



---

# Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Las prácticas desleales agresivas

*Presentado por:*

*Lucía Aurora Graña Faña*

*Tutelado por:*

*María del Mar Bustillo Saiç*

*Valladolid, 6 de junio de 2023*

*A mi familia, en especial, a mi madre, a mi hermano y a la  
memoria de mi padre.*

## **RESUMEN**

Tras la transposición de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, efectuada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, de Competencia Desleal, las prácticas agresivas gozan de reconocimiento expreso y de una regulación particular contenida en el artículo 8. Estos ilícitos de competencia desleal precisan para su comisión de una conducta o comportamiento subsumible dentro del concepto de acoso, coacción -incluido el uso de la fuerza-, o influencia indebida. Asimismo, dicha conducta ha de ser apta para mermar de manera significativa la libertad de elección o conducta del destinatario, de manera que afecte o pueda afectar su comportamiento económico.

**Palabras clave:** Directiva, competencia desleal, práctica comercial, prácticas agresivas, conducta, acoso, coacción, influencia indebida, libertad de elección, comportamiento económico

## **ABSTRACT**

After the implementation of Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council, of 11 May 2005, concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market, through the Spanish Act No. 29/2009, the regulation of aggressive commercial practices is set forth in Article 8. This type of unfair commercial practices require behaviour which uses harassment, coercion –including the use of force- and undue influence. Additionally, such behaviour must be able to significantly impair or is likely to significantly impair the addresses' freedom of choice or conduct and therefore, affect their economic behaviour.

**Key words:** Directive, unfair competition, commercial practices, aggressive commercial practices, behaviour, harassment, coercion, undue influence, freedom of choice, economic behaviour

# ÍNDICE

<b>1. PRÓLOGO.....</b>	<b>7</b>
<b>2. PRECEDENTES.....</b>	<b>9</b>
<b>2.1 Ley de Competencia Desleal de 1991.....</b>	<b>9</b>
<i>2.1.1 Cláusula general del artículo 5 y antiguo artículo 8 de la LCD.....</i>	<i>11</i>
<i>2.1.2 Alusión a la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.....</i>	<i>12</i>
<b>2.2 La Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior</b>	<b>14</b>
<b>2.3 Innovación de la Ley 29/2009.....</b>	<b>17</b>
<i>2.3.1 Alteraciones principales.....</i>	<i>17</i>
<i>2.3.2 Emplazamiento de las prácticas agresivas en la nueva redacción de la LCD.....</i>	<i>18</i>
<b>3. PROHIBICIÓN GENERAL DE LAS PRÁCTICAS AGRESIVAS CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 8 LCD.....</b>	<b>19</b>
<b>3.1 Merma significativa en la libertad de elección o conducta del destinatario.....</b>	<b>21</b>
<b>3.2 Acoso.....</b>	<b>22</b>
<b>3.3 Coacción.....</b>	<b>24</b>
<b>3.4 Influencia indebida.....</b>	<b>25</b>
<b>4. PRÁCTICAS AGRESIVAS DESTINADAS A LOS COMPETIDORES.....</b>	<b>28</b>
<b>5. PRÁCTICAS AGRESIVAS COMO PRÁCTICAS COMERCIALES DESTINADAS A LOS CONSUMIDORES.....</b>	<b>29</b>
<b>5.1. Concepto de práctica comercial del empresario en su relación con los consumidores.....</b>	<b>29</b>
<b>5.2. Las prácticas agresivas como prácticas comerciales con los consumidores.....</b>	<b>31</b>
<b>5.3 Catálogo de prácticas comerciales agresivas tasadas.....</b>	<b>32</b>
<i>5.3.1 Prácticas agresivas con los consumidores por coacción.....</i>	<i>32</i>

5.3.2 Prácticas agresivas con los consumidores por acoso.....	33
5.3.3 Prácticas agresivas en relación con los menores.....	37
5.3.4 Otras prácticas agresivas con los consumidores.....	40
5.3.5 Supuesto de la realización de prácticas que generan la impresión de que se debe aceptar una oferta para alcanzar un determinado beneficio.....	46
<b>6. HERRAMIENTAS DE DERECHO PRIVADO PARA LA CONTENCIÓN DE LAS PRÁCTICAS AGRESIVAS DESLEALES..</b>	<b>47</b>
<b>6.1. Acciones contra las prácticas agresivas.....</b>	<b>48</b>
6.1.1 La acción declarativa de deslealtad (art.32.1.1 LCD).....	50
6.1.2 La acción de cesación del acto o prohibición de este (art.32.1.2 LCD).....	51
6.1.3 La acción de remoción (art. 32.1.3 LCD).....	52
6.1.4 La acción de indemnización de daños y perjuicios (art.32.1.5 LCD).....	53
<b>6.2. Procedimiento.....</b>	<b>54</b>
<b>6.3. Legitimación activa.....</b>	<b>55</b>
<b>6.4. Legitimación pasiva.....</b>	<b>57</b>
<b>6.5. Diligencias preliminares.....</b>	<b>57</b>
<b>6.6. Carga de la prueba.....</b>	<b>59</b>
<b>6.7. Prescripción.....</b>	<b>59</b>
<b>7. CONCLUSIONES.....</b>	<b>60</b>
<b>8. BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN CONSULTADA.....</b>	<b>63</b>

## **LISTADO DE ABREVIATURAS EMPLEADAS**

CC: Código Civil

Art: Artículo

LCD: Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal

LGPu: Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad

LGDCU: Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

DPCD: Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior

LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

RAE: Real Academia Española

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STJUE: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

## 1. PRÓLOGO

La libertad de empresa se erige como derecho al reconocerse en el artículo 38 de la Constitución, que dispone lo siguiente: *“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.”*

Cuando se habla de libertad de empresa estamos haciendo alusión implícitamente al concepto de libertad de competencia, siendo esta, la indudable manifestación del ejercicio de libertad de empresa. Se puede hablar de que hay competencia económica en el momento en el que nos encontramos ante una pluralidad de empresarios o profesionales que, mediante sus actuaciones interdependientes en el mercado, van a tratar de obtener el mayor número de contratos ofreciendo, para ello, las condiciones más favorables.

Por tanto, todo ciudadano tiene derecho a desarrollar libremente una actividad empresarial y a ejercerla en un marco concurrencial en el que impere la libre y leal competencia.

Según la teoría clásica de la oferta y la demanda, el precio se determina en función de la solicitud por parte de los consumidores y la cantidad provista por los productores, llegando a un equilibrio perfecto a través de este mecanismo, autorregulándose el propio mercado, sin necesidad de intervención estatal. Lamentablemente, esta situación de competencia perfecta no deja de ser una utopía.

