



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

LAS PRÁCTICAS DESLEALES AGRESIVAS

Presentado por:

María Victoria Concejo Vera

Tutelado por:

Carmen Herrero Suárez

Valladolid, Julio de 2023

RESUMEN

La reforma operada 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, tuvo como objetivo incorporar a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005, relativo a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior.

La Ley 29/2009 reforma cuatro textos legales, la Ley de Competencia Desleal, la Ley General de Publicidad, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y la Ley de Ordenación del Comercio Minorista.

En el presente trabajo nos ocuparemos sólo de la reforma de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal, que introdujo en su artículo 8 las prácticas agresivas como acto de competencia desleal. Estas prácticas se definen como aquellas que mediante el acoso, coacción -incluido el uso de la fuerza- e influencia indebida mermen o pueda mermar de manera significativa la libertad de elección o conducta del destinatario y, por consiguiente, pueda afectar a su comportamiento económico.

Asimismo, la Directiva 2005/29/CE regula en su Anexo I un “listado negro” de prácticas que se consideran *per se* agresivas, es decir, en sí mismas agresivas. Este catálogo es incorporado a la Ley de Competencia Desleal a través de los nuevos artículos 28 a 31 como prácticas comerciales desleales con los consumidores.

Palabras clave: derecho de la competencia, competencia desleal, prácticas agresivas, acoso, coacción, influencia indebida, libertad de elección, comportamiento económico.

ABSTRACT

The reform implemented by the Law 29/2009, of 30 December amending the legal regime of unfair competition and advertising in order to improve consumer and user protection, aimed at incorporating into our legal system Directive 2005/29/CE of the European Parliament and the Council of 11 May 2005 on unfair commercial practices by businesses in their relations with consumers in the internal market.

The Law 29/2009 reforms four legal texts, the Law on Unfair Competition, the General Law on Advertising, the General Law for the Defense of Consumers and Users and the Law on the Regulation of Retail Trade.

In this study we will only deal with the reform of the Unfair Competition Act, which introduces aggressive practices as an act of unfair competition in its article 8. The provision provides that behaviours that uses harassment, coercion -including the use of the force- and undue influence are unfair competition practices if they significantly impair or are likely to significantly impair the addresses' freedom of choice or conduct and therefore affect their economic behaviour.

Furthermore, Annex I to Directive 2005/29/EC provides for a "blacklist" of practices which are considered to be aggressive *per se*, that is to say, aggressive in themselves. This catalogue is incorporated into Law 3/1991 on Unfair Competition through the new articles 28 to 31 as unfair commercial practices with consumers.

Keywords: competition law, unfair competition, aggressive practices, harassment, coercion, undue influence, freedom of choice, economic behaviour.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	6
2. LA COMPETENCIA DESLEAL.....	7
3. RÉGIMEN JURÍDICO	11
3.1. La Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD).....	11
3.2. 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.	13
4. LAS PRÁCTICAS AGRESIVAS	18
4.1. El artículo 8 de la Ley de Competencia Desleal.....	18
4.1.1. Ámbito de aplicación.	21
4.1.1.1. Consumidores.....	22
4.1.1.2. Profesionales.	23
4.1.2. Comportamiento reprochable	24
4.1.2.1. Acoso.....	25
4.1.2.2. Coacción.....	27
4.1.2.3. Influencia indebida.....	28
4.1.3. Disminución de la libertad del consumidor	29
4.2. Prácticas comerciales agresivas con los consumidores (Cap. III LCD) ...	31
4.2.1. Prácticas agresivas por coacción (art. 28 LCD).....	33
4.2.2. Prácticas agresivas por acoso (art. 29 LCD).....	35
4.2.2.1. Visitas en persona al domicilio del consumidor o usuario.....	35
4.2.2.2. Propuestas no deseadas y reiteradas por medios a distancia.....	37
4.2.2.2.1. Especial referencia al acoso telefónico.....	39
4.2.3. Prácticas agresivas en relación con los menores (art. 30 LCD).....	40
4.2.4. Otras prácticas agresivas (art. 31 LCD).....	43
5. CONCLUSIONES	49
6. BIBLIOGRAFIA Y DOCUMENTACIÓN CONSULTADA.	53

LISTADO DE ABREVIATURAS EMPLEADAS

LCD	Ley de Competencia Desleal
TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios
Art	Artículo
CE	Constitución Española
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
CEE	Comunidad Económica Europea
LGPu	Ley General de Publicidad
CP	Código Penal
LGTel	Ley General de Telecomunicaciones
RAE	Real Academia Española
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de la protección que ofrece el ordenamiento jurídico español frente a los actos de competencia desleal y de un análisis específico de las prácticas agresivas.

La Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, que reformó la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

Se destaca que de la Directiva nace *ex novo* una regulación expresa sobre las prácticas agresivas y por tanto, la necesidad de reconocer en nuestro derecho interno la deslealtad de este tipo de prácticas.

La Directiva únicamente regula la deslealtad de las prácticas comerciales en las relaciones de los empresarios o profesionales con los consumidores, sin embargo, el legislador español en el cumplimiento de su obligación de transponer la norma comunitaria extiende esta práctica al ámbito de las relaciones entre empresarios y profesionales.

Por consiguiente, en la nueva redacción del art. 8 de la LCD se regulan las prácticas agresivas como acto de competencia desleal frente a todos los sujetos que operan en el mercado como se establece previamente en el art. 3.1 LCD como ámbito subjetivo de la ley. No obstante, en el Capítulo III del mismo, se regulan las prácticas comerciales con los consumidores o usuarios, es decir, únicamente en las relaciones de los empresarios con los consumidores. Además, se consideran prácticas agresivas *per se*, en sí mismas como agresivas, sin necesidad de cumplir con los requisitos del art. 8 LCD.

Con la Ley 29/2009 se reformó también el TRLGDCU, en especial referencia el art. 49.1 que considera como infracción el uso de prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios. Por lo tanto, las prácticas agresivas cuando se llevan a cabo por parte de los empresarios o profesionales con los consumidores están sometidas a un doble sistema de represión, uno privado mediante procedimiento ordinario ante los Juzgados de lo Mercantil y otro público mediante procedimiento administrativo sancionador ante las autoridades competentes. Si bien, la LCD únicamente regula acciones que pueden ejercitarse mediante un sistema jurídico-privado.

Como resultado, el presente trabajo comienza con una introducción sobre el significado de la competencia desleal y su regulación, la evolución normativa tras la Ley 29/2009 y finaliza con un amplio capítulo dedicado al análisis de las prácticas agresivas, los requisitos que se exigen en el art. 8 así como, de las prácticas agresivas *per se* reguladas en el Capítulo III de los arts. 28 a 31.

2. LA COMPETENCIA DESLEAL

La competencia desleal surge como consecuencia del reconocimiento de la “*libertad de competencia*”, derivada necesariamente del principio de libertad de empresa, y significa que los empresarios pueden concurrir y competir con otros empresarios que se dedican a la misma actividad empresarial pudiendo incluso sustraerse clientela entre ellos. Este derecho se encuentra regulado en el art. 38 de la CE: “*Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación*”.

Sin embargo, pueden surgir situaciones en las que los empresarios, pese a ejercer su derecho de libertad de empresa, no están respetando un mínimo de conducta de acuerdo con el principio de buena fe. Y es que la libertad de competencia no es una situación idílica de competencia perfecta o pura, sino que es precisamente una competencia imperfecta o practicable en la que hay limitaciones¹.

Es decir, se puede menoscabar a otros empresarios, siempre que se realice dentro de los parámetros de la ley y sin perjudicar al mercado, puesto que cuando los actos de competencia no respetan esos límites se produce la llamada competencia desleal. Como consecuencia surge la necesidad de tipificar cuando un acto es desleal y las medidas para reprimirlo.

Esta materia se regula en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, la cual se ha visto modificada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre que modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, con las exigencias del legislador comunitario de la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo, relativa a las prácticas comerciales desleales de

¹ BROSETA PONT, M & MARTÍNEZ SANZ, F; Manual de Derecho Mercantil, 2021, Ed. Tecnos, pág. 168

las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior y la Directiva 2006/114/CE, sobre publicidad engañosa y publicidad corporativa.

El artículo 4 de la Ley de Competencia Desleal previa a la reforma que mencionaba, la definía así: “*Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe*”. Mas adelante, la Ley 29/2009 añade que, en las relaciones entre empresario y consumidor, se entiende contrario a la buena fe el comportamiento del empresario o profesional que, por una parte, resulte contrario a la diligencia profesional que le es exigible en sus relaciones con los consumidores y, por otra, distorsione o sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo al que se dirige la práctica².

Cabe recalcar que se entiende como distorsión el hecho de que la práctica comercial pueda mermar de manera apreciable la capacidad del consumidor de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, haciendo que tome una decisión sobre su comportamiento económico que de otro modo no hubiera tomado³.

En conclusión, con la Ley 29/2009 se introduce un nuevo marco de actuación según se trate de comportamientos en relaciones entre empresarios (entendiéndose también los profesionales) o entre alguno de éstos y los consumidores o usuarios.

Se trata, por tanto, de una cláusula general en la que se prohíben las distintas variedades de actos desleales que puedan surgir en el tráfico económico. Por ende, resulta intrascendente la intencionalidad de quien ejerce la deslealtad, es decir, no se requiere la intención de dañar a otro, ni conciencia de actuar de mala fe, ni de ser desleal con su conducta para que tal acto sea calificado como desleal, basta con que exista una conducta que objetivamente resulte contraria a la diligencia profesional que le es exigible y que distorsione el comportamiento del consumidor medio. El elemento intencional solo se requiere para la indemnización de daños y perjuicios.

A continuación de esta cláusula general se recogen una serie de actos concretos que tipifica determinadas conductas como desleales y además se preocupa por evitar que prácticas concurrenciales incómodas para los competidores puedan ser calificadas,

² MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á. (dirs.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. I, 20ª edición, Civitas, Navarra, 2022, pág. 1.150.

³ Vid. BROSETA PONT, M / MARTÍNEZ SANZ, F: *Manual de derecho mercantil*, op.cit. pág. 204.

simplemente por ello, de desleales, por lo que la ley ha tratado de hacer tipificaciones muy restrictivas que, en algunas ocasiones, más que dirigirse a incriminar una determinada práctica, tienden a liberalizarla o por lo menos a zanjar posibles dudas acerca de su deslealtad⁴.

Tras la ley 29/2009 se regula de forma separada los actos de competencia desleal. Por un lado, los actos que tutelan el interés tanto de los empresarios como, en determinados casos, de los consumidores (arts. 5-18 LCD) y por otro, las prácticas comerciales con los consumidores y usuarios que tutelan únicamente el interés de los consumidores (arts. 19 a 31 LCD).

- Actos de competencia desleal:

1. Los actos de engaño (art. 5).
2. Los actos de confusión (art. 6).
3. Las omisiones engañosas (art. 7).
4. Las prácticas agresivas (art. 8).
5. Los actos de denigración (art. 9).
6. Los actos de comparación (art. 10).
7. Los actos de imitación (art. 11).
8. La explotación de la reputación ajena (art. 12).
9. La violencia de secretos industriales (art. 13).
10. La inducción a la ruptura contractual (art. 14).
11. La violación de normas (art. 15).
12. Los actos de discriminación de los consumidores (art. 16).
13. La venta a pérdida (art. 17).
14. Actos de publicidad ilícita (art. 18).

