del requirente careciere de fundamento”*.

Entiende por lo tanto el Tribunal Supremo, que la demandada se halla dentro del derecho que le asiste para la protección de su patente, y además como medida instrumental asegurar el resultado, ya que el requerimiento previo al infractor de una patente es una *“exigencia previa inexcusable para obtener la indemnización de daños y perjuicios”*.

Por todo ello, el TS desestima los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación imponiendo las costas a la recurrente.

2. Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 23 de diciembre de 2015

2.1 Supuesto de hecho

El caso que se plantea inicialmente ante el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao es el siguiente: GAMESA CORPORACION TECNOLÓGICA, S.A., en adelante GAMESA,

interpone demanda frente a CONRADO, inventor y titular de la validación española ES 2.149.494 T3 de la patente europea EP 0 5847 496.

Alega la demandante la comisión de actos de competencia desleal, en concreto prácticas agresivas y actos de denigración, ya que el demandando, ha enviado cartas mediante burofax a clientes de GAMESA, notificando que él es el titular de la patente utilizada (aerogeneradores vendidos por GAMESA) por las compañías destinatarias de las misivas en parques eólicos, informando sobre una Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Barcelona, no firme pues está pendiente de resolución el recurso de apelación, en la que estiman la demanda de CONRADO frente a GAMESA por infracción de patente, informando también sobre la indemnización por la infracción de la patente, y compeliendo a las mismas a llegar a un acuerdo amistoso.

El Juzgado de lo Mercantil establece en su Sentencia de 4 de marzo de 2015³⁴, que las misivas carecen de coacción en sentido alguno, estando además amparadas en el artículo 64.2 de la antigua Ley de Patentes de 1986 (actual artículo 72.2 de la Ley de Patentes de 2015). Dicha resolución realiza también un análisis acerca del contenido de las cartas, en los que según se desprende de las mismas, en opinión del Juzgador *“Se pone en conocimiento información sobre la patente y su titularidad, la sentencia dictada, la infracción denunciada y la indemnización a que daría lugar, tratándose de solucionar de forma amistosa el conflicto”*.

En el mismo sentido, argumenta el Juzgado de instancia, que GAMESA no ha probado que sus clientes hayan visto alterado su comportamiento económico en relación a los pedidos de compra de los aerogeneradores o que los mismos se hayan adquirido a un precio más reducido como consecuencia de la recepción de las cartas enviadas por CONRADO.

Por lo que finalmente, y no apreciando tampoco los actos de denigración alegados, el Juzgado desestima íntegramente la demanda planteada por GAMESA, en su Sentencia de 4 de marzo de 2015, imponiendo además las costas de instancia.

³⁴ SJM nº 2 de Bilbao nº 56/2015, de 4 de marzo de 2015. Autos 797/2014.

Dicha resolución es apelada ante la Audiencia Provincial de Vizcaya.

2.2 Valoración de la Audiencia³⁵

La AP de Vizcaya argumenta que el artículo 8 de la LCD requiere dos requisitos que deben concurrir, sin los cuales no estaríamos ante una práctica agresiva:

En primer lugar, se requiere una conducta o comportamiento que pueda ser calificada como acoso, coacción 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 a su comportamiento económico.

Establece el Tribunal, que aunque fuesen ciertas las alegaciones que realiza GAMESA, en cuanto a que CONRADO amenazó a sus clientes con el ejercicio de acciones que no podía ejercitar legalmente, ello por sí solo no determinaría la existencia de una conducta coactiva, sino que únicamente supondría la concurrencia de una circunstancia a tener en cuenta para determinar si existe el acto ilícito denunciado, prevista artículo 8.2. e) de la LCD.

En otro orden de cosas, la Audiencia comparte la valoración del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao sobre el contenido de las cartas enviadas por el demandado, en el sentido de que las cartas tienen un contenido informativo, ofrece una solución amistosa, así como cualquier tipo de aclaración o información adicional al respecto, amparando dicha reclamación en el artículo 64.2 de la antigua Ley de Patentes del año 1986, arriba referido.

De idéntica forma, el Tribunal discrepa con la recurrente sobre que el demandado no tenga derecho a ejercitar cualquier tipo de acción judicial. Ello porque existe una Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Barcelona que da la razón al demandado en cuanto a la acción por infracción de patente. Y además, porque dice el Tribunal, que el daño indemnizado por GAMESA (condenada en la Sentencia antes

³⁵ SAP de Vizcaya, Sección 4ª, de 23 de diciembre de 2015, nº 712/2015, Rec. 285/2015.

citada), *“no agota el derecho de CONRADO de reclamar indemnización por otros conceptos, u otros actos infractores, u otros conceptos infractores, no pudiendo tampoco afirmarse la existencia de un enriquecimiento injusto”*.