Es muy frecuente que en el mercado se produzcan anomalías propias de competencia imperfecta como bien puede ser el caso de los monopolios, u oligopolios, siendo escaso el número de empresas que compiten en el mercado, con mayor facilidad pueden acceder a manipular los precios o abusar de su dominio; la existencia de barreras de entrada que impidan el acceso a nuevos competidores; asociaciones entre competidores al estilo del cártel obteniendo los mayores beneficios posibles perjudicando los intereses de los consumidores, entre otras.

En definitiva, la competencia, o, mejor dicho, la libertad de competencia torna en un bien jurídico digno de ser protegido y preservado para garantizar que se estimule la competitividad económica y así, los consumidores, puedan disfrutar de una gama más amplia de bienes y servicios a precios más competitivos.

Los medios de los que disponemos a nivel nacional para velar por dicho bien jurídico son: por una parte, la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, denominada también como Derecho Antitrust, cuyo objetivo es evitar y en su caso, sancionar aquellas

conductas que produzcan o puedan producir, el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado. Por otra parte, la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal modificada por la Ley 29/2009 de 30 de diciembre cuya finalidad es la protección de la competencia en intereses de todos los que intervienen en el mercado, tanto competidores como consumidores, determinando la prohibición de aquellos actos que se consideran ilícitos de competencia desleal, así como la publicidad ilícita en los términos de la LGPu.

Este trabajo versa sobre el análisis y estudio del tratamiento legal de los actos de competencia desleal, en particular, sobre aquellos que son desleales por agresivos. El grueso del mismo desentraña las consecuencias que para la legislación anterior, la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, ha supuesto la transposición de la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento no 2006/2004 (en adelante, "DPCD"). Consecuentemente, entra en escena, la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la ley de competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios (en adelante, "LCD").

De entre las novedades más prominentes, nos encontramos con el nuevo artículo 8 de la Ley, que otorga, por primera vez, reconocimiento expreso a la deslealtad de las prácticas agresivas. Dicho precepto caracteriza y precisa las prácticas agresivas a través de la determinación de la existencia de una conducta relevante, de los requisitos de deslealtad establecidos y de las circunstancias a las que hay que estar para evaluar si la conducta que se enjuicia concuerda con la conducta relevante.

Esta cláusula general se completa mediante el añadido de aquellas prácticas agresivas de la categoría "especial" de prácticas comerciales desleales con los consumidores contenida en el Capítulo III LCD, a través del artículo 19.1, el cual será analizado más adelante.

A continuación, en el apartado 2 del citado artículo, se incluyen en esa misma categoría aquellas prácticas que serán desleales en todo caso y en cualquier circunstancia, contenidas de los artículos 21 a 31. Dentro de dicho catálogo, las prácticas que serán desleales por agresivas *per se* y sobre las que se desarrolla un estudio en la presente tesis son las siguientes: la contenida en el artículo 28, que contiene un supuesto de práctica agresiva por coacción; artículo 29, que establece dos supuestos de práctica agresiva por acoso; artículo 30 bajo la



rúbrica de “*prácticas agresivas en relación con los menores*” y, finalmente, el artículo 31 que recoge una serie de supuestos difícilmente encuadrables dentro de alguna de las modalidades anteriores, de ahí, su título: “*Otras prácticas agresivas*”.

Realizándose a la par tanto el estudio y desarrollo de los mencionados preceptos como la correspondiente contextualización dentro del compendio de la regulación de Competencia Desleal con anterioridad a la reforma y la actualidad.

Para ultimar, se presenta un breve análisis de las acciones que pueden interponerse frente a las prácticas desleales en cuestión, con el consecuente apoyo en la legislación procesal civil pertinente, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

## **2. PRECEDENTES**

### **2.1 Ley de Competencia Desleal de 1991**

Con carácter previo a la aparición de la Ley 3/1991 de 10 de enero de Competencia Desleal, (en adelante LCD), la materia relativa a los actos de competencia desleal se encontraba dispersa entre normativa diversa e inconexa que proporcionaba un ambiente de inseguridad jurídica.

Desde un intento a aproximarse a una definición de acto de competencia ilícita con la Ley de Propiedad Industrial de 16 de mayo de 1902, transitando en una aplicación de la teoría de la responsabilidad extracontractual -con la consiguiente apreciación de culpa o negligencia como base para prohibir la competencia desleal-, hasta llegar a la creación de la Ley 110/1963 de 20 de julio, de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia que funcionaría como una especie de “parche” ante la comunidad internacional<sup>1</sup>.

Su estructura sistemática es heredera del modelo alemán -el relativo a la ley *Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb*-, la cual consiste en establecer una cláusula general seguida de un elenco de supuestos considerados como desleales y de este modo la LCD presenta la siguiente distribución:

En un primer capítulo nos encontramos ante el tratamiento de cuestiones como la finalidad, el ámbito objetivo, ámbito subjetivo y ámbito territorial - artículos 1, 2, 3 y 4-.

En el segundo capítulo procede con la determinación de una cláusula general que prohíbe cualquier modo de competencia que sea contrario a los buenos usos y costumbres

---

<sup>1</sup> GONZÁLEZ PONS, E.: *Prácticas agresivas y tutela del consumidor*, BOE, Madrid, 2019

-artículo 5- y la enumeración de supuestos tasados como contrarios a una competencia leal -del artículo 6 al 17- sin hacer distinción de sujetos afectados, régimen unitario.

Avanzando hacia un tercer capítulo se nos presentan las acciones emanadas de la competencia desleal, compendio de acciones de carácter civil -artículo 18-, una amplia legitimación activa que no solo cuenta con una legitimación individual -artículo 19- sino con la innovación de implementar una legitimación colectiva atribuida a asociaciones de profesionales y consumidores, y la prescripción contenida en el artículo 21.

La Ley concluye con una serie de disposiciones procesales en su cuarto capítulo, como conviene enfatizar, las medidas cautelares contenidas en el artículo 25.

La ley cuenta con 26 artículos en su totalidad y con una disposición transitoria y una disposición derogatoria.

Las prácticas agresivas no habían recibido un tratamiento o consideración específicos en la Ley de 1991 ni habían sido plasmadas en el catálogo de actos de competencia desleal enmarcados en el capítulo II de la misma. Sin embargo, ello no quiere decir que conductas reprochables como las mismas no pudieran ser sometidas a examen en base a una serie de artículos instaurados en la LCD y la Ley General de Publicidad de 1988, -Ley 34/1988 de 11 de noviembre-.