- Prácticas comerciales con consumidores y usuarios:

1. Las prácticas engañosas.
 - 1.1. Por confusión (art. 20).
 - 1.2. Sobre códigos de conducta u otros distintivos de calidad (art. 21).
 - 1.3. Las prácticas señuelo y las prácticas promocionales engañosas (art. 22).

⁴ *Ley de Competencia Desleal*. Boletín oficial del Estado, 11 de enero de 1991, núm. 10. Preámbulo III, 2, párr. 5.

- 1.4. Sobre la naturaleza y las propiedades de los bienes y servicios, su disponibilidad y los servicios posventa (art. 23).
 - 1.5. Las prácticas de venta piramidal (art. 24).
 - 1.6. Las prácticas engañosas por confusión (art. 25).
 - 1.7. Las prácticas comerciales encubiertas (art. 26).
 - 1.8. Otras prácticas engañosas (art. 27).
2. Las practicas agresivas.
 - 2.1. Por coacción (art. 28).
 - 2.2. Por acoso (art. 29).
 - 2.3. En relación con los menores (art. 30).
 - 2.4. Otras prácticas agresivas (art. 31).

Respecto de los actos concretos mencionados, o de algún otro que se pueda integrar en la cláusula general del artículo 4, se consideran ilícitos de carácter civil. Incluso algunos actos de competencia desleal pueden ser constitutivos de infracciones administrativas (y ser sancionados con multas) e, incluso, de delito.

Nos vamos a centrar en las acciones civiles que puede ejercitar el perjudicado que vienen enumeradas en el art. 32 LCD, para cuyo conocimiento serán competentes los jueces de lo Mercantil (art. 86 ter LOPJ, introducido por LO 8/2003).

1. Acción declarativa. El juez debe determinar que se trata de un acto de competencia desleal y, por tanto, ilícito. Por ello se considera que la presente acción se acumula a alguna de las siguientes.
2. Acción de cesación. Se solicita que se cese el acto de competencia desleal y la prohibición de reiteración futura.
3. Acción de remoción de los efectos. Proclive a eliminar los efectos nocivos producidos por la competencia desleal (p.ej.: destrucción de etiquetas, folletos, publicidad, etc.)
4. Acción de rectificación. Se rectifican informaciones incorrectas, engañosas o falsas.
5. Acción de indemnización de daños y perjuicios. Como ya mencionamos, cuando en la realización del acto proceda dolo o culpa del agente que comete el acto se puede solicitar el resarcimiento de daños y perjuicios.

6. Acción de enriquecimiento injusto. Solo procede cuando concurra un derecho de exclusiva (p.ej.: marca) u otro de análogo contenido económico.

3. RÉGIMEN JURÍDICO

Para un mejor estudio de la materia vamos a tomar en consideración tres normas que se ubican en tres etapas diferentes de la evolución de la competencia desleal hasta llegar al reconocimiento de las prácticas agresivas como un comportamiento desleal.

3.1. La Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD)

En primer lugar, en 1991 se promulga la Ley de la Competencia Desleal, fijando su objeto ya desde el primer artículo: *“Esta ley tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita en los términos de la Ley General de Publicidad”*.

Con anterioridad a esta ley, la legislación española carecía de una definición de acto desleal y de un sistema de medios eficaces para su represión. Solo la doctrina se había preocupado por el Derecho de la competencia desleal, pues ni siquiera el legislador o la jurisprudencia habían manifestado interés alguno por una disciplina que se mostraba como una pieza clave del Derecho mercantil ⁵.

Con la Ley de Propiedad Industrial del 16 de mayo de 1902 se intentó poner fin al vacío legal de la competencia desleal. En su artículo 131 se establecía que *“Se entiende por competencia ilícita toda tentativa de aprovecharse indebidamente de las ventajas de una reputación industrial o comercial adquirida por el esfuerzo de otro que tenga su propiedad al amparo de la presente ley”*. Ello supuso un primer acercamiento para combatir las conductas contrarias a la buena fe dentro de la competencia, sin embargo, resultó insuficiente.

Asimismo, tras la incorporación de España en la CEE se exigía en nuestra legislación homogeneizar la competencia desleal con las legislaciones de los restantes Estados miembros. Y también, se intentaba obedecer a los valores del sistema económico en los que se basaba la Constitución Española, como el principio de libertad de empresa y el principio de libertad de competencia, con el objetivo de impedir que se crease un

⁵ AGUILAR OLIVARES, Y: *“Las prácticas agresivas desleales en el Mercado y la tutela del consumidor”*, ed. Aranzadi, pág. 28, Madrid, 2020.

conflicto a la hora de ejercer la libertad de competencia por parte de los empresarios y que éste pudiera alterar el correcto funcionamiento del mercado.

La Ley de Competencia Desleal de 1991 fue, en sus inicios, un intento de tipificar en un marco normativo la protección de todos los intereses que se pudieran ver afectados por la competencia desleal, no solo entre empresarios, sino también a los consumidores que se pudieran ver afectados por muchas de las actuaciones por parte de aquellos, como pueden ser actos de confusión, denigración o de imitación. Por lo que dotaba de legitimación activa a los consumidores para iniciar acciones legales tendentes a su represión.

La Ley 34/1988, de 11 de noviembre, *General de Publicidad*, también contemplaba supuestos de competencia desleal realizados a través de los medios publicitarios. Y el hecho de que la LCD de 1991 no derogase los artículos de la LGPu dedicados a la publicidad desleal surgía la duda de si se encontraban en vigor o si tácitamente habían sido derogados por la LCD.

Esta cuestión del concurso de normas que no admitía fácil respuesta y que, ciertamente, revestía importancia, al existir notables diferencias entre una y otra regulación, en efecto, no será hasta la entrada en vigor de la Ley 29/2009 que se introduzcan mecanismos de coordinación entre ambas normas. En el actual panorama legal se han unificado las acciones y remedios contra las prácticas comerciales que perjudican los intereses económicos de los consumidores, si bien se mantiene la regulación específica de la publicidad ilícita en la LGPu.

La Ley 3/1991 de Competencia Desleal, contenía una cláusula general en su artículo 5: “*Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe*”. Y, a continuación, en los siguientes artículos, tipificaba los diferentes actos considerados desleales como los de confusión, engaño, la entrega de obsequios, primas y supuestos análogos, actos de denigración, comparación, imitación, la explotación de la reputación ajena, la violación de los secretos, la inducción a la infracción contractual, la violación de normas, la discriminación y la venta a pérdida.

Sin embargo, en esta etapa legislativa todavía no se regulan las prácticas agresivas.

3.2. 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.

La Directiva se considera el elemento esencial del nacimiento de las prácticas agresivas, así como un paso más hacia la homogeneización de la competencia desleal en un único marco normativo tanto a nivel estatal como comunitario.

Era latente en 2005 la necesidad de adoptar un instrumento comunitario que homologase las legislaciones de competencia desleal en los Estados miembros. Ya que, tras un proceso de consultas realizado por la Comisión, se llegó a la conclusión de que los ciudadanos europeos eran reticentes a la hora de realizar compras transfronterizas y la principal causa de ello era la divergencia de leyes entre los Estados en materia de competencia desleal que causaba inseguridad en las transacciones comerciales internacionales⁶. Así se extrae también del considerando (3) de la referida Directiva *“Las Leyes de los Estados miembros relativas a las prácticas comerciales desleales muestran marcadas diferencias que pueden generar distorsiones apreciables de la competencia y obstaculizar el buen funcionamiento del mercado interior”*.

La Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, fue la primera Directiva comunitaria contra las prácticas desleales que supuso un primer intento de unificación legislativa, la cual tenía como objetivo la protección de los intereses de los consumidores sin olvidar la del resto de los usuarios que concurrían en el mercado.

Ello se refleja en el considerando sexto de la misma, *“Considerando que 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”*.

⁶ GONZÁLEZ PONS, E: *“Prácticas agresivas y tutela del consumidor”*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019. Pág.: 43.

En ella se establecían criterios mínimos para la armonización de la legislación sobre la publicidad engañosa, pero ello no impedía que los Estados miembros mantuvieran o adoptasen medidas que ofrecieran una mayor protección. En consecuencia, las disposiciones de los Estados miembros diferían de forma significativa, por lo que no se trató de llegar a la conciliación que se esperaba.

Sin embargo, la Directiva 2005/29/CE marca un rumbo diferente, únicamente se va a aplicar a los consumidores y no se protege la defensa de todos los sujetos como se venía haciendo. Ello se dispone en su artículo tercero, párrafo primero, *“La presente Directiva **será aplicable** a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los **consumidores** según establece el artículo 5, antes, durante y después de una transacción comercial en relación con un producto”*.

Sólo se extiende a las prácticas comerciales realizadas por las empresas que perjudiquen o puedan perjudicar de forma directa los intereses de los consumidores, y no como se venía haciendo, en las que también se incluían los intereses económicos de las empresas. Precisamente, los intereses que se pretenden proteger son la libertad o autonomía y racionalidad de las decisiones respecto de las transacciones económicas que realizan los consumidores, entendidas como las decisiones sobre la contratación de un determinado bien o servicio y los términos de esa contratación o el ejercicio de un derecho.

El núcleo central de la reforma, desde la perspectiva de tutela de los consumidores, estriba en favorecer que la decisión de contratación del consumidor sea libre e informada. Para lo que se prohíben tanto las prácticas comerciales agresivas que amenazan la libertad de decisión, como las engañosas que impiden que la decisión sea adoptada con conocimiento de causa⁷.

Ello también se extrae del artículo 1 de la Directiva: *“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,, J reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las prácticas comerciales desleales que perjudican a los intereses económicos de los consumidores”*.

⁷ RUIZ PERIS, J., *“La reforma de la Ley de Competencia Desleal. Estudios sobre la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para mejora de la protección de los consumidores y usuarios”* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 16. b

De forma indirecta, el artículo no incluye las prácticas comerciales desleales que perjudican solamente a los intereses económicos de los competidores o entre comerciantes, por lo que los Estados miembros tienen plena libertad para tipificar este tipo de prácticas desleales. En consecuencia, supone un problema de delimitación de los comportamientos desleales que afectan a los consumidores o de aquellos que afectan a los empresarios, y por tanto en qué casos nos debemos remitir a la Directiva.

La Directiva define al consumidor en su artículo segundo párrafo a) como, “*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;*”. Sin embargo, surge aquí la problemática de aquellas situaciones en las que el pequeño empresario puede encontrarse en la situación de vulnerabilidad en la que se encontraría el consumidor que tutela la Directiva. No muy lejos de la realidad, el pequeño empresario es víctima de la deslealtad que cometen las grandes empresas, situaciones que se pueden encajar en el artículo 8 de la vigente Ley de Competencia Desleal como una práctica desleal agresiva.

Emerge así una incongruencia, los consumidores tienen derecho a ser protegidos frente a la posible deslealtad que puedan recibir de las empresas en sus relaciones comerciales, por su condición de parte débil de la relación jurídica. No obstante, el pequeño empresario en muchos casos también se presenta como parte débil en una relación jurídica, como por ejemplo, cuando se sienten forzados a aceptar determinadas condiciones o cláusulas que por propia voluntad no hubiesen aceptado.

Analizaremos más adelante cómo se ha querido abordar esta problemática desde la legislación española.