Entiende la AP que informar sobre el ejercicio de acciones no puede considerarse una conducta coactiva, sino que está dentro del *“ámbito de la negociación que se ofrece”*.

Por último insiste el Tribunal, en la falta de concurrencia del requisito de que la conducta sea apta para mermar la libertad de elección o conducta del destinatario, de manera que afecte a su comportamiento económico.

Esto porque en el caso enjuiciado no se ha alterado la libertad de elección o conducta de las empresas que han recibido las cartas enviadas por el demandado, ya que ninguna de ellas se ha puesto en contacto con el remitente, sino que se han dirigido directamente a GAMESA para solicitar explicaciones acerca de los requerimientos.

Concluye el Tribunal en este sentido, que las cartas no eran idóneas para alterar la libertad de elección de las empresas receptoras de las mismas, debido a que GAMESA renovó la garantía pactada con dichas mercantiles, prometiéndole hacerse ella cargo de las reclamaciones que eventualmente el demandado pudiera realizar.

La Audiencia decide desestimar íntegramente el recurso de apelación planteado con expresa imposición de las costas de alzada.

3. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de marzo de 2017

3.1 Supuesto de hecho

En este supuesto, la mercantil CSP, S.R.L., interpone ante el Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid demanda de acción declarativa de deslealtad y de cesación, alegando vulneración de la cláusula general de la LCD, artículo 4, así como la comisión de prácticas agresivas, en concreto el supuesto en el artículo 8.2 del mismo cuerpo legal, frente a ABDULIO -que ostenta una patente sobre un modelo de irrigador bucal-, y quien ha enviado cartas a las distribuidoras de un producto similar comercializado por la

demandante, alegando ser el titular de un derecho de patente sobre un producto similar y amenazando con ejercer acciones por infracción de derecho de propiedad industrial.

El Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid en su Sentencia de 22 de noviembre de 2013³⁶ razona que el demandado tiene un derecho de patente sobre un producto, “*al menos similar al del demandante*”, por lo que las cartas enviadas a las distribuidoras del demandado se ven amparadas en la normativa de patentes (el entonces artículo 64.2 de la Ley de Patentes de 1986).

De igual forma, cree el juzgador que las acciones planteadas por CSP, S.R.L., no son las adecuadas para la cuestión que alega, ya que el objeto del procedimiento es apreciar la deslealtad de un determinado acto, en concreto sobre si las cartas enviadas suponen una práctica agresiva, y no determinar si el producto de la demandante, que no está patentado, vulnera o no el producto del demandado, que sí está patentado.

El juzgador no aprecia, por tanto, la comisión de una práctica agresiva en sentido alguno, ni tampoco vulneración del artículo 4 -cláusula general de la LCD-, por lo que desestima íntegramente la demanda con condena en costas.

Frente a dicha Sentencia, la demandante interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid.

3.2 Valoración de la Audiencia³⁷

La Audiencia mantiene la misma posición que el Juzgado de instancia en cuanto al objeto del procedimiento en cuestión, puesto que no se debate acerca de la infracción o no de la patente sobre el producto, sino que el objeto del pleito es la determinación sobre la existencia de un ilícito concurrencial.

En este sentido, establece la Sentencia los mismos criterios establecidos por la Audiencia Provincial de Vizcaya. En primer lugar, se debe dar una conducta que se

³⁶ SJM nº 7 de Madrid nº 218/2013, de 22 de noviembre de 2013. Autos 546/2011.

³⁷ SAP de Madrid, Sección 28ª, de 13 de marzo de 2017, nº 136/2017, Rec. 212/2015.

califique como acoso, coacción o influencia indebida. Y en segundo lugar, la conducta en cuestión tiene que ser apta para afectar al comportamiento económico del destinatario.

A continuación, establece la Sentencia de la Audiencia una serie de definiciones.

Así, por coacción *“debemos entender todo supuesto por el que se pretenda forzar la conducta del destinatario si quiere evitar una situación negativa u obtener un beneficio, siempre que la situación negativa no sea legítima o el beneficio no sea real”*.

La influencia indebida requeriría de una posición de poder sobre el destinatario para ejercer la presión. Descarta de plano el Tribunal esta conducta, en cuanto no existe una posición de poder entre el sujeto activo y el destinatario de dicha conducta.

Respecto al concepto de *“acción”*, debemos entender cualquier tipo de actuación, sin atenernos exclusivamente a su ámbito jurídico.