#### *2.1.1 Cláusula general del artículo 5 y antiguo artículo 8 de la LCD*

Como se ha esclarecido previamente, la LCD no prohibía de manera expresa las prácticas agresivas, pero a través de la doctrina se establece un número de casos que serían enjuiciables a través de la aplicación de la cláusula general contenida en el artículo 5 de la Ley: *“Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”*<sup>2</sup>. Los criterios escogidos para la confección del grupo de casos plausiblemente perseguibles por esta vía provienen de la jurisprudencia alemana<sup>3</sup>. Se trataba de ofertas que, por la forma en la que se realizaban, circunstancias en las que se procedía o por la relación existente entre oferente y destinatario de la oferta generaban una presión de compra indebida, irrumpiendo en la esfera privada del mismo, sacando provecho de una situación de compromiso y, por ende, influyendo o impidiendo la reflexión necesaria para decidir

---

<sup>2</sup> Cláusula general establecida en el artículo 5 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. BOE nº 10, de 11 de enero de 1991.

<sup>3</sup> PALAU RAMÍREZ, F., “Prácticas Agresivas”, en RUIZ PERIS, J. I., (coord.): 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, págs. 147-156

sobre una transacción. Supuestos como casos de *marketing* directo –calle, buzones, teléfono, fax, e-mail, visitas a domicilio-, ofertas de familiares, amigos o compañeros de trabajo o de personas del propio entorno social (*ventas en reunión*), ofertas realizadas en lugar de accidente o fallecimiento, envío a domicilio de productos no solicitados, abuso de autoridad.<sup>4</sup>

Los tribunales se pronunciaron ante estos comportamientos como ocurrió con el *marketing* directo, en una sentencia del SAP de Barcelona de 1995 -mediante la entrega de material publicitario a los viandantes- mas al examen del caso no se consideró desleal debido a que no podía influir indebidamente en las decisiones de los receptores de la publicidad. Otro caso a resaltar podría ser la resolución del SAP de Madrid de 23 de junio de 2009<sup>5</sup> en la que se condenaba la conducta de ofertar servicios funerarios a los familiares del fallecido al instante de su defunción. Si bien, hoy en día, se ha aceptado la publicidad directa en la calle –como el caso descrito previamente- siempre y cuando se permita que los destinatarios se nieguen a recibir dicha publicidad<sup>6</sup>.

Otros supuestos de prácticas agresivas serían la explotación abusiva de ánimo de lucro o de participación de juegos de azar, que se incardinan en el antiguo artículo 8 de la LCD: “*Obsequios, primas y otros supuestos análogos*”.

Se reputarían desleales la entrega de obsequios con fines publicitarios y prácticas comerciales análogas cuando, por la circunstancia en la que se realicen, pongan al consumidor en el compromiso de contratar la prestación inicial, -artículo 8.1-. En el caso de que la oferta de cualquier clase de ventaja o prima para el caso de que se contrate la prestación inicial induzca o pueda inducir al consumidor a error acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento, o cuando le dificulte gravemente la apreciación del valor efectivo de la oferta o su comparación con ofertas alternativas. Teniendo en cuenta que esas circunstancias se presumirán verificadas cuando el coste efectivo de la ventaja exceda del **quince por ciento** del precio de la prestación principal, según el artículo 8.2. El último apartado dispone que la subordinación de la conclusión de

---

<sup>4</sup> MASSAGUER J., “Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 27, 2010, pág. 18

<sup>5</sup> MASSAGUER J., “Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 27, 2010, pág. 18

<sup>6</sup> PALAU RAMÍREZ, F., “Prácticas Agresivas”, en RUIZ PERIS, J. I., (coord.): *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, págs. 147-156

un contrato a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guarden relación con el objeto de tal contrato se reputará desleal cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el apartado anterior.<sup>7</sup>

Estas normas han sido derogadas tras la transposición de la Directiva 2005/29 de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en su relación con los consumidores en el mercado interior y ahora habría que determinarse si estos supuestos se enjuician como prácticas agresivas dentro de la cláusula general –contenida en el actual artículo 4-, como actos de engaño según lo contenido en el artículo 5, como actos de confusión (artículo 6), como omisiones engañosas (artículo 7) o incluso contemplar un examen desde el prisma del artículo 8 sobre prácticas agresivas. Así como en el caso que proceda tener en cuenta las normas concretas del Capítulo II de la nueva redacción de la Ley de Competencia Desleal: “Prácticas comerciales con los consumidores o usuarios”.

#### 2.1.2 Alusión a la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

Antes de que se produjera la reforma, la legislación sobre competencia desleal se encontraba a parte de en la LCD, en la Ley General de Publicidad de 1988 (en adelante, LGPu), en concreto en su Título II que versa sobre la *publicidad ilícita y las acciones para hacerla cesar*.

La publicidad, se entiende como toda actividad que se desarrolla en el mercado con el objetivo de fomentar la oferta y la demanda de bienes o servicios y que es llevada a cabo por aquellos que actúan como operadores económicos en el mercado, representando un comportamiento concurrencial, entendido este como aquel que resulta idóneo para garantizar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero. Tal actividad puede calificarse como desleal en supuestos tales como la publicidad denigratoria del antiguo artículo 6 LGPu (art. 9 LCD), la publicidad que induce confusión -de la letra b, artículo 6 (art. 6 LCD)- y en definitiva cuando sea contraria a las exigencias de la buena fe y los usos mercantiles.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. BOE nº 10, de 11 de enero de 1991.

<sup>8</sup> PÉREZ MOSTEIRO, A. M., “Breve análisis de la Ley 3/1991, de 10 de enero de 1991”, en BOYANO ADÁNEZ, U. C., (coord.): La reforma de la Ley de Competencia Desleal: efectos de la armonización comunitaria, Grupo Difusión, Madrid, 2011, págs. 63-67

Se produce por tanto una duplicidad de regulación y un problema tanto de delimitación de lo que podría ser calificado como publicidad desleal o como infractor de competencia desleal, así como un problema de paradoja legislativa debido a que era diferente tanto el alcance de las normas como la protección que se ofrecía en cada una de ellas. Se sucedieron diversas posturas doctrinales y jurisprudenciales, en primer lugar, aquellas que abogaban por la aplicación del principio *lex specialis derogat generali* – para la preeminencia de la LGPu sobre la LCD, aplicable a supuestos de deslealtad más concretos- o bien se basaban en el principio de *lex posterior derogat anterior* –para la consiguiente supremacía y aplicación de la LCD. En segundo lugar, aquellas posturas que se inclinaban hacia la compatibilidad y complementariedad de normas, siendo incluso de aplicación conjunta según el supuesto de hecho objeto de examen.