Por otro lado, desde un punto objetivo, la Directiva se aplica a todas las prácticas comerciales, y ello engloba todos los actos, omisiones, conductas, manifestaciones y comunicaciones comerciales, así como la publicidad y la comercialización, directamente relacionados con la promoción, venta o suministro de bienes o servicios, incluidos los de bienes inmuebles y los derechos y obligaciones, artículos 2.c) y d) de la Directiva.

Incorpora a su vez, una cláusula general de deslealtad sobre la que se debe basar el sistema de represión de las prácticas engañosas y agresivas contemplado en el artículo 5, “*...Una práctica comercial será desleal si:*

a) *Es contraria a los requisitos de la diligencia profesional,*

Y

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

Esta cláusula general prohibitiva se desglosa en los siguientes artículos en dos grupos de prácticas comerciales desleales, por un lado. las practicas engañosas (arts. 6 y 7) y por otro las practicas agresivas (arts. 8 y 9), en las cuales vamos a profundizar.

Artículo 8. Prácticas comerciales agresivas.

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.

Artículo 9. Utilización de acoso, coacción e influencia indebida.

Para determinar si una práctica comercial hace uso del acoso, la coacción, con inclusión del uso de la fuerza, 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 comerciante de cualquier infortunio o circunstancia específicos lo suficientemente graves como para mermar la capacidad de discernimiento del consumidor, de los que el comerciante tenga conocimiento, para influir en la decisión del consumidor con respecto al producto;*
- d) *cualesquiera obstáculos no contractuales onerosos o desproporcionados impuestos por el comerciante cuando un consumidor desee ejercitar derechos previstos en el contrato, incluidos el derecho de poner fin al contrato o el de cambiar de producto o de comerciante;*
- e) *la amenaza de ejercer cualquier acción que, legalmente, no pueda ejercerse.*

En el anexo I de esta Directiva se contemplan también aquellas conductas calificadas *per se* como agresivas:

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

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 (1) y 2002/58/CE.*

27) *Exigir al consumidor que desee reclamar una indemnización al amparo de una póliza de seguro que presente documentos que no puedan razonablemente considerarse pertinentes para determinar la validez de la reclamación o dejar sistemáticamente sin responder la correspondencia al respecto, con el fin de disuadirlo de ejercer sus derechos contractuales.*

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.*

29) *Exigir el pago inmediato o aplazado, la devolución o la custodia de productos suministrados por el comerciante, pero que no hayan sido solicitados por el consumidor (suministro no solicitado), salvo cuando el producto en cuestión sea un producto de sustitución suministrado de conformidad con lo establecido en el artículo 7, apartado 3, de la Directiva 97/7/CE.*

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

Se introduce así, *ex novo*, las prácticas agresivas como uno de los comportamientos reprobables para reprimir la competencia desleal en esta Directiva.

4. LAS PRÁCTICAS AGRESIVAS

4.1. El artículo 8 de la Ley de Competencia Desleal

Como se adelantó, la Directiva pretendía la armonización de la competencia desleal de todos los ordenamientos comunitarios, en consecuencia, alteró el marco legislativo interno de todos los Estados.

En España, ante la obligación de transponer la Directiva en nuestro ordenamiento se consideró la opción de incorporarla en la Ley General de Consumidores y Usuarios, pero ésta solo preveía mecanismos de protección mediante la vía administrativa y no mediante la vía civil como se pretendía.

Por ello, se decidió realizar una nueva redacción de la Ley de Competencia Desleal, 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.

En su artículo 1 se define la finalidad de la misma: *“Esta ley tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita en los términos de la Ley General de Publicidad”*.

Se mantiene la cláusula general original de la Ley de 1991 para delimitar los actos desleales, art. 4, *“Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”*. Por tanto, la deslealtad debe medirse con criterios objetivos, no subjetivos, basta con que objetivamente sea desleal para emprender

acciones. Sin embargo, se tendrá en cuenta la intencionalidad (dolo o culpa) para la indemnización de daños y perjuicios.

Se introduce en esta nueva Ley de 2009 supuestos concretos en relación con los consumidores, *“En las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores”*.

Se definen las prácticas agresivas en el artículo 8 de la LCD: *“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”.

Se extrae de este precepto dos presupuestos que deben concurrir para que un acto sea considerado como una práctica agresiva:

- En primer lugar, el medio empleado para la comisión del acto o perjuicio debe ser calificado como acoso, coacción e influencia indebida.
- En segundo lugar, se tiene en cuenta si dicho comportamiento ha afectado o puede afectar al comportamiento económico del destinatario o afectado.

Este párrafo ha sido transpuesto casi literalmente del artículo 8 de la Directiva: *“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”.

Continúa el artículo en su segundo párrafo con una enumeración de condiciones concretas que se tendrán en cuenta detalladamente para calificar el acto como acoso, coacción e influencia indebida:

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”.

La tipificación de las prácticas agresivas como acto de competencia desleal, tras la modificación introducida por la Ley 29/2009, 30 de diciembre, constituye uno de los aspectos más novedosos, al menos desde un punto de vista formal, toda vez que no puede desconocerse que los tribunales españoles ya habían enjuiciado supuestos de actos de agresión mediante la aplicación de la cláusula general de competencia desleal⁸

Con la reforma de la Ley de Competencia Desleal y la regulación *ex novo* de las prácticas agresivas en ella, se introduce otra novedad y es que en cuanto sean prácticas comerciales desleales se incluyen entre las infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios en la TRLGDCU. En consecuencia, las prácticas agresivas

⁸ Vid. RUIZ PERIS, J., “La Reforma de la Ley de Competencia Desleal” *Op. cit.* Pág. 147.

llevadas a cabo por los empresarios en las relaciones con los consumidores están sometidas a un doble sistema de represión.

Por un lado, uno jurídico-privado que se promueve por medio de la acción de competencia desleal para los cuales son competentes los Juzgados de lo Mercantil mediante procedimiento ordinario y con el establecimiento de sanciones civiles como cesación, remoción, indemnización de daños y perjuicios, etc. Y otro jurídico-público, iniciado de oficio o por denuncia mediante un procedimiento administrativo sancionador ante las autoridades competentes en materia de consumo, cuyas resoluciones están sujetas al control de los tribunales del orden contencioso-administrativo y conducente en su caso a la adopción de sanciones administrativas como multas, cierre temporal del establecimiento o publicidad de las sanciones.

El 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 establece en su artículo 46.1 que: *“Las infracciones en materia de consumo serán objeto de las sanciones administrativas correspondientes, previa instrucción del oportuno expediente, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que pudiesen corresponder”*.

Del mismo modo, el artículo 52 bis.1 de la misma, 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”*.

4.1.1. Ámbito de aplicación.

En el capítulo relativo a la Directiva 2005/29/CE se puso de manifiesto que el objetivo de la misma era proteger los intereses económicos de los consumidores de las prácticas comerciales en las relaciones con las empresas o profesionales.

Sin embargo, el legislador español en la reforma de la LCD optó por ampliarlo a *“todos los que participen en el mercado”*, comprendiendo a los empresarios específicamente en el artículo 3, *“1. La Ley será de aplicación a los empresarios, profesionales y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado”*. En el preámbulo de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre el legislador ya

estableció su interés por *“Un régimen jurídico unitario sobre la deslealtad de los actos de engaño y agresivos, siendo exigible igual nivel de corrección con independencia de que sus destinatarios sean consumidores o empresarios”*.

Las prácticas agresivas reguladas en el artículo 8 se encuentran dentro del Capítulo II dedicado a los actos de competencia desleal, por lo que cualquier persona física o jurídica que considere que se está menoscabando su interés económico puede calificar el acto como competencia desleal, no solo los consumidores o usuarios.

A diferencia de la redacción original de la Directiva respecto de las prácticas agresivas, el artículo 8 que estamos analizando, sufrió cambios sustituyendo las siguientes palabras, “consumidor medio” por “destinatario” para poder abarcar la pluralidad de sujetos que se pretende con la reforma y “toda práctica comercial” por “comportamiento” ya que, el término práctica literalmente es más restringido que comportamiento, así se extrae de la definición que proporciona la RAE de práctica como el uso continuado, costumbre o estilo de algo, por lo que se podría exigir que la práctica fuese continuada para reputarla como desleal. Sin embargo, la RAE define comportamiento como una manera de comportarse, sin más limitaciones, por lo que no se exigiría una reiteración del comportamiento.

4.1.1.1. Consumidores

La nueva redacción de la LCD establece que cualquier acto en el que concurren el acoso, la coacción o la influencia indebida (art. 8) puede ser calificado como acto de competencia desleal con independencia de quienes sean sus destinatarios o sujetos pasivos⁹.

Pese a ello, el artículo 19 de la misma establece que únicamente se considerarán prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios las tipificadas en el Capítulo III, las cuales se extraen del Anexo I de la Directiva 2005/29/CE en la que se enumeran las conductas calificadas en todo caso como agresivas. Por lo que, las conductas tipificadas en el artículo 28 y ss. del Capítulo III solo se considerarán prácticas agresivas siempre que tengan lugar entre empresarios y consumidores. Si se llevan a cabo en el

⁹ 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. 189.

marco de las relaciones entre empresarios o profesionales, no podrán ser calificadas como agresivas *per se*.

4.1.1.2. Profesionales.

La Directiva 2005/29/CE obligaba a trasponer, y por tanto tipificar, en el derecho interno de cada estado miembro las prácticas comerciales desleales con los consumidores. Sin embargo, no excluía la posibilidad de calificar las prácticas como actos de competencia desleal en general, para todos los destinatarios que participen en el mercado.

Es más, salvo el régimen jurídico de la publicidad engañosa y de la publicidad comparativa que fue objeto de armonización para las relaciones entre empresarios o profesionales a través de la Directiva 2006/114, no ha habido ninguna armonización a nivel comunitario respecto de este tipo de relaciones, por lo que no había ningún obstáculo para ampliar el ámbito de aplicación.

En el artículo 2 de la Directiva 2005/29/CE se encuentra desplegada una serie de definiciones entre las que no encontramos específicamente empresario, sino “comerciante” como *“Cualquier persona física o jurídica que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito relacionado con su actividad económica, negocio, oficio o profesión, así como cualquiera que actúe en nombre del comerciante o por cuenta de éste”*.

Esta definición es compatible con el concepto de empresario o profesional al que hace referencia el artículo 3 de la LCD, a los cuales hace referencia como destinatarios de la misma. Sin embargo, la diferencia entre ambas normas como ya hemos analizado radica en que para la Directiva el empresario se presenta en la relación como el sujeto activo que realiza la práctica comercial desleal y para la Ley de Competencia Desleal puede ser tanto sujeto activo como pasivo de la relación comercial y ver su capacidad económica afectada.

Cuando hablamos de profesionales o personas jurídicas nos podemos encontrar con aquellos que actúan en su condición de consumidor pero que su naturaleza sea empresarial, o con los que actúan como persona jurídica con actividad mercantil.

Se engloba dentro de la noción de empresario tanto a los comerciantes en sentido estricto del Derecho español (empresarios mercantiles), como cualquier otra clase de empresario (agricultores, ganaderos o artesanos), así como los profesionales liberales e

incluso la Administración Pública, en cuanto ésta participa como empresario realizando una actividad económica¹⁰.