En otro orden de cosas, y lo que es en mi opinión trascendental para la resolución del caso, es el derecho que tiene reconocido el demandado como titular de una patente al amparo del artículo 64.2 de la antigua Ley Patentes de 1986, arriba citado. En este sentido la AP de Madrid cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2010, arriba expuesta, y argumenta que no puede considerarse como amenaza o coacción el envío de cartas, ya que se trata de acciones contempladas en el ordenamiento jurídico para la defensa de sus derechos e intereses: *“Lo que quedaría incluido en el ilícito sería la comunicación del ejercicio de acciones de las que legalmente no dispone el sujeto activo. Este es el alcance del ilícito concurrencial y no otro, de modo que cualquier comunicación de ejercicio de acciones legales ya suponga la comisión de una conducta tachada de deslealtad en los términos tipificados”*.

En consecuencia, argumenta el Tribunal, que habiendo ejercido el demandado la defensa de un derecho de protección sobre una patente de su titularidad, no se dan los requisitos para incardinar el ilícito concurrencial alegado por la actora (artículo 8.2 LCD).

De idéntica forma, tampoco es de aplicación el artículo 4 de la LCD (antiguo artículo 5), puesto que solo resulta de aplicación cuando la conducta demandada *“no queda subsumida en un tipo específico”*, lo que no sucedía en el presenta caso puesto

que se contempla en el actual artículo 8 de la LCD. Por lo que la Audiencia desestima íntegramente el recurso de apelación con imposición de las costas a la actora.

En síntesis, el contenido de las comunicaciones enviadas es determinante a la hora de incardinar el supuesto de hecho en las prácticas agresivas, ya que recordemos, para ello es necesario, una conducta que sea calificada como acoso, coacción o influencia indebida. Por ello, entiendo que, a efectos prácticos, en el contenido de las comunicaciones debería haber una explicación acerca de la posible acción que se pretende ejercitar, para el supuesto de que el receptor haga caso omiso de las pretensiones formuladas. Como sucede en los casos examinados, donde se explica la titularidad de la patente, y se cita expresamente el artículo 64.2 de la Ley de Patentes de 1986 en el que fundamenta su actuación.

Conclusiones

PRIMERA.- Antes 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, 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 usuario, no existía una regulación expresa de las prácticas agresivas y había que acudir a la cláusula general –artículo 4 de la LCD- e incluso a la legislación penal, para encuadrar la conducta que hoy conocemos como práctica agresiva.

El precedente inmediato a las prácticas agresivas lo encontramos en lo que MASSAGUER denomina publicidad molesta y marketing directo, que venía siendo regulada tanto en la originaria Ley General de Publicidad de 1988, en los antiguos artículos respecto a la publicidad engañosa, publicidad que induce a confusión, publicidad denigratoria, y publicidad subliminal. Y encuadrable dentro de los actos contrarios a la buena fe en sentido objetivo de la cláusula general de la LCD.

SEGUNDA.- Pese a que la Directiva 2005/29/CE viene referida únicamente y con carácter excluyente a los sujetos “*a priori*” más débiles que actúan en el mercado, eso es, los consumidores y usuarios, el legislador opta por la introducción de las prácticas agresivas en el Capítulo II de la Ley de Competencia Desleal, es decir, dentro de los actos de competencia desleal en general, es decir, dirigidos frente a todos los sujetos que operan en el mercado con independencia de que sean consumidores y usuarios. Esta especial posición del artículo 8 dentro de la Ley, dota a dicho precepto de un alcance y de una aplicación general, por contra del Capítulo III del mismo cuerpo legal, que también contienen la regulación de prácticas agresivas –artículos 28, 29, 30 y 31 LCD-, sin embargo, estas únicamente se aplican respecto a los consumidores y usuarios.

Aunque pudiéramos pensar que la articulación de la LCD tras la reforma es incoherente, ya que inicialmente la norma se contemplaba para la defensa de todos los

sujetos que actuaban en el mercado, y tras la reforma se introduce un capítulo que únicamente se dirige a la defensa de consumidores y usuarios, manteniendo el Capítulo II dirigido a proteger a todos los operadores del mercado, produciéndose así una duplicidad de normas innecesaria.

La nueva redacción de la LCD, supone una doble protección a los consumidores, en dos capítulos, el II y el III, la diferencia radica en la aplicación de los artículos, ya que el Capítulo III establece determinadas conductas que son “*per se*” ilícitas, sean cualesquiera circunstancias que rodeen al hecho. Al contrario, el Capítulo II contiene una lista de actos de competencia desleal dirigido a proteger a todos los sujetos que operan en el mercado, y habrá que estar al caso concreto para ver si se ha incurrido en un acto de competencia desleal.