Finalmente, y con la modificación que ambas leyes sufren tras la Ley 29/2009 de 30 de diciembre, se consigue paliar esta situación de inseguridad jurídica. Uno de los aspectos de la reforma más destacables sería la remisión que hace la nueva redacción de la LGPu a la LCD en su nuevo artículo 3 letra E: “*La publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal.*”

Bajo la materia que atañe a este trabajo, para que un supuesto de publicidad pueda ser calificado como de práctica publicitaria agresiva habrá de cumplirse con todos los requisitos que contiene el actual artículo 8 de la nueva redacción de la LCD. Un apartado que se podría tener en cuenta sería el *spam publicitario* que puede someter la voluntad del consumidor e influir en la decisión que recae sobre una transacción.

Es menester destacar el artículo 30 de la LCD que reputa desleal por agresivo que se incluya en la publicidad “*una exhortación directa a los niños para que adquieran bienes o usen servicios o convezan a sus padres u otros adultos de que contraten los bienes o servicios anunciados.*” (*pester power o factor fastidio*).<sup>9</sup>

## **2.2 La Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior**

El problema capital del que sufría la materia de competencia desleal en el ámbito comunitario radicaba en la divergencia de tratamiento nacional en relación con las prácticas

---

<sup>9</sup> Guía para la implementación/aplicación de la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales. Bruselas 25 de mayo de 2016. [COM(2016)320]. Pág.35

comerciales desleales empleadas por los empresarios con sus consumidores, provocando una alteración sobre los pilares básicos de la UE, en concreto, el libre intercambio de bienes y servicios. A esta conclusión llegaría la Comisión Europea tras realizar un estudio sobre las razones por las cuales los ciudadanos europeos mostraban rechazo a la hora de realizar compras transfronterizas.<sup>10</sup>

De este modo, la Directiva 2005/29/CE (en lo sucesivo, DPCD) supondría otorgar una mayor seguridad jurídica, armonizando las diversas normas de carácter nacional sobre competencia desleal además de introduciendo las prácticas agresivas como supuestos específicos de deslealtad.

En cuanto al ámbito de aplicación de la DPCD hay que resaltar que esta no abarca todos los actos de competencia desleal sino solo aquellas prácticas comerciales<sup>11</sup> desleales empleadas por las empresas en su relación con los consumidores *-relaciones B2C-*<sup>12</sup> con carácter exclusivo- y en particular, aquellas que afecten directamente a los intereses económicos de aquellos. Es decir, se pretende la tutela de la autonomía y racionalidad de las decisiones sobre una transacción económica.

La DPCD es una directiva *marco* debido a que lleva a cabo una armonización general y no es de aplicación a los aspectos concretos de prácticas comerciales desleales propios de una regulación comunitaria específica y a su vez, una directiva de *máximos*, en cuanto a que establece una armonización plena y los Estados miembros no pueden imponer normas más estrictas que las ya instauradas por la misma en relación con las conductas comprendidas en su ámbito de aplicación objetivo.

Cuenta con una cláusula general en su artículo 5 que desde un punto de vista sistemático deja caracterizado el ilícito de deslealtad como ilícito de naturaleza objetiva, de peligro y extracontractual<sup>13</sup>. La prohibición general abarca:

1.- Una conducta, las prácticas comerciales realizadas por las empresas en sus relaciones con los consumidores

---

<sup>10</sup> GONZÁLEZ PONS, E.: *Prácticas agresivas y tutela del consumidor*, BOE, Madrid, 2019

<sup>11</sup> El artículo 2, letra d establece como práctica comercial: " *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*".

<sup>12</sup> BUSINESS TO CONSUMER, artículo 3, apartado 1 de la DPCD

<sup>13</sup> MASSAGUER, J., MARCOS, F., Y SUÑOL, A., " La transposición al Derecho Español de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales" *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 2013, 2006, pág. 10

2.- El estándar jurídico que supone la diligencia profesional y sobre el que se basa el juicio o examen sobre una conducta para considerar su calificación como desleal. Entendida la diligencia profesional como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar razonablemente del comerciante, acorde con las prácticas honradas del mercado o con el principio general de buena fe<sup>14</sup>.

3.- La concurrencia de un requisito a mayores: que distorsione el comportamiento económico de un consumidor medio<sup>15</sup>, del miembro medio de un grupo<sup>16</sup> determinado si es que la práctica va dirigida a uno en especial o del miembro medio de un grupo de consumidores vulnerables.<sup>17</sup>

Ulteriormente, esta prohibición se desarrolla con las prohibiciones específicas de las *prácticas comerciales engañosas*. Se contienen dos categorías de prácticas comerciales engañosas: prácticas comerciales engañosas por acción -artículo 6- y por omisión -artículo 7-. La primera categoría comprende las prácticas engañosas que difunden datos falsos o que aún sin ser falsos puedan inducir a error respecto a los términos relevantes tasados en la Directiva e influir en la toma de decisión del consumidor. Por otro lado, estaría la segunda categoría cuyas prácticas no aportan al consumidor u ocultan la información sustancial de manera que un consumidor no pueda tomar una decisión sobre una transacción de una manera deliberada e intencionada.

Otra prohibición específica la constituirían las *prácticas agresivas* contenidas en los artículos 8 y 9. Son prácticas que se valen del *acoso, coacción o la influencia indebida* para que el consumidor tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado.

---

<sup>14</sup> Guía para la implementación/aplicación de la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales. Bruselas 25 de mayo de 2016. [COM(2016)320] Pg. 36

<sup>15</sup> Entendido el *consumidor medio* según el Cdo.18: "...como aquel normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos".

<sup>16</sup> Según el artículo 5, apartado 2, letra b) de la DPCD se concreta la referencia de consumidor medio cuando la práctica se dirija a un grupo de consumidores determinado, debiéndose evaluar al miembro medio de ese grupo ya que este dispondrá de conocimientos más específicos que el consumidor medio. Siempre que ese grupo sea suficientemente identificable, de carácter limitado y homogéneo. Si no se puede identificar al grupo, la referencia general será el consumidor medio.

<sup>17</sup> Según lo establecido en el artículo 5, apartado 3 y el Cdo. 19 de la DPCD, "Las prácticas comerciales que puedan distorsionar de manera sustancial, en un sentido de que el comerciante pueda prever razonablemente, el comportamiento económico de un grupo claramente identificable de consumidores especialmente vulnerables a dichas prácticas al producto al que se refieran, por padecer estos últimos una **dolencia física o un trastorno mental o por su edad o su credulidad**, deberán evaluarse desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo."