Un supuesto de práctica agresiva no dirigida a los consumidores podría ser la venta multinivel. Un sistema en el que los intermediarios no sean consumidores, sino agentes o autónomos, normalmente pequeños empresarios. Con independencia de la calificación como engaño de estas conductas, en cierta manera la atracción de obtener ganancias excesivas para solventar una situación de vulnerabilidad económica podría entenderse bajo determinadas circunstancias un acto de presión¹¹.

4.1.2. Comportamiento reprobable

A tenor del artículo 8 LCD para que un comportamiento sea calificado como una práctica desleal agresiva deben concurrir dos requisitos: el primero de ellos, en el cual nos centraremos por el momento, es que pueda ser calificado como acoso, coacción o influencia indebida.

Podemos observar que se utiliza la palabra “comportamiento” elegida para sustituir la denominación de “práctica comercial” de la redacción original de la Directiva 2005/29/CE, de la que se extrae la definición de comportamiento, ya que la Ley de Competencia Desleal no la define, y en su art. 2.d) hace referencia a la definición de práctica comercial y por ende debemos entender comportamiento como *“todo acto, omisión, conducta o manifestación o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores”*.

A su vez, para que dicho comportamiento pueda ser calificado como una práctica agresiva es preciso que sea reprobable, de lo contrario, no podrá tener esta naturaleza. Así se establece en el primer párrafo del artículo 8 donde se encuentran los medios necesarios

¹⁰ MASSAGUER, J., MARCOS, F., SUÑOL., A., *“La transposición al Derecho español de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales. Informe del grupo de trabajo constituido en el seno de la Asociación española de Defensa de la Competencia”*. Boletín del Ministerio de Justicia, ISSN-e 0211-4267, Año 60, Nº 2013, 2006, pág. 24. 1925-1963.

¹¹ Vid. RUIZ PERIS, J., *“La Reforma de la Ley de Competencia Desleal” Op. cit.* Pág. 154.

para ello, “*mediante acoso, coacción, incluido el uso de la fuerza o la influencia indebida*”.

Del mismo modo, el artículo 2 LCD establece una serie de requisitos para que un comportamiento tenga la consideración de acto de competencia desleal. Se requiere que se realice en el mercado y con fines concurrenciales, y ello se presume cuando el comportamiento sea objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero. Además, resulta irrelevante si el acto se ha realizado antes, durante o después de una operación comercial o contrato e independientemente de que éste llegue a celebrarse o no.

También se deben tener en cuenta los factores del segundo párrafo del mismo artículo 8, como el momento y lugar en que se produce, su naturaleza o persistencia; el empleo de un lenguaje o comportamiento amenazador o insultante; los obstáculos no contractuales que el empresario o profesionales pueda imponer para el ejercicio de los derechos legales o contractuales, etc.

A continuación vamos a analizar los comportamientos tipificados.

4.1.2.1. Acoso.

La Directiva 2005/29/CE no ofrece definición alguna a la que remitirnos para entender que actos se pueden considerar como acoso o coacción, ni tampoco la Ley de Competencia Desleal, es por ello que en la práctica estos actos suelen llevar a confusión y conceptualmente resulta complejo delimitar correctamente cada uno.

En ausencia de definición, podemos seguir a MASSAGUER FUENTES que define el acoso como el comportamiento que consiste en perseguir, importunar, incomodar o apremiar al destinatario como medio para obtener su atención o su decisión respecto de una oferta o de una conducta contractual (contratación, ejercicio de un derecho, exigencia de saneamiento de un incumplimiento, restitución de un producto, etc.), sin que sea condición o característica propia del acoso el contacto personal entre oferente y destinatario¹².

Una de las circunstancias que se deben tener en cuenta para calificar una práctica como agresiva es el momento o lugar en que se produce, su naturaleza o persistencia, ya

¹² MASSAGUER FUENTES, J.: “*Las practicas agresivas como acto de competencia desleal*”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 27, 2010, pág. 27.

que pueden resultar relevantes para determinar una relación directa entre el empresario y el consumidor. Por ejemplo, si la práctica se realiza en un ámbito privado para el consumidor como su casa o lugar de trabajo la calificación de acoso puede verse incrementada, debido a que son lugares en los que el consumidor normalmente se siente seguro al ser considerados de su esfera privada y no espera estar expuesto al acoso.

Sin embargo, estas situaciones determinantes pueden carecer de relevancia cuando el empresario se vale de la vulnerabilidad o debilidad en la que se encuentra el destinatario. La explotación de aquella situación de debilidad para exponer al destinatario de la conducta a un contacto directo y personal con el empresario, puede ser suficiente para calificar la práctica como agresiva aun cuando no concurren circunstancias excepcionales relativas al lugar o momento en el que se desarrolla la correspondiente conducta o la persistencia de ésta¹³.

De hecho, la LCD en su art. 4.3 hace especial referencia al consumidor o grupo de consumidores que se caracteriza por su situación de debilidad, *“Las prácticas comerciales que, dirigidas a los consumidores o usuarios en general, únicamente sean susceptibles de distorsionar de forma significativa, en un sentido que el empresario o profesional pueda prever razonablemente, el comportamiento económico de un grupo claramente identificable de consumidores o usuarios especialmente vulnerables a tales prácticas o al bien o servicio al que se refieran, por presentar una discapacidad, por tener afectada su capacidad de comprensión o por su edad o su credulidad, se evaluarán desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo. Ello se entenderá, sin perjuicio de la práctica publicitaria habitual y legítima de efectuar afirmaciones exageradas o respecto de las que no se pretenda una interpretación literal”*.

Dentro de la legislación española encontramos el acoso tipificado en el Código Penal en su artículo 172 ter como *“(…) acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado (...)”* y a continuación despliega una serie de conductas constitutivas de delito. Así como, en el artículo 184 CP relativo al acoso sexual, del cual voy a destacar las expresiones “continuada o habitual” y “hostil o humillantes” que emplea el legislador y que muy lejos de ser este artículo similar a la cuestión que estamos analizando, son actuaciones que bien el agresor y el empresario

¹³ Vid. TATO PLAZA, A., “La reforma de la Ley de Competencia Desleal”, *Op.cit.* Página 194.

ponen en práctica para forzar al destinatario a adoptar involuntariamente una decisión o actuación que de otro modo, no hubiese llevado a cabo.

Podemos hacer referencia también al acoso mediante el “marketing directo” entendido como aquel que se lleva a cabo mediante el correo postal, el telemarketing o los más utilizados actualmente, el email o el teléfono, regulados como prácticas agresivas *per se* cuando cumplan con los requisitos que se establecen en los preceptos correspondientes. Este tipo de prácticas se llevan a cabo por medios de comunicación a distancia, las cuales hacen creer al consumidor que no está sometido a un mínimo contacto por parte del empresario y les dificulta la tarea de percatarse que pueden estar sometidos a un acoso susceptible de influir en la libertad de elección.

En conclusión, el acoso tiene una horquilla muy amplia que puede ir desde una simple molestia e inquietud hasta una actuación constitutiva de delito por parte del empresario.

4.1.2.2. Coacción

La RAE define la coacción como *“La fuerza o violencia física o psíquica que se ejerce sobre una persona para obligarla a decir o hacer algo en contra de su voluntad”*. Nos remitimos a esta definición ya que, al igual que con el acoso ni la Directiva 2005/29/CE ni la Ley de Competencia Desleal ofrece definición alguna.

Si analizamos el artículo 8.1 podemos observar que incluye el uso de la fuerza al tipificar la coacción como un comportamiento desleal. Por lo que nos encontramos con dos tipos de coacción en las prácticas agresivas, por un lado, la que implica el uso de la fuerza (física) y por otro, la coacción en sentido estricto (verbalmente).

Al tratarse también de una conducta antisocial como el acoso, nos remitimos nuevamente al Código Penal, que diferencia entre el tipo penal de amenazas o de coacciones. En el artículo 169 CP se definen las amenazas como la acción de causar algún mal a otro, a su familia o a cualquier persona con la que tenga vínculo. Y en el artículo 172 CP se define la coacción como el acto por el que se obliga a alguien a hacer lo que no quiere o impedirle hacer lo que quiere, siendo imprescindible el uso de la violencia para ello.

Se debe tener en cuenta también las circunstancias del art. 8.2 LCD, cuando hace referencia a *“b) El empleo de un lenguaje o un comportamiento amenazador o insultante”* y *“e) La comunicación de que se va a realizar cualquier acción que, legalmente, no puede*

ejercerse”. Por lo que el uso de la coacción, con o sin el uso de la fuerza, como medio para obligar al consumidor a realizar una compra constituye una práctica agresiva, ya que, lo que se pretende es obligar al destinatario de la práctica a realizar algo que no quiere.

También podemos amparar como coacción aquellas situaciones en las que, al contrario, no se pretende evitar una consecuencia negativa, sino que se ofrece una ventaja o beneficio que puede resultar engañosa e irreal o aun existiendo, indirectamente correrá a cargo del consumidor.

Este tipo de comportamiento en los que media la coacción también se regulan dentro del Capítulo III de la LCD como una de las prácticas agresivas *per se*, extraída del Anexo I de la Directiva 2005/29/CE.

4.1.2.3. Influencia indebida

Es la tercera conducta que se tipifica como agresiva y la única que se encuentra definida en el propio artículo 8.1: “*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*”.

También en la Directiva 2005/29/CE en su artículo 2.j), “*Influencia indebida: utilización de una posición de poder en relación con el consumidor para ejercer presión; incluso sin usar fuerza física ni amenazar con su uso, de una forma que limite de manera significativa la capacidad del consumidor de tomar una decisión con el debido conocimiento de causa;*”.

Se requiere una posición de poder respecto del consumidor, y el oferente que ejerce la posición de superioridad se debe aprovechar de ello para influenciar en la libertad del consumidor y, en consecuencia, en su comportamiento económico.

La naturaleza de la relación de poder puede ser: una relación jurídica (empleador-trabajador, derivada de un contrato de trabajo), una relación social (profesor-alumno) o una relación de hecho debida a la previa realización de una prestación (entrega de dádiva)¹⁴.

¹⁴ Vid. MASSAGUER FUENTES, J., “*Las practicas agresivas como acto de competencia desleal*”, *Op.cita.* pág.29.

Aunque no se requiere el uso de la fuerza o las amenazas para poder influir en la decisión del consumidor, en algunos casos se utiliza, y es por ello que resulta difícil en algunas ocasiones delimitar la coacción y la influencia indebida, sin embargo, la nota característica de la influencia indebida radica en la posición de poder que se encuentra el oferente respecto del consumidor.

No existe referencia alguna en la Ley de Competencia Desleal en la que se afirme que la posición de poder deba ser ocupada por el empresario únicamente, también se incluye a terceros. Así es el caso por ejemplo, en la que los anunciantes incitan directamente a los niños para que convencan a sus padres para que les adquieran un determinado producto o servicio. Es común en la práctica utilizar prescriptores indirectos que se encuentran en una relación de especial confianza o proximidad con el destinatario y no cabe duda de que este recurso que utilizan los empresarios para aprovechar la relación especial de proximidad o confianza que tienen los terceros con los destinatarios podrían ser calificados como supuestos de influencia indebida.

No obstante, no es suficiente con que exista una relación de poder o superioridad, sino que debe utilizarse tal relación para ejercer presión sobre la capacidad de libertad del consumidor

4.1.3. Disminución de la libertad del consumidor

Estas tres conductas que acabamos de analizar, acoso, coacción e influencia indebida son el primer requisito necesario para poder calificar un comportamiento como agresivo.