TERCERA.- Para que incardinar una conducta como prácticas agresivas es necesario que concurren los requisitos establecidos en la Ley y que la jurisprudencia menor ha venido interpretando, en ese sentido, se han pronunciado las Audiencias Provinciales de Vizcaya y Madrid, en sus Sentencias de 23 de diciembre de 2015 y de 13 de marzo de 2017, respectivamente.

En consecuencia, deberá existir una conducta o comportamiento que pueda ser calificada como acoso, coacción o influencia indebida.

Y, además, dicha conducta deberá ser apta para mermar la libertad de elección o conducta del destinatario, de manera que afecte a su comportamiento económico.

Resultan por tanto necesario, la realización de un juicio de valor sobre el caso concreto a fin de evaluar si concurren ambos requisitos acumulativos para la comisión de prácticas agresivas ex artículo 8 LCD, a diferencia de las prácticas agresivas en relación con los consumidores y usuarios, cuyos supuestos regulados en los artículos 28, 29, 30 y 31 del Capítulo III de la LCD, se consideran agresivos “*per se*”, es decir, en todo caso y bajo cualquier circunstancia.

CUARTA.- Para valorar si una conducta es susceptible de acoso coacción e influencia indebida, habrá que estar siempre al caso concreto, será necesario realizar un juicio de valor en el que debemos tener en cuenta las circunstancias establecidas en el apartado 2 del artículo 8 LCD, a saber:

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.

Tales circunstancias constituyen una herramienta fundamental para la valoración de las conductas encuadradas en las prácticas agresivas –acoso, coacción e influencia indebida-, sin las cuales sería complejo determinar la comisión de estas conductas, puesto que se dejaría un amplio margen discrecional para la interpretación del precepto analizado y de las prácticas agresivas frente a todos los sujetos que operan en el mercado.

QUINTA.- Por lo que respecta a la afectación del comportamiento económico el artículo 4.1 de la LCD en su último inciso establece que *“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”.

En todo caso, y dado que es un concepto amplio con un marcado margen de discrecionalidad en su interpretación, es importante resaltar que no bastaría un comportamiento poco relevante o insuficiente para presionar a su destinatario y hacerle tomar una decisión que de otro modo no hubiera tomado, esto es influir en su comportamiento económico. Sino que requiere que la conducta sea susceptible de mermar de manera significativa, esto es una conducta dubitativa no llevaría necesariamente aparejada la influencia directa en la decisión del destinatario y alterar así su comportamiento económico.

Bibliografía

ARROYO APARICIO, A., “Artículo 8 Prácticas agresivas”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., (coord.): “Comentarios a la ley de competencia desleal”, Aranzadi, Navarra 2011.

ARROYO APARICIO, A.: “Prácticas comerciales desleales y Derecho de la competencia: “Prácticas agresivas” (delimitación y análisis de casos)”, *RDCyD*, nº 21 (julio-diciembre 2017).

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), pág. 6/8.

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].

MASSAGUER, J., “Comentario a la ley de competencia desleal”, Civitas, Madrid 1999.

MASSAGUER, J.: “Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 27-2010.

MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, P.: “El catálogo de prácticas comerciales agresivas destinadas a los consumidores”, *ADI*, Volumen 32 (2011-2012).

MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, P.: “La deslealtad de las prácticas comerciales agresivas entre competidores”, *ADI*, Volumen 32 (2011-2012).

Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española* (23.^a ed.).

SEC (2009) 1666.

TATO PLAZA, A., “Capítulo IV: Prácticas agresivas”, en TATO PLAZA, A., (coautor), FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., (coautor), HERRERA PETRUS, C., (coautor): La reforma de la ley de competencia desleal, La ley, Madrid 2010.

Relación de jurisprudencia

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala 1ª, de 16 de julio de 1998, C-465/1998.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala 6ª, de 29 de abril de 2004, C-474/2001.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala 1ª, de 23 de abril de 2009, asuntos acumulados: C-261/07 y C-299/07.

Sentencia del Tribunal Supremo de 1 junio de 2010, nº 256/2010, Rec.349/2006.

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 julio de 2010, nº 452/2010, Rec. 1925/2006.

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid nº 218/2013, de 22 de noviembre de 2013. Autos 546/2011.

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao nº 56/2015, de 4 de marzo de 2015. Autos 797/2014.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4ª, de 23 de diciembre de 2015, nº 712/2015, Rec. 285/2015.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 13 de marzo de 2017, nº 136/2017, Rec. 212/2015.