La prohibición de estas dos prácticas se culmina con el *Anexo I* que aglutina prácticas comerciales que son engañosas y agresivas en todo caso y bajo cualquier circunstancia. Dicho *Anexo I* debe ser asumido por los Estados miembros íntegramente y no puede ser modificado.<sup>18</sup>

El legislador comunitario deja en manos de los Estados la adopción de medios adecuados para hacer frente a estas prácticas, sin determinar el carácter público o privado de los procedimientos para enfrentarse a las prácticas comerciales desleales y tampoco el régimen de sanciones aplicables, exigiendo que las medidas seleccionadas sean “*eficaces, proporcionadas y disuasorias*” -según su artículo 13-. Respecto a lo que medidas se refiere, el elenco se ha reducido a sanciones administrativas, multas penales o consecuencias de Derecho Privado como sería el ejercicio de acciones civiles para perseguir un resarcimiento por daños y perjuicios. En España se ha optado por una combinación de sistema judicial y sistema administrativo para perseguir estas prácticas, el cual será objeto de estudio más adelante.

En suma, la DPCD reconoce y apoya el fomento de los códigos de conducta o de autorregulación en esta materia, pero teniendo en cuenta, como condición *sine qua non*, que el acogerse a los medios de resolución de conflictos que en ellos se contenga no se haga exclusión de las acciones judiciales y/o administrativas establecidas por el legislador nacional.

### **2.3 Innovación de la Ley 29/2009**

La última etapa evolutiva de la materia de competencia desleal en nuestro país culmina con la transposición de la Directiva 2005/29/CE a través de la aprobación 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. Pero no tan solo una reforma, sino que es una *Ley de mayor alcance* ya que a su vez modifica

---

<sup>18</sup> Art. 5.5. y Cdo. 17 del Preámbulo de la Directiva 2005/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) no 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (Directiva sobre prácticas comerciales desleales). Diario Oficial de la Unión Europea, núm. L 149, 11 de junio de 2005.



la Ley General de Consumidores y Usuarios y la Ley de Ordenación del Comercio Minorista. Es una “*transformación de gran calado*”, como la describió el profesor TATO.<sup>19</sup>

Al modo de ver del profesor MASSAGUER<sup>20</sup>, la transposición de la DPCD era innecesaria ya que el ordenamiento jurídico interno no la contradecía, se podría decir que en lo fundamental estaba implementada y que cualquier tipo de situación en la que se produjeran diferencias se podría paliar mediante la aplicación a la cláusula general contenida en el artículo 5 de la antigua LCD de 1991 o de su artículo 8. -tal y como sustentó el Reino de España en el procedimiento que promovió la Comisión Europea por incumplimiento del deber de transponer la Directiva 2005/29/CE en el plazo establecido-.

21

### *2.3.1 Alteraciones principales*

En cuanto al ámbito objetivo de aplicación de la LCD se produce una ampliación del mismo mediante el enclave de prácticas realizadas antes, durante y después de un contrato entre los actos de competencia sujetos a la Ley- artículo 2.3 de la LCD-. Esta alteración fue sin duda criticada debido a que los actos de competencia no comprenden todas las prácticas comerciales, en concreto, las realizadas posteriormente a una transacción comercial. Se adoptó la solución de configurar una definición legal de acto de competencia no concomitante con la que tiene en el uso normal del lenguaje, lo cual sería técnicamente mejorable.

A su vez, es destacable, a pesar de no centrarse en el objeto de estudio de este trabajo, la modificación que lleva a cabo la reforma de 2009, traslada el régimen sustantivo de la publicidad engañosa y desleal a la Ley, tanto calificando todas las modalidades de publicidad ilícita como actos de competencia desleal como con la sustitución de la acción de publicidad ilícita por la acción de competencia desleal contenida en el Capítulo IV de la Ley de Competencia Desleal –reforzando el principio de generalidad contenido en el preámbulo de la antigua redacción de la Ley-<sup>[2009]</sup> y, de este modo solucionando situaciones de inseguridad jurídica y de injusticia material.

---

<sup>19</sup> PÉREZ MOSTEIRO, A. M., “Breve análisis de la Ley 3/1991, de 10 de enero de 1991”, en BOYANO ADÁNEZ, U. C., (coord.): La reforma de la Ley de Competencia Desleal: efectos de la armonización comunitaria, Grupo Difusión, Madrid, 2011, pág. 101

<sup>20</sup> MASSAGUER, J., “Treinta años de la Ley de Competencia Desleal”, en Actualidad Jurídica Uría Menéndez, nº 55, 2021, pág. 74 y sgs.

<sup>21</sup> STJUE de 23 de abril de 2009, asunto C-321/08 “Comisión c. Reino de España” (ECLI:EU:C:2009:265).

Como modificaciones en el ámbito subjetivo, nos encontramos con la introducción de un Capítulo III que lleva por rúbrica “Prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios” -artículos 19 a 31-, produciéndose una ruptura del régimen unitario de protección de los participantes del mercado. En este sentido, el artículo 19 establece que exclusivamente tendrán la consideración o calificación de prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios, las previstas en este capítulo y en los artículos 4, 5, 7 y 8 de esta Ley y serán en todo caso y sin necesidad de examen, prácticas comerciales desleales con los consumidores las comprendidas de los artículos 21 a 31.

Otro efecto de la transposición es la inclusión de nuevas prácticas comerciales desleales que habían sido reclamadas por la doctrina para su pertinente regulación: las prácticas engañosas bien por acción o bien por omisión y las prácticas agresivas.

### *2.3.2 Emplazamiento de las prácticas agresivas en la nueva redacción de la LCD*

Las prácticas agresivas se encuentran situadas en el artículo 8 LCD, siendo esta la cláusula general de los actos de agresión, dentro del capítulo II de “Actos de competencia desleal”. Se encuentran mencionadas en ese capítulo debido a que la LCD establece “un régimen jurídico unitario sobre la deslealtad de los actos de engaño y agresivos, es exigible igual nivel de corrección con independencia de que sus destinatarios sean consumidores o empresarios”<sup>[OB].</sup><sup>22</sup>

El artículo 19 LCD determina que únicamente tendrán la consideración de prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios aquellas que estén previstas en el Capítulo III y en los artículos 4, 5, 7 y 8 LCD. Por tanto, entre las que se encuentran, el artículo 8 ya citado y los artículos 28 a 31 que tratan prácticas agresivas desleales bajo cualquier circunstancia.