Sin embargo, como se extrae del artículo 8, dichos comportamientos deben *“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”*.

Para que los comportamientos que medien la coacción, el acoso o la influencia indebida se puedan calificar como una práctica agresiva y, por tanto, desleal debe mermar de manera significativa en la libertad de elección del consumidor medio, haciéndole tomar una decisión que afecte a su comportamiento económico que de otra forma no hubiera tomado.

El artículo 4 LCD establece lo que debemos entender por distorsionar de manera significativa, “(...) 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”.

Esta definición se extrae literalmente de la Directiva 2005/29/CE artículo 2.e) “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”.

Por tanto, basta que la merma significativa en la libertad de elección sea potencial, no se requiere que finalmente se haya tomado la decisión, sino que basta con que exista un riesgo real de que el consumidor pueda verse afectado para reputar el comportamiento como desleal y, en consecuencia, como una práctica agresiva.

Sin embargo, se deberá atender a las circunstancias específicas de cada caso por parte de los juzgadores para determinar si la conducta es desleal por agresiva.

Por ejemplo, en la SAP Madrid 8567/2020 de 20 de julio de 2020¹⁵ se expone un comportamiento que puede ser calificado como influencia indebida, pero sin embargo, no ha servido para influir en la libertad de elección del destinatario.

Así las cosas, la mercantil ANATRONIC SA ejercita contra TDK EUROPE GMBH acciones declarativas de deslealtad y la reclamación del pago de una indemnización de 142.148,90 euros por el perjuicio sufrido consistente en la reducción de su cifra de negocio y haberle provocado un decrecimiento de su actividad.

Detalladamente, TDK es un fabricante de componentes electrónicos y tenía una relación de distribución con ANATRONIC y ésta posteriormente comercializaba estos productos con otras empresas como NAGARES SA o CIRPROTEC SL. La demandante expone que en 2014 pierde al cliente NAGARES porque pasa a ser servido por venta directa por TDK y posteriormente en 2015 la misma empresa proporciona precios más bajos que la demandante a CIRPROTEC, mientras que TDK aumentaba los precios a

¹⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28. ID CENDOJ; 28079370282020100504.

ANATRONIC. En la demanda se alega la ilicitud del comportamiento de TDK mediante los artículos 4, 8, 14 y 16.2 LCD.

Nos centraremos en el artículo 8, la demandante alega que la entidad demandada ejerce una situación de poder para llevar a cabo una práctica agresiva, concretamente haber mantenido reuniones a espaldas de ANATRONIC con CIRPROTEC para entre otras cosas, informarle del precio de transferencia de los productos que posteriormente la demandante comercializaba con CIRPROTEC y así vendérselos a ellos directamente a un precio más bajo.

Sin embargo, el tribunal considera que *“(…) lo esencial de la conducta tipificada en esa norma legal es que se utilizasen determinados medios para mermar de manera significativa la libertad de elección o la conducta del destinatario de la práctica agresiva, y no vemos en el caso que nos ocupa haya razones para pensar que ello se produjese así”*. Ya que, además, toma en consideración el testimonio de una testigo que expone que la oferta a la empresa CIRPROTEC fue realizada por otra empresa llamada DACHS, y fue ésta la que la remitió a TDK para que tratase el precio de suministro con los diferentes distribuidores no exclusivos de su material que operan en el mercado. Por lo que TDK no intermedió directamente en la relación entre ANATRONIC y CIRPROTEC.

Finalmente concluye que, CIRPROTEC no cambio su elección por el conocimiento de los precios que mantenían TDK y ANATRONIC, sino porque de entre todos los distribuidores que TDK tenía, eligió al que le proporciono un precio más ventajoso.

4.2. Prácticas comerciales agresivas con los consumidores (Cap. III LCD)

La definición de prácticas comerciales con los consumidores y usuarios la encontramos en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en su artículo 19.2 que establece: *“(…) 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”*.

En la LCD se regulan en el Capítulo III, que comienza con el artículo 19 estableciendo que *“1. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 19 y 20 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.*

2. 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”.

A diferencia de la cláusula general del artículo 8 en la que se hace referencia al “destinatario” en este artículo se especifica que el destinatario debe ser el “consumidor”. A los efectos de la LGDCU se considera consumidores o usuarios a las personas físicas o jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúan con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Sin embargo, aunque se hace referencia en el artículo 19 LCD al consumidor, se omite al empresario por lo que no se establece quien debe ser el sujeto activo de la práctica y debemos remitirnos al artículo 3 de la misma. En el TRLGDCU se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea pública o privada, que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, lo esencial es que realice una actividad económica dirigida al mercado.

Por lo tanto las prácticas comerciales a las que estamos haciendo referencia son aquellas actuaciones que deben ser llevadas a cabo por un empresario y destinadas a un consumidor o usuario.

Nos vamos a centrar en las prácticas agresivas con los consumidores, se regulan en los artículos 28 a 31 de la LCD y se consideran *per se* desleales, es decir, en todo caso y en cualquier circunstancia. En contraste con la cláusula general de prácticas agresivas del artículo 8 en la que se establecían dos requisitos, que la conducta se pueda reputar como acoso, coacción e influencia indebida y que dicha conducta deba afectar al comportamiento económico del destinatario; en las prácticas *per se* agresivas no se deben cumplir esos requisitos ya que cada cláusula es tan específica que se presumen los requisitos intrínsecamente.

Aunque en todo caso, si una situación no se puede recoger entre los artículos 28 a 31 se puede reputar como desleal si se cumplen los requisitos del artículo 8.

Para determinar si una práctica es agresiva se utiliza como referencia el concepto de “consumidor medio”, término que ha sido acuñado por la jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades Europeas no en términos estadísticos, sino como la reacción típica del consumidor (persona física) normalmente informado, razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales, y lingüísticos¹⁶.

Los artículos del Capítulo III de la LCD se extraen del Anexo I de la Directiva 2005/29/CE “*Prácticas comerciales que se consideran desleales en cualquier circunstancia*” también llamada “lista negra”, de las cláusulas 24 a 31 las cuales al incorporarlas en la LCD se clasificaron en: prácticas agresivas por coacción, prácticas agresivas por acoso, prácticas agresivas en relación con los menores y otras prácticas agresivas.

En opinión de TATO PLAZA¹⁷, dicha clasificación merece ser objeto de crítica. En primer lugar, porque no responde a un único criterio. En los arts. 28 y 29 se califican las prácticas como coacción o acoso, en cambio, en el art. 30 no se atiende al medio empleado sino al destinatario de la práctica, en este caso los menores. Y en segundo lugar, algunas cláusulas del Anexo tipificadas expresamente como agresivas no se han podido adscribir a alguna de las tres categorías (acoso, coacción e influencia indebida), lo que ha llevado a incluir un último precepto, el art. 31 “otras prácticas agresivas”, que acoge tres prácticas diferentes que no son objeto de clasificación con arreglo a los criterios previamente utilizados en los arts. 28 y ss.

4.2.1. Prácticas agresivas por coacción (art. 28 LCD)

Las prácticas agresivas por coacción se regulan en el artículo 28 LCD “*Se reputan desleales por agresivas 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*”.

Tiene su origen en la práctica número 24 del Anexo de la Directiva 2005/29/CE, “*Crear la impresión de que el consumidor no puede abandonar el local hasta haber perfeccionado el contrato*”.

¹⁶ Vid. RUIZ PERIS, J., “*La Reforma de la Ley de Competencia Desleal*” *Op. cit.* Pág. 160.

¹⁷ Vid. TATO PLAZA, A., “*La reforma de la Ley de Competencia Desleal*” *Op.cit.*, pág. 206.

El legislador español añade que el lugar donde se lleva a cabo debe ser el “establecimiento del empresario o profesional” no solo el “local” como menciona la Directiva, con intención de abarcar aquellas prácticas cada vez más comunes realizadas a través de internet, teléfono o fuera del local habitual del empresario y así evitar un posible fraude de ley por parte de los empresarios que a tenor literal de la Directiva lleven a cabo prácticas agresivas en instalaciones o medios ajenos al local comercial.

Por ende, la práctica por parte del empresario consiste en coaccionar al consumidor para hacerle creer que no puede abandonar el establecimiento o local comercial hasta “haber contratado”, ya que si el consumidor no se hubiese encontrado en esas circunstancias no hubiese tomado la decisión de contratar.

El artículo finaliza excluyendo la calificación de la práctica como competencia desleal si es constitutiva de infracción penal. Sin embargo, no se precisa en el artículo en qué casos nos debemos remitir al Código Penal, ni cuándo la conducta del empresario debe ser calificada como delito.

En el Título VI del libro II del CP se regulan los delitos contra la libertad, entre ellos los delitos de las detenciones ilegales y secuestros, delito de las amenazas y delito de las coacciones, así pues, cada supuesto será objeto de estudio para verificar si es constitutivo de delito penal, ya que el CP será la ley que delimite los supuestos en los que nos debemos remitir a ella y excluir la competencia desleal.

Este tipo de conductas las vemos en la práctica cuando un consumidor entra en un establecimiento y decide irse sin la intención de comprar, pero el dependiente mediante un acto de coacción física o verbal le transmite la sensación de no poder hacerlo sin comprar o contratar. Por ello en muchas ocasiones al entrar en un comercio los dependientes utilizan la expresión “sin compromiso” cuando se miran productos o se pregunta por precios.

Otra práctica que ha tenido más polémica ha sido el “*time sharing*”, también conocido como aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico, que se regulaba en la Ley 42/1998, actualmente derogada.

Este tipo de prácticas consistía en firmar contratos de multipropiedad sin obtener título alguno sobre un bien, simplemente el uso y disfrute de un bien indeterminado y sin concreción de fechas. En muchas ocasiones se reunía a los consumidores en una sala de

hotel a puerta cerrada donde se exponía este tipo de contratos y se le sometía a una coacción en la que se sentían obligados a contratar la multipropiedad a perpetuidad e incluso a realizar pagos por adelantados en concepto de fianza, ambas prácticas prohibidas por ley. Finalmente en 2015 mediante Sentencia del Tribunal Supremo 564/2015¹⁸ se dictó la nulidad de este tipo de contratos si no se asignaba una duración o bien inmueble específico o si se realizaban a perpetuidad.

4.2.2. Prácticas agresivas por acoso (art. 29 LCD).

El artículo 29 de la LCD regula dos tipos de prácticas agresivas por acoso con los consumidores, las visitas en persona al domicilio del consumidor o usuario y las propuestas no deseadas y reiteradas por medios a distancia.

4.2.2.1. Visitas en persona al domicilio del consumidor o usuario.

El párrafo primero del artículo establece *“Se considera desleal por agresivo realizar visitas en persona al domicilio del consumidor o usuario, ignorando sus peticiones para que el empresario o profesional abandone su casa o no vuelva a personarse en ella.”*

Extraída de la cláusula 25 del Anexo I de la directiva 2005/29/CE *“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.”*

En ambas normas se parte del principio general de la licitud de las visitas publicitarias a domicilio que, por tanto, no merecen en sí mismas la calificación de deslealtad. En ellas debe mediar la negativa por parte del empresario o profesional para abandonar el domicilio o que, aun con conocimiento previo de que el consumidor no acepta ese tipo de visitas, lo siga haciendo.

Vamos a analizar lo anterior siguiendo a TATO PLAZA¹⁹. En la jurisprudencia alemana existía una sólida y consolidada jurisprudencia que contemplaba la licitud de dichas prácticas a priori, ya que en las visitas a domicilio el consumidor sabe a quién tiene

¹⁸ STS 564/2015 –Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2015 ID CENDOJ: 28079110012015100081.

¹⁹ Vid. TATO PLAZA, A., *“La reforma de la Ley de Competencia Desleal”*. Op.cit., págs. 209-211.

delante desde el primer momento por lo que puede impedir la entrada en el domicilio si quiere.

Ahora bien, se consideraba una práctica desleal entrar de forma forzada a la vivienda o intentar acceder de forma fraudulenta así como las situaciones en las que se solicitaba un catálogo o muestras gratuitas que la empresa ofrecía sin advertir que dicha solicitud iba acompañada de una visita publicitaria a domicilio. La denominada publicidad en caso de muerte también tenía esta consideración, consistía en visitas publicitarias por parte de las empresas funerarias a la vivienda de una persona recién fallecida para ofrecer los servicios a la familia y así hacerse cargo de llevar a cabo el sepelio o sepultura.

Siguiendo ahora con el análisis de la LCD, de la propia redacción del artículo 29 se entiende que la primera visita publicitaria no es suficiente para ser calificada como una práctica desleal, ya que el legislador utiliza la palabra “visitas” en plural y a continuación exige que el consumidor haya manifestado previamente su voluntad negativa de aceptar la visita por parte del empresario. A pesar de ello, se puede recurrir a la deslealtad del comportamiento incluso solo ha habido una primera visita, mediante artículo 8 LCD si se cumplen los requisitos aunque no sea una práctica agresiva *per se*.

Respecto al lugar donde se lleva a cabo la práctica el artículo habla de “domicilio” y después “su casa” haciendo referencia a la del consumidor, sin embargo, no se debe interpretar domicilio en su estrictamente sentido jurídico como aquel donde se sitúa la residencia habitual sino también la ocasional, como una segunda residencia vacacional o el domicilio de un familiar o amigo. No obstante no comprenderá la residencia donde se habita ocasionalmente por motivos de trabajo.

Para que la práctica se pueda reputar como desleal, el empresario o profesional tiene que haber ignorado la petición del consumidor, bien de abandonar su casa o de volver a personarse en ella. En ambos supuestos no se exige que la voluntad del consumidor sea de forma expresa, sino que basta con que sea tácita. Lo relevante es que la oposición del consumidor sea lo suficientemente clara e inequívoca para que el empresario o profesional entienda cuál es la voluntad de éste.

Como se adelantó, se parte del principio general de la licitud de la primera visita, pero solo se aplicará al primer supuesto del artículo, ya que, para el segundo en el que el empresario no abandona la casa del consumidor pese a la negativa de éste de aceptar la visita publicitaria, basta con que se lleve a cabo en la primera visita o ulteriores. Sólo se

exige una vez más que la manifestación del consumidor de que el empresario abandone su casa sea de forma clara e inequívoca.

4.2.2.2. Propuestas no deseadas y reiteradas por medios a distancia

El segundo párrafo del artículo 29 regula que *“Igualmente se reputa desleal realizar propuestas no deseadas y reiteradas por teléfono, fax, correo electrónico u otros medios de comunicación a distancia, salvo en las circunstancias y en la medida en que esté justificado legalmente para hacer cumplir una obligación contractual.*

El empresario o profesional deberá utilizar en estas comunicaciones sistemas que le permitan al consumidor dejar constancia de su oposición a seguir recibiendo propuestas comerciales de dicho empresario o profesional.

Para que el consumidor o usuario pueda ejercer su derecho a manifestar su oposición a recibir propuestas comerciales no deseadas, cuando éstas se realicen por vía telefónica, las llamadas deberán realizarse desde un número de teléfono identificable.

Este supuesto se entenderá sin perjuicio de lo establecido en la normativa vigente sobre protección de datos personales, servicios de la sociedad de la información, telecomunicaciones y contratación a distancia con los consumidores o usuarios, incluida la contratación a distancia de servicios financieros.”

Se extrae de la cláusula 26 de la Directiva 2005/29/CE *“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 (1) y 2002/58/CE.”*

Se regula como desleal las propuestas realizadas por teléfono, fax, correo electrónico no deseado (spam) u otros medios de comunicación a distancia. Se trata, por tanto, de supuestos de *marketing directo*, por lo que se incluyen también otros medios como los mensajes de texto (*sms*), mensajes multimedia (*mms*), etc., para los que no hay presencia física por parte del empresario o profesional.

No obstante, se exceptúan aquellas circunstancias en las que las propuestas estén legalmente justificadas por una obligación contractual previa, por ello, el empresario podrá hacer uso de ellas para hacer cumplir un contrato.

La LCD establece dos requisitos para poder calificar la práctica como agresiva, deben ser *no deseadas y reiteradas*. Se repite la necesidad de que sean no deseadas como en la anterior práctica, se exige que el consumidor no lo haya consentido y, además, se haya opuesto a la misma, manteniendo la licitud cuando previamente el consumidor ha solicitado información.

Surgen más problemas con la condición de que sea reiterada, puesto que la LCD ni la Directiva determinan cuántas veces debe producirse para considerarse como tal. Comúnmente se entiende que una reiteración debe ser más de una vez, pero estamos ante una práctica agresiva por acoso por lo que indirectamente se entiende que debe mediar más de dos veces como mínimo.

Cuando anteriormente en el apartado 4.2.2.1 hablé del acoso determiné que la calificación como acoso de una práctica no puede ser grosso modo, al contrario habrá que atender a las circunstancias de cada caso. Ya que, en el acoso que estamos analizando ahora, si un consumidor medio recibe a lo largo de un año dos llamadas telefónicas, es decir, una por cada seis meses, éste no va a sentir un acoso suficiente como para emprender acciones legales. Sin embargo, si recibe en una semana dos llamadas telefónicas tal vez podrá sentir que está recibiendo un acoso telefónico. En consecuencia, lo relevante será la reiteración en un periodo de tiempo considerable como para que el acoso sea tal y como lo define la RAE, "*Perseguir sin darle tregua ni reposo a un animal o una persona*".

Respecto a la oposición del consumidor o usuario, el artículo determina que el empresario debe utilizar las comunicaciones mediante un sistema mediante el cual el consumidor pueda dejar constancia de su oposición, y en el siguiente párrafo especifica que cuando dicho medio sea por vía telefónica debe realizarse desde un número de teléfono identificable, también aplicable a los *sms* y *mms*.

Por último, el artículo finaliza determinando que junto a la calificación de la práctica como desleal también se pueden aplicar otras normas como las que regulan la protección de datos personales, servicios de la sociedad de la información, telecomunicaciones y contratación a distancia con los consumidores o usuarios, así como la contratación a distancia de servicios financieros.

4.2.2.2.1. Especial referencia al acoso telefónico

La publicidad telefónica también conocida como *spam telefónico* ha sufrido un gran auge desde principios de los años 2000. El término spam inicialmente tuvo su origen en el envío no solicitado de publicidad por correo electrónico, pero con la aparición de nuevos medios de comunicación se generalizó para ser utilizado en cualquier envío no solicitado de publicidad por cualquier medio electrónico, así como los mensajes de texto (*sms*), mensajes multimedia (*mms*) y las llamadas telefónicas no solicitadas con fines publicitarios.

El acoso telefónico se lleva a cabo por empresas o profesionales con el objetivo de conseguir la contratación de los consumidores del bien o servicio publicitado. Este tipo de prácticas se realiza por operadores que intentan captar a nuevos clientes que ya tienen contratados el mismo tipo de servicio que ofertan con otras compañías, o incluso de la misma compañía a la que se pertenece para adquirir nuevos productos.

El spam telefónico se regulaba en la Ley 9/2014, de 9 de mayo, la cual fue derogada por la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones, esta nueva ley traspone el Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas de 2018.

Antes de la modificación, únicamente se regulaba en la Ley 9/2014 la ilicitud de estas llamadas publicitarias cuando se llevaban a cabo sin intervención humana y así se regulaba en su artículo 38, *“No recibir llamadas automáticas sin intervención humana o mensajes de fax, con fines de venta directa sin haber prestado su consentimiento previo e informado para ello”*. Y, por tanto, se carecía de una regulación para aquellas llamadas que se realizaban por operadores, las más comunes.

Con la nueva Ley 11/2022, con entrada en vigor el 29 de junio de 2023, el artículo 66 que en su párrafo primero mantiene la misma prohibición del derogado artículo 38 y, además, introduce el derecho de los consumidores *“b) A no recibir llamadas no deseadas con fines de comunicación comercial, salvo que exista consentimiento previo del propio usuario para recibir este tipo de comunicaciones comerciales o salvo que la comunicación pueda ampararse en otra base de legitimación de las previstas en el artículo 6.1 del Reglamento (UE) 2016/679 de tratamiento de datos personales”*.

Se reitera lo establecido en el artículo 29 LCD: *b) No recibir llamadas no deseadas con fines de comunicación comercial, salvo que exista consentimiento previo del propio usuario para recibir este tipo de comunicaciones comerciales o salvo que la*

comunicación pueda ampararse en otra base de legitimación de las previstas en el artículo 6.1 del Reglamento (UE) 2016/679 de tratamiento de datos personales.”

Hasta ahora no se exigía un consentimiento previo por parte del consumidor o usuario como requiere la nueva norma, solo se reconocía el derecho a adherirse a la lista Robinson²⁰ o a oponerse al tratamiento de datos personales para evitar estas llamadas publicitarias no deseadas. Sin embargo, se exceptúan aquellas llamadas telefónicas de empresas con las que ya se tiene una relación contractual (agua, luz, telefonía, alarma, etc.) ya que habremos aceptado previamente.

Por medio de la entrada en vigor de este artículo se pretende acabar con las llamadas telefónicas con publicidad comercial no deseada y en contra de su voluntad.

El artículo prevé dos excepciones: a) que previamente se haya dado consentimiento para recibir spam telefónico y b) que dichas llamadas se amparen en otra base de legitimación. Se refiere a la prevista en el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD).

Es latente la preocupación de que las empresas quieran abusar de este último requisito, ya que esta base que pueden alegar es el interés legítimo que regula el artículo 6 de la Directiva 2018/1772 del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la LGTel. Ante ello, para evitar que las empresas se amparen en esa excepción y continúen acosando a los consumidores mediante spam telefónico, la Agencia Española de Protección de Datos ha abierto un periodo de audiencia pública con especialistas para trabajar en una circular que limite dicho interés legítimo, con la finalidad de hacer un juicio de proporcionalidad, analizando la situación y cómo puede afectar a los derechos de los usuarios.

Sin embargo, la entrada en vigor del artículo 66 solo será efectiva para aquellas llamadas telefónicas publicitarias que tengan su origen en un *call center* ubicado en España, si de lo contrario, se ubica en otro país no estará afectado por esta ley.