## **3. PROHIBICIÓN GENERAL DE LAS PRÁCTICAS AGRESIVAS CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 8 LCD**

El grueso de la regulación sustantiva de las prácticas agresivas se encuentra contenido en el artículo 8 Capítulo II, de la Ley 29/2009, de Competencia Desleal y es el resultado de refundir en un único precepto los artículos 8 y 9 de la Directiva 2005/29/CE. Este sirve para establecer cuando nos encontramos ante un comportamiento agresivo, comprendiendo la noción en sentido estricto, recogiendo las conductas que se consideran

---

<sup>22</sup> 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 de los usuarios. BOE no 315 ,de 31 de diciembre de 2009.

reprochables (acoso, coacción e influencia indebida) -artículo 8.1-, y un listado de circunstancias —a tener en cuenta- que puedan mermar considerablemente la libertad de elección o decisión sobre una transacción, lo cual se dispone en el artículo 8.2. Cuyo tenor literal es el siguiente:

*“1. Se considera desleal todo comportamiento que teniendo en cuenta sus características y circunstancias, sea susceptible de mermar de manera significativa, mediante acoso, coacción, incluido el uso de la fuerza, o influencia indebida, la libertad de elección o conducta del destinatario en relación al bien o servicio y, por consiguiente, afecte o pueda afectar a su comportamiento económico.*

*A estos efectos, se considera influencia indebida la utilización de una posición de poder en relación con el destinatario de la práctica para ejercer presión, incluso sin usar fuerza física ni amenazar con su uso.*

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

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

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

*c) La explotación por parte del empresario o profesional de cualquier infortunio o circunstancia específicos lo suficientemente graves como para mermar la capacidad de discernimiento del destinatario, de los que aquél tenga conocimiento, para influir en su decisión con respecto al bien o servicio.*

*d) Cualesquiera obstáculos no contractuales onerosos o desproporcionados impuestos por el empresario o profesional cuando la otra parte desee ejercitar derechos legales o contractuales, incluida cualquier forma de poner fin al contrato o de cambiar de bien o servicio o de suministrador.*

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

Si bien, es importante hacer hincapié en las diferencias que presenta la redacción española frente a la redacción comunitaria puesto que cambian el enfoque del precepto:

1.- El legislador comunitario hace referencia al concepto “*práctica comercial*” mientras que el español hace uso del de “*comportamiento*” con el objetivo de que llegue a alcanzar a toda conducta comprendida en el ámbito de aplicación de la Ley (según lo que estipula el artículo 2 de la misma). Ello debido a que la noción de práctica es mucho más restringida que la de comportamiento, pudiendo incurrir en la necesidad de que se dependiera de una conducta **continuada** para considerarse práctica, aunque, como bien ha señalado el TJUE<sup>23</sup>,

---

<sup>23</sup> En este sentido, STCE de 16 abril de 2015 (Asunto C-388/13), que en réplica a la cuestión prejudicial promovida por la Kúria (Hungria), mediante resolución de 14 de mayo de 2013, recibida en el Tribunal de

cuando el legislador comunitario se refiere a "*práctica comercial*", lo hace en el sentido de la DPCD, tratándose de un solo comportamiento que perjudique a un solo consumidor.

2.- En segundo lugar, estaría la adopción del concepto de "*destinatario*" en lugar del de "*consumidor medio*" como se plasma en la Directiva ya citada, con el objetivo de que el precepto pueda regular con carácter general las prácticas agresivas; tanto las relaciones entre empresas y profesionales, como de estas últimas con los consumidores. Todo ello tiene justificación en la preferencia del legislador español de establecer una regulación única contra la competencia desleal. Teniendo en cuenta la previsión del artículo 19, Capítulo III, de la LCD, que establece que exclusivamente serán consideradas como prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios las contenidas en el mismo, y en el artículo 8, que es el que nos concierne.

3.- Uso de la terminología "*bien*" o "*servicio*", en lugar de "*producto*" por ser esos conceptos más amplios y generales que el último.

A modo de resumen, podríamos decir que la estructura de esta conducta desleal es la siguiente: Un *comportamiento* que se basa en el uso del "acoso, coacción o influencia indebida", siendo necesario apreciar una *merma considerable de la libertad de elección o conducta del destinatario* de modo que afecte o pueda afectar a su comportamiento económico. A tal finalidad se tendrán en consideración todas las circunstancias, es decir, el contexto fáctico y a su vez, las *circunstancias contenidas en el artículo 8.2* que son aquellas que, efectivamente, determinaran si una conducta hace uso del acoso, coacción o influencia indebida.

### **3.1 Merma significativa en la libertad de elección o conducta del destinatario**

Todo aquel comportamiento que pretenda promocionar prestaciones y se valga del acoso, coacción o influencia indebida para ello, no es desleal *per se*. Solo lo será en el caso de que pueda producir una merma considerable en la libertad de elección del destinatario y ello está en relación con la cláusula general de deslealtad contenida en el artículo 4 de la LCD que determina que para que una práctica sea considerada de desleal, tiene que ser susceptible de 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*

---

Justicia el 8 de julio de 2013, argumenta que: «La Directiva no fija ningún umbral, ni de frecuencia ni de número de consumidores afectados, a partir del cual una acción o una omisión quede comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva. (...) esa tesis implicaría que corresponde al consumidor determinar que otros particulares han resultado perjudicados por el mismo operador, cuando, en la práctica, esa prueba es muy difícil de establecer».

*no hubiera tomado» y lo mismo se desprende del artículo 2.e) de la Directiva 2005/29/ CE (“distorsión significativa de su comportamiento económico”<sup>24</sup>).*

No es necesario que la práctica comercial agresiva, en efecto, produzca que el destinatario tome una decisión u otra, sino que el mero hecho de suponer un riesgo para la libertad de elección, indica la idoneidad de la práctica para influir en la conducta del destinatario y de ese modo, hacerle tomar una decisión que de otro modo no hubiera tomado.

Será necesario el examen “*caso por caso*” para decidir si la práctica enjuiciada puede alterar de manera significativa y apreciable el comportamiento económico del destinatario. Esta merma en la libertad de elección del destinatario puede repercutir desde la aceptación de una oferta, o en el comportamiento sobre prestaciones ya contratadas como podría ser conservar el producto o ejercer algún tipo de derecho que provenga del contrato celebrado mediante el uso del acoso, coacción o influencia indebida por parte del agente del mercado. De este modo, se establece una regla de *minimis* y se evita la prohibición de prácticas simplemente molestas por la vía de la LCD, que lo que pretende es preservar la competencia, sin perjuicio de la correspondiente aplicación de las normas especiales de protección de la intimidad o seguridad de las personas, por más que se trate de conductas realizadas en el mercado con una finalidad concurrencial<sup>25</sup>.