4.2.3. Prácticas agresivas en relación con los menores (art. 30 LCD).

²⁰ La lista Robinson consiste en un servicio gratuito de exclusión publicitaria a disposición de los consumidores, que tiene como objeto disminuir la publicidad que éstos reciben, con ella se vela por la protección de los datos personales que se regulan en la LO 3/2018, 5 de diciembre, de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. Para adherirse a ella hay que hacerlo mediante la página web listarobinson.es

Se regula en el artículo 30 LCD: *“Se reputa por agresivo, incluir en la publicidad una exhortación directa a los niños para que adquieran bienes o usen servicios o convengan a sus padres u otros adultos de que contraten los bienes o servicios anunciados.”*

Tiene su origen en la cláusula 28 de la Directiva 2005/29/CE: *“Incluir en una publicidad una exhortación directa a los niños para que compren o convengan 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.”*

A diferencia del resto, este artículo no sólo regula una práctica agresiva, sino que se pretende proteger a un grupo de sujetos por su situación de vulnerabilidad, los menores, los cuales merecen dicha protección por la facilidad con la que pueden ser manipulados y la alta probabilidad de que así sea ante anuncios publicitarios.

En el precepto se regulan dos conductas en las que debe haber una exhortación directa al menor, bien para que adquiera el bien o servicio o para que convenga a sus padres u otros adultos para que los adquieran. El primero constituye un supuesto de acoso y el otro de influencia indebida.

Se recalca así que el menor debe ser directamente incitado a adquirir el bien o servicio de cualquier forma y que, por tanto, la publicidad debe ir destinada a los niños. Recordando el artículo 4.3 de la LCD se establecía la protección especial que merecen los consumidores o usuarios vulnerables por su capacidad de comprensión, edad o credulidad entre otras, para las cuales los empresarios o profesionales se valían para mermar su comportamiento económico, o como en este caso de sus padres o tutores.

La RAE define exhortar como *“Incitar a alguien con palabras a que haga o deje de hacer algo”*. Debe ser una incitación directa para que lleven a cabo la adquisición del bien o servicio, no valdría una mera insinuación o invitación, se exige que sea imperativo y ello se puede manifestar con mensajes como: “compra”, “colecciona”, “adquiere”, “consigue”, etc.

En segundo lugar, se exige que esa exhortación directa esté dirigida a los niños, ya que si el mensaje publicitario va dirigido a un público diferente, difícilmente se estaría a lo dispuesto en el artículo 30, el cual exige que la exhortación debe tener como

consecuencia la influencia directa en los menores para que adquieran los bienes o servicios anunciados. Para poder determinar cuando el mensaje publicitario está dirigido a los niños se deben atender a tres diversos criterios.

En primer lugar, se debe tener en cuenta el producto o servicio que se publicita, debe estar destinado a los niños como un juguete, libro infantil, videojuego, etc., o que actualmente su público mayoritario lo sean. También se deberá atender al diseño y características del mensaje publicitario, ya que, en muchas ocasiones el producto o servicio puede estar dirigido a un público general que abarque tanto adultos como niños, sin embargo, atendiendo a los detalles como imágenes o vocabulario se puede concluir que con el mensaje se pretende llegar a los niños. Y por último, la difusión del mensaje publicitario, si éste se sitúa en una plataforma específicamente dirigida al público infantil se sobreentiende que va dirigida a los menores.

El segundo supuesto que contempla el artículo 30 LCD constituye un supuesto de influencia indebida, el artículo 8 la definía como la utilización de una posición de poder respecto del destinatario para ejercer presión. Por tanto, la conducta mediante la cual el empresario o profesional manda un mensaje publicitario dirigido a los menores para que convencan a sus padres o tutores para que éstos adquieran un bien o servicio, constituye una práctica agresiva. Cuando se analizó la influencia indebida ya se puso de manifiesto la posibilidad de que ésta se ejerza mediante un tercer intermediario.

A la vez que la Ley 29/2009 por la que se modifica el régimen legal de competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios introduce este artículo 30 en la LCD, modifica también el artículo 3.b) de la LGPu y reputa como ilícito *“La publicidad dirigida a menores que les incite a la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores”*. Aunque ambos parezcan similares, en la LCD la influencia indebida se contempla de un modo en el que el menor, habiendo sido incitado a adquirir el bien o servicio, convence a sus padres para que lo hagan, y en la LGPu en el mensaje publicitario debe representarse la figura de un niño persuadiendo a su padre para que le compre ese bien o servicio publicitado.

Sin embargo, a tenor del artículo 18 LCD *“La publicidad considerada ilícita por la Ley General de Publicidad, se reputará desleal”*. Por tanto, si en el mensaje publicitario aparece un niño convenciendo a sus padres para que le compren un bien o servicio, dicha

conducta tendrá la calificación de desleal, aun cuando no haya una exhortación directa, pero no se fundamentará en el artículo 30 LCD como una práctica agresiva *per se*, sino en el 18.

4.2.4. Otras prácticas agresivas (art. 31 LCD).

Se regulan en el artículo 31 bajo el título “otras prácticas agresivas” aquellas conductas de la “lista negra” (Anexo I de la Directiva 2005/29/CE) que el legislador español no pudo encuadrar en alguna de las tres categorías (acoso, coacción e influencia indebida).

Artículo 31: *“Se considera desleal por agresivo:*

1. *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.*
2. *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.*
3. *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.*
4. *Las visitas no solicitadas efectuadas por el empresario en el domicilio del consumidor o usuario o las excursiones organizadas por el mismo con el objetivo o el efecto de promocionar o vender bienes o servicios, en el caso de que no respeten los términos de las restricciones establecidas en virtud del artículo 19.7 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y*

Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.”

Se tratan de igual forma de prácticas agresivas *per se*, sin necesidad de cumplir con los requisitos de la cláusula general del artículo 8 relativa a las prácticas agresivas.

a) Prácticas agresivas en el marco de la ejecución del contrato de seguro.

Tiene su origen en la cláusula número 27 del Anexo I de la Directiva, *“Exigir al consumidor que desee reclamar una indemnización al amparo de una póliza de seguro que presente documentos que no puedan razonablemente considerarse pertinentes para determinar la validez de la reclamación o dejar sistemáticamente sin responder la correspondencia al respecto, con el fin de disuadirlo de ejercer sus derechos contractuales.”*

El precepto regula dos prácticas agresivas que se llevan a cabo por las empresas aseguradoras, por un lado, exigir documentación e información que no es razonablemente necesaria para determinar el origen, causa y consecuencia de un siniestro. Y por otro, la negativa a responder la correspondencia emitida por el beneficiario del seguro informando del siniestro para exigir el cumplimiento de la obligación contractual de indemnizar.

Respecto al primer supuesto, la Ley de Contrato de Seguro establece la obligación por parte del asegurado o tomador del seguro de colaborar con el asegurador para el desarrollo de las investigaciones y peritaciones pertinentes para determinar la existencia y alcance del siniestro.

No obstante, el artículo 31.1 limita esa obligación de colaboración a un grado medio de razonamiento por el que el asegurador solo podrá exigir los documentos que sean razonablemente relevantes para determinar la existencia y consecuencias del siniestro. De lo contrario, si se exige documentación irrelevante e innecesaria con el fin de dificultar la aportación por parte del asegurado o persuadirle en el ejercicio de sus derechos se calificará como una práctica desleal agresiva *per se*.

Asimismo, en el mismo artículo se obliga al asegurador a responder la correspondencia del siniestro con el fin de evitar disuadir al asegurado, tomador o tercero perjudicado de ejercer su derecho a ser indemnizado. El concepto de correspondencia no

se debe entender literalmente sino que, teniendo en cuenta que la finalidad de la propia LCD es proteger los legítimos intereses económicos de los consumidores debemos hacer una interpretación amplia y flexible, que abarque tanto el correo postal como cualquier otro medio de comunicación como fax, correo electrónico, etc. Se debe tener en cuenta que la carga de la prueba de la existencia de estas comunicaciones a las que estamos haciendo referencia incumbe al tomador de seguro, asegurado o beneficiario, por lo que conviene utilizar un medio de comunicación que permita acreditar su existencia²¹.

b) Prácticas desleales en el marco del envío no solicitado de mercancías.

El segundo punto del artículo 31, reputa como una práctica desleal agresiva *per se*, 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 sea un bien o servicio de sustitución suministrado de conformidad con la legislación vigente.

Tiene su origen en la cláusula 29 del Anexo I de la Directiva, “*Exigir el pago inmediato o aplazado, la devolución o la custodia de productos suministrados por el comerciante, pero que no hayan sido solicitados por el consumidor (suministro no solicitado), salvo cuando el producto en cuestión sea un producto de sustitución suministrado de conformidad con lo establecido en el artículo 7, apartado 3, de la Directiva 97/7/CE.*” El artículo 31 hace referencia no solo a los bienes o productos, sino a los servicios también, a diferencia de la Directiva.

Este precepto se complementa junto con el artículo 66 quáter TRLGDCU que en su párrafo primero establece la prohibición de enviar o suministrar al consumidor o usuario: bienes, agua, calefacción, de contenido digital o de prestación de servicios no solicitados por él, cuando se incluya una pretensión de pago de cualquier naturaleza. Asimismo, no sólo regula la infracción en sí, sino que también protege el derecho del consumidor o usuario a no estar obligado a devolver o custodiar el bien o suministro del servicio no solicitado. Si aun así, el consumidor o usuario decide devolverlo, no responderá por los daños sufridos y tendrá derecho a ser indemnizado por los gastos y los daños y perjuicios que le hubieran causado.

²¹ Vid. TATO PLAZA, A., *La reforma de la ley de competencia desleal*, Op.cit., pág.245.

El artículo 31.2 establece la excepción de calificar la conducta como desleal en los supuestos en los que el bien o servicio se haya suministrado de conformidad con la legislación vigente sobre contratación a distancia, se hace referencia específicamente al artículo 111 de la TRLGDCU, *“De no hallarse el bien o servicio contratado, cuando el consumidor y usuario hubiera sido informado expresamente de tal posibilidad, el empresario podrá suministrar sin aumento de precio un bien o servicio de características similares que tenga la misma o superior calidad. En este caso el consumidor y usuario podrá ejercer sus derechos de desistimiento y resolución en los mismos términos que si se tratara del bien o servicio inicialmente requerido”*.

El empresario podrá sustituir el bien o servicio contratado por otro de calidad y precio equivalente, siempre que el pactado no esté disponible y haya sido informado de ello. De esta forma el consumidor o usuario estará obligado a efectuar el pago correspondiente y si está conforme con lo entregado se entiende que el empresario ha cumplido con su obligación. En cambio, si el consumidor o usuario decide desistir el contrato y devolver el bien o servicio, el empresario no podrá exigir el pago del mismo.

En definitiva, cuando el empresario envía un bien o servicio no solicitado por el consumidor o usuario y exige un pago por ello o su devolución o custodia, se calificará como una práctica agresiva. Cuando el bien o servicio enviado no haya sido el solicitado pero sí uno equivalente respecto a calidad y precio, y el consumidor o usuario ha sido informado previamente de ello, no podrá ser calificado de práctica agresiva si el empresario exige el pago pactado. No obstante, el consumidor o usuario tendrá derecho a desistir del bien o servicio recibido si no está conforme y el empresario no podrá exigir el pago inmediato o aplazado del mismo, de lo contrario constituirá una práctica agresiva desleal, incluso deberá hacerse cargo de los gastos y costes directos derivados de la devolución.

- c) La práctica consistente en informar expresamente al consumidor del riesgo para el trabajador o sustento del empresario o profesional.