### **3.2 Acoso**

La LCD no ofrece una definición de acoso; pero este se podría fijar como aquel comportamiento que se basa 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, sin que sea condición o característica propia del acoso el contacto personal entre oferente y destinatario - según palabras del PROFESOR MASSAGUER-.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> Para la correcta interpretación del concepto “comportamiento económico”, resulta necesario recurrir al artículo 4 de la LCD ya que las normas que regulan las prácticas agresivas no son más que un desarrollo de la prohibición general, no son normas especiales: “[...] A los efectos de esta ley se entiende por comportamiento económico del consumidor o usuario toda decisión por la que éste opta por actuar o por abstenerse de hacerlo en relación con: a) La selección de una oferta u oferente. b) La contratación de un bien o servicio, así como, en su caso, de qué manera y en qué condiciones contratarlo. c) El pago del precio, total o parcial, o cualquier otra forma de pago. d) La conservación del bien o servicio. e) El ejercicio de los derechos contractuales en relación con los bienes y servicios”.

<sup>25</sup> MASSAGUER J., “Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 27, 2010, pág. 26

<sup>26</sup> MASSAGUER J., “Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 27, 2010, pág. 27

El acoso supone trasladar al destinatario de una práctica comercial agresiva a un “*escenario hostil o humillante*”<sup>27</sup> para que acceda a la contratación de una determinada prestación o realice determinada conducta contractual no basándose en una correcta reflexión o en un verdadero interés por lo ofrecido sino como mera “*escapatoria*” a la situación en la que el agente le ha sometido. Como supuestos de acoso que son merecedores de un reproche por desleales en todo caso, podemos hacer referencia a sacar provecho de situaciones de infortunio o apelar a los sentimientos del destinatario que le dificulten física o moralmente el rechazo a la oferta. Este último ejemplo se refleja en el artículo 31.3 de la LCD que establece: “*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.*”<sup>28</sup>

El artículo 29 contiene las “*prácticas agresivas por acoso*” que son desleales en todo caso:

1.- Las “*ventas puerta a puerta*” o también conocidas como, “*door-to-door salesman*”, que se refiere a las ventas no solicitadas a domicilio, ignorando las peticiones del destinatario dirigidas al empresario no se persone de nuevo en su casa.

Dado el carácter obviamente agresivo de esta práctica, ciertos Estados Miembros de la UE han aprobado disposiciones para limitar determinados extremos en los que se desarrollan estos comportamientos **fuera del establecimiento comercial** ya sea por razones de orden público o por proteger la esfera de la vida privada de los consumidores que ampara el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: “*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones.*”

Con el objeto de evitar que estos preceptos vayan en contra de los mandatos de máximos de la DPCD, en la misma, se prevé que los Estados miembros observen medidas, proporcionadas y no discriminatorias, para paliar los efectos de las visitas no solicitadas del empresario al domicilio de los consumidores y de ese modo, velar por los intereses legítimos de los mismos. Como exponente podemos destacar el Real Decreto-ley 15/2008, de 5 de octubre, de medidas urgentes para la transición energética y la protección de los consumidores, que prohíbe a las comercializadoras eléctricas y de gas natural, llevar a cabo visitas domiciliarias no solicitadas en pro a promocionar sus productos, exceptuando el caso en el que el consumidor lo haya solicitado por iniciativa propia -artículo 12 y 13-.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> GONZÁLEZ PONS, E.: Prácticas agresivas y tutela del consumidor, BOE, Madrid, 2019

<sup>28</sup> 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 de los usuarios. BOE nº 315, de 31 de diciembre de 2009.

<sup>29</sup> Real Decreto-ley 15/2018, de 5 de octubre, de medidas urgentes para la transición energética y la protección de los consumidores. BOE nº 242, de 6 de octubre de 2018.

2.- El *spam* telefónico o por otros medios como bien podrían ser: fax, correo electrónico, etc. De ahí se reitera la idea expresada anteriormente de que no se precisa de contacto personal para que se dé el acoso.

Por supuesto que no todo el *marketing* directo ha de considerarse como acoso, sino solo aquel que implique una “*presión que sea susceptible de afectar a la libertad de elección*”<sup>30</sup>.

Para que una conducta se califique como de acoso, hay que tener en cuenta una serie de circunstancias que se encuentran en el artículo 8.2 LCD. Las recogidas en el apartado a) son las más relevantes para considerar que nos encontramos ante un supuesto de acoso. Hablamos de *momento o lugar* en los que la conducta se manifiesta. En cuanto al momento, fuera de los horarios razonables de una jornada laboral media, por ejemplo. En cuanto al lugar, aquellos considerados inusuales por ser idóneos para que el destinatario se sienta acosado como: oferta realizada en el lugar de un accidente o fallecimiento de una persona cuando el destinatario no está en condiciones para reflexionar sobre la misma, o visitas inesperadas al domicilio del mismo, -como el citado artículo 29 menciona-.

Lo referente a la *naturaleza o persistencia* de la conducta, parece a su vez, adaptarse a la conducta del acoso. Esa reiteración en las visitas inesperadas al domicilio después de solicitar al empresario que “*no vuelva a personarse*” o en las propuestas por teléfono, fax, correo electrónico, u otros medios de comunicación a distancia (no deseadas) es determinante para discernir si nos encontramos ante un supuesto de acoso – en este caso, de los supuestos de acoso *per se* del artículo 29 LCD- o no.

La conducta de acoso ha de ponerse en relación con aquellos supuestos de especial vulnerabilidad del consumidor. Hablamos de situaciones en las que este sea más susceptible a estas prácticas por razones objetivas: edad, salud, infortunio reciente, etc. Un supuesto, bien podría ser el contenido en el artículo 30 de la LCD: “*Se reputa desleal 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*”, según apunta el profesor MASSAGUER.

---

30 ARROYO APARICIO, A., “Artículo 8 Prácticas agresivas”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., (coord.): “Comentarios a la ley de competencia desleal”, Aranzadi, Navarra, 2011, pág.214.

Por tanto, podría reducirse que existe acoso en el sentido del artículo 8 de la LCD, sin apreciar circunstancias relativas al lugar, momento, o persistencia -reiteración- antes mencionadas si se dan este tipo de situaciones.<sup>31</sup>

### 3.3 Coacción

La coacción se entiende como aquella conducta que comporta el uso de la fuerza o la amenaza del uso de la misma, ya sea física o verbal, deparando en una lesión, privación u otro tipo de desventaja material o inmaterial para el destinatario<sup>32</sup>.

A parte del uso de la fuerza física como el supuesto más evidente de coacción, que queda de manera expresa contenido en el artículo 8 LCD. De entre las circunstancias recogidas en el artículo 8.2 LCD, el empleo de “un lenguaje o un comportamiento amenazador o insultante”, -letra B-; la comunicación de que se va a ejercitar cualquier acción, que, legalmente, no puede ejercerse, -letra E-; la circunstancia referida a “*cualesquiera obstáculos no contractuales onerosos o desproporcionados impuestos por el empresario o profesional cuando la otra parte desee ejercitar derechos legales o contractuales, incluida cualquier forma de poner fin al contrato o de cambiar de bien o servicio o de suministrador*”, -letra D-; y el supuesto previsto como práctica agresiva por coacción **en todo caso** contenida en el artículo 28 LCD: en el que se atrae a clientes a un local específico, llamando su atención a través de ofertas o premios llamativos sin permitirles la salida del mismo a menos que suscriban un contrato.

Es relevante hacer énfasis en que el mero anuncio de acciones, que supone tanto la interposición de demanda, presentación de denuncias, así como la adopción de otras medidas destinadas a defender derechos o intereses solamente entrarán dentro del concepto o noción de coacción en cuanto o bien, no existan en derecho o falten los presupuestos necesarios para hacer uso de ellas.

Cuando se afirma que el empleo de un comportamiento insultante supone coaccionar al destinatario de la práctica, se extiende la coacción a la fuerza o la violencia psicológica, como son aquellas conductas que deparan la vejación, ridículo, difamación del destinatario,

---

<sup>31</sup> TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., La reforma de la Ley de Competencia Desleal, La Ley, Madrid, 2010, pág. 195

<sup>32</sup> MASSAGUER J., “Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 27, 2010, pág.28



etc. Con ello, reitero la idea de que la coacción no solo supone el empleo de una fuerza únicamente física.

De modo que, todos estos supuestos se reducen en la posibilidad de ocasionar un daño a la persona, bienes, derechos o intereses del destinatario conduciendo a este a aceptar una oferta, determinar la decisión de ejercitar o no derechos legales o contractuales, con el fin de; evitar molestias mayores –ejercicio de acciones (presión jurídica), presión física, vejaciones (violencia psicológica)-, o para alcanzar una ventaja que no es real, -artículo 28 LCD-.

### 3.4 Influencia indebida

La influencia indebida es el único concepto que sí que aparece definido en la Ley y según lo que establece el artículo 8.1 LCD: “...se considera *influencia indebida la utilización de una posición de poder en relación con el destinatario de la práctica para ejercer presión, incluso sin usar fuerza física ni amenazar con su uso.*” Esta definición proviene del texto comunitario, en concreto de su artículo 2 letra j), con la consiguiente modificación del concepto de “consumidor” por el de “destinatario”.

Se sancionan aquellas situaciones en las que se presenta una supremacía del agente/profesional sobre el consumidor y el primero abusa de esta situación extraordinaria para influenciar en el comportamiento económico del destinatario de la práctica, impidiendo que adopte una decisión, de manera libre, sobre una transacción.

En todo caso, para que exista influencia indebida tiene que existir una posición de poder que puede provenir de una relación de subordinación, dependencia o de otro carácter que ubique al destinatario de la práctica en una situación especial de vulnerabilidad o pleitesía<sup>33</sup>. Nos encontramos ante relaciones económicas, personales o de otra índole. Hablamos de relaciones laborales, o docentes -actúa deslealmente el profesor que, por ejemplo, no solo recomienda un libro, sino que valiéndose de esa relación de poder pone a los alumnos en la tesitura de comprarse el libro por el temor de ser suspendido- o incluso, encajarían situaciones en las que exista una asimetría informativa entre el agente y el destinatario, en el sector financiero, por ejemplo, hay una acentuada desigualdad informativa entre oferente y destinatario. A título ilustrativo, estaría la STS no 735/2009, de 25 de noviembre, de 2009 (Civil) (RJ\2010\145)<sup>34</sup>. Se declara ilícita la práctica agresiva cometida por una academia de

---

<sup>33</sup> GONZÁLEZ PONS, E.: Prácticas agresivas y tutela del consumidor, BOE, Madrid, 2019

<sup>34</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, 735/2009 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 25 de noviembre de 2009

idiomas que, a la firma del contrato de servicio de enseñanza de idiomas, vincula otro contrato de financiación del curso por una entidad financiera escogida por la misma academia, anulando la libertad de elección del consumidor por otras opciones de financiación.

A modo de resumen, podríamos decir que la influencia indebida como concepto “*ex novo*” desarrollado por la DPCD y que supone una técnica más de venta agresiva desleal consta de dos elementos:

1.- **La existencia de una posición de poder:** Como ya se ha mencionado en la definición de influencia indebida, se exige reconocer una especial relación entre el agente y el destinatario de la práctica para que se pueda dar el condicionante que determina la deslealtad de la práctica: que el agente, valiéndose de esta situación, influya en la libertad de elección del destinatario en relación con el bien o servicio. La práctica agresiva que se funde en este concepto aglutina un amplio elenco de supuestos y habrá que estar al examen “*caso por caso*”.

De entre las situaciones que estarían comprendidas dentro de este comportamiento desleal, a parte de las ya mencionadas, nos encontraríamos con la potestad que podría ejercer un miembro de la familia respecto a otro: un progenitor respecto a su hijo, el hermano mayor respecto a su hermano menor, etc.

Resulta interesante destacar, un modelo innovador de posible relación en las que el abuso de poder puede dar lugar a un supuesto de práctica agresiva desleal por influencia indebida, se entiende que también encajaría el denominado “*influencer*”<sup>35</sup> o “*persona influyente*”. La relación que el influencer construye con su público (*followers*), normalmente se funda en la confianza y en una conexión personal. De modo que, a través de su influencia podrían influir en la toma de decisión en relación con una transacción comercial que, de otra manera, el seguidor, no hubiese tomado. Como, por ejemplo, cuando este afirme que determinado bien o servicio va a mejorar la salud del destinatario de la práctica, cuando en realidad, el influencer no sea un experto en la materia y el fundamento de sus afirmaciones sea puramente comercial.

2.- **Que esta situación sea aprovechada por el empresario,** en el sentido de **prevalerse de esta situación para ejercer presión,** entendida esta como el uso de la fuerza física o de

---

<sup>35</sup> Entendido el concepto de “influencer” según lo dispuesto en la Guía Interpretativa de la DPCD como: “...una persona física o una entidad virtual que tiene un alcance superior a la media en una plataforma pertinente”.

otro tipo, como puede ser, la psicológica: Esta situación puede ser aprovechada por el propio empresario o profesional, o bien, mediante personas interpuestas, conocidas como *prescriptores indirectos*, que son los sujetos que verdaderamente disponen de esa relación extraordinaria con el destinatario para ejercer sobre este una influencia indebida.

Como, por ejemplo, la empresa farmacéutica que se aprovecha de la confianza depositada por un paciente en su médico, el cual le