Este precepto se extrae casi literalmente del Anexo I de la Directiva que en su cláusula 30 establece la deslealtad de *“Informar expresamente al consumidor de que el trabajo o el sustento del comerciante corren peligro si el consumidor no adquiere el producto o servicio”*, con la modificación pertinente a la que ya he hecho referencia respecto al concepto de comerciante.

Se trata de una conducta que puede llevarse a cabo tanto en el domicilio (relacionado con el artículo 29.1) como en los establecimientos comerciales, venta ambulante o por medios a distancia, pero en todas ellas supone una relación muy directa entre el empresario o profesional y el consumidor. De ahí su dificultad para probar la práctica desleal, ya que el artículo exige que se lleve a cabo de forma **expresa**, por lo que se excluyen aquellas situaciones en las que el empresario sugiere el riesgo que corre su trabajo o sustento de forma implícita²².

El empresario o profesional pretende con ello ejercer una presión psicológica en el consumidor, generándole una situación negativa e incómoda que puede evitar si contrata el correspondiente bien o servicio. Por tanto, la práctica se puede calificar como coacción ya que se pretende presionar al consumidor para influir en su comportamiento económico, así pues, si no se cumplen con los requisitos exigidos del artículo 31.3, se podrá considerar una práctica agresiva en virtud del artículo 8 LCD.

- d) Las visitas no solicitadas al domicilio del consumidor o excursiones organizadas por el empresario con el objetivo de promocionar o vender bienes o servicios.

A diferencia de los anteriores párrafos del artículo 31 LCD que tienen su origen en el Anexo I de la Directiva 2005/29/CE, este párrafo cuarto ha sido introducido por el Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, que entró en vigor el pasado 28 de mayo de 2022.

Se hace referencia a las visitas no solicitadas al domicilio del consumidor o usuario así como las excursiones organizadas por el empresario para promocionar o vender bienes o servicios, cuando no se respeten las restricciones del artículo 19.7 del TRLGDCU.

El Real Decreto-ley modifica también este artículo 19 al que se hace referencia para introducir en su párrafo séptimo, “ *La Administración pública competente, con el fin de proteger en mayor medida los intereses legítimos de los consumidores y usuarios, podrá restringir, en los términos que se establezca, **determinadas formas y aspectos** de las visitas no solicitadas efectuadas por el empresario en el domicilio del consumidor y usuario o las excursiones organizadas por el mismo con el objetivo o efecto de promocionar o vender bienes o servicios. Las disposiciones que se adopten serán*

²² Vid. TATO PLAZA, A., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*. Op.cit., pág.249

proporcionadas y no discriminatorias, sin que en ningún caso puedan implicar la prohibición de los citados canales de venta, salvo cuando se basen en motivos distintos a la protección de los consumidores, tales como el interés público o el respeto de la vida privada de los mismos.”

Estas modificaciones introducidas se refieren a supuestos particulares de prácticas agresivas que pese a ya estar reguladas en el régimen general de actos y prácticas desleales, se ha considerado que, debido a su creciente incidencia en el mercado, requieren la introducción de un régimen específico de tutela²³.

Como se observa, este precepto requiere de un desarrollo reglamentario que no se ha producido, por lo que su aplicación en la práctica resulta aún, limitada.

²³ Circular 1534, URIA MENENDEZ, “*Entrada en vigor de la modificación de la Ley de Competencia Desleal*”. 26 de mayo de 2022.

5. CONCLUSIONES

PRIMERA. – Los actos desleales carecían de regulación expresa antes de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal y por tanto no se podían sancionar a aquellos que la llevaban a cabo. De igual manera, no es hasta la Ley 29/2009, 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 cual reforma la LCD, que existe en el ordenamiento español una regulación expresa de las prácticas agresivas y medidas de represión para ello. Únicamente se podrían encuadrar dentro de la cláusula general del ex art. 5 LCD que establecía como desleal los actos objetivamente contrarios a las exigencias de la buena fe.

SEGUNDA. – Las prácticas agresivas en cuanto se consideran comportamientos que influyen directamente en el comportamiento de los consumidores, constituyen, en mi opinión, la práctica más importante de la LCD, ya que, el empresario invade la esfera privada del consumidor para influir en su decisión y que compre el bien o servicio que le está ofertando.

Por ello, no basta con una simple molestia sino que el empresario expone al consumidor a una situación totalmente forzosa y se vale de su vulnerabilidad para conseguir su objetivo e influir agresivamente en él.

TERCERA. - Respecto a la Directiva 2005/29/CE y su transposición a nuestro ordenamiento jurídico, ésta solo regulaba la protección de los consumidores o usuarios ya que los consideraba los sujetos más débiles y vulnerables del mercado. Sin embargo, me parece acertada la decisión del legislador español de ampliar el ámbito subjetivo de la misma, protegiendo no sólo a los consumidores, sino también a los empresarios o profesionales.

Cada vez es más latente el crecimiento en nuestro país de las multinacionales o internacionales que bajo el derecho a la libertad de empresa ejercen una competencia directa y agresiva a los pequeños empresarios, incluso en muchas ocasiones haciéndoles cumplir con condiciones que de otra forma no aceptarían. Si se hubiera seguido con la línea que estipula la Directiva, estos actos que perjudican a las PYMES quedarían impunes respecto a la competencia desleal, y éstas constituyen alrededor

de un 99,8% de las empresas establecidas en España, tal y como establece la página web del ministerio de industria, comercio y turismo (<https://industria.gob.es/es-es/estadisticas/paginas/estadisticas-y-publicaciones-sobre-pyme.aspx>), la cual indica que el número de pequeñas y medianas empresas asciende a 2.930.969 frente a 5.516 de las grandes empresas (un 0,19%).

CUARTA. – Si se hace una comparación entre las prácticas agresivas del art. 8 LCD las cuales están dirigidas a todos los sujetos que operan en el mercado, tal y como se establecía en la antigua LCD y las que específicamente se regulan para las relaciones de los empresarios con los consumidores (arts. 28 a 31), que tienen su origen en la Directiva 2005/29/CE, éstas últimas gozan de un doble sistema de represión mediante el art. 66 TRLGDCU, sometándose a un procedimiento ordinario jurídico privado, y a un procedimiento sancionador administrativo jurídico público.

A mi juicio, es una decisión acertada del legislador ya que con ello se cumple el objetivo que tiene la Directiva de prohibir las prácticas contrarias a la diligencia profesional con la finalidad de proteger a los consumidores y su comportamiento económico. Así se establece en su art. 1 establece “(...) *tiene por objeto (...) alcanzar un elevado nivel de protección de los consumidores (...)*”.

QUINTA. – El art. 8 establece dos cláusulas para la calificación de un comportamiento como desleal: la concurrencia de acoso, coacción e influencia indebida y que merme o pueda mermar de manera significativa la libertad de elección o conducta del destinatario. Sin embargo, se debe hacer un minucioso estudio no solo del cumplimiento de estos requisitos, sino que se tendrán en cuenta las circunstancias que rodean el supuesto.

Como por ejemplo, el momento o lugar en el que se llevan a cabo, en tal caso si nos abordan en medio de una calle bastante transitada para ofrecernos un seguro médico, aunque nos lo ofrezcan de manera reiterada durante 100 metros ignorando nuestra negativa, no tendrá la misma consideración que si se lleva a cabo a las puertas de un hospital público ya que además, en este caso también se tendrá en cuenta el infortunio o circunstancia en la que se encuentra el consumidor de la que el empresario se aprovecha para valerse de su vulnerabilidad

En cambio, las prácticas agresivas *per se* del Capítulo III resultan más específicas y por tanto más fáciles de detectar por parte del consumidor que está sufriendo una vulneración en sus derechos y de aplicar el derecho para reprimirlas.

SEXTA. – La reforma de la Ley General de Telecomunicaciones, específicamente el artículo 66 que prohíbe las llamadas telefónicas con fines publicitarios cuando no han sido previamente aceptadas por los consumidores, amplía la protección de éstos y en mi opinión, constituye una de las prácticas agresivas más comunes en los últimos años y de las que más sufren los consumidores diariamente. Con su reciente entrada en vigor y aunque todavía nos encontramos expectantes ante su verdadero cumplimiento por parte de los empresarios y profesionales, se espera que efectiva y definitivamente constituya una represión del *spam* telefónico.

SÉPTIMA. – En definitiva, en mi opinión, la regulación de estas prácticas no ha tenido el impacto que se deseaba. Ha valido para frenar este tipo de comportamientos por parte de los empresarios, pero no para que los consumidores o usuarios ejerzan los derechos que les protege y emprendan las acciones legales que se establecen en la Ley.

Si traigo a colación la conclusión anterior y la referencia al acoso telefónico, si un consumidor recibe varias veces a la semana llamadas publicitarias que no desea, seguramente su primer pensamiento para concluir las será hablar de malas formas al operador. En muy pocas ocasiones los consumidores emprenderán acciones legales. Y así se refleja en la escasa jurisprudencia que hay respecto de las prácticas agresivas en general.

No obstante, considero que la regulación de este tipo de prácticas es un acierto irrefutable y un gran avance en el ordenamiento jurídico español, sin embargo, merece de una mayor publicidad para que los sujetos que estén afectados puedan hacer uso de ella. Por norma general para dotar de publicidad a una ley, se procede a su publicación en el BOE para dar conocimiento público del contenido de la misma a la ciudadanía, sin embargo no siempre resulta suficiente.

Para dotarla de mayor publicidad se puede hacer uso de diferentes mecanismos:

- Campañas de comunicación institucional: el gobierno en colaboración con los diferentes ministerios y organismos responsables puede llevar a cabo campañas de comunicación institucional, mediante anuncios de televisión, radio, prensa escrita o medios digitales, proporcionando entrevistas, artículos, etc.
- Redes sociales y sitios web gubernamentales: el uso de redes sociales como Instagram, Facebook, YouTube y sobre todo, Twitter es el medio de divulgación con mayor repercusión en España.
- Eventos y conferencias: la organización de este tipo de eventos para presentar y explicar las leyes a los ciudadanos, mediante discursos de representantes, mesas redondas, debates, etc.
- Asociaciones de consumidores y usuarios: el gobierno español colabora con este tipo de asociaciones para asegurar su difusión entre los grupos más interesados. En la página web del ministerio de consumo se despliega un listado de diferentes asociaciones ,entre las cuales voy a destacar la Organización de Consumidores y Usuarios -OCU-, la cual tiene como objetivo promover los intereses de los consumidores y ayudarles a hacer valer sus derechos.

6. BIBLIOGRAFIA Y DOCUMENTACIÓN CONSULTADA.

AGUILAR OLIVARES, Y., “*Las prácticas agresivas desleales en el Mercado y la tutela del consumidor*” Thomson Reuters, 2020.

BROSETA PONT, M., & MARTÍNEZ SANZ, F., (2017). Manual de Derecho Mercantil. En M. BROSETA PONT, & F. MARTÍNEZ SANZ, *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos. 2021.

Circular 1534, URÍA MENÉNDEZ, “*Entrada en vigor de la modificación de la Ley de Competencia Desleal*”. 26 de mayo de 2022.

GONZÁLEZ PONS, E: “*Prácticas agresivas y tutela del consumidor*”, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019.

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

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

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á. (dirs.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. I, 20ª edición, Civitas, Navarra, 2022.

RUIZ PERIS, J., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, Estudios sobre la Ley 29/2009, de 30 de diciembre por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para mejora de la protección de los consumidores y usuarios. Tirant lo Blanch, 2010.

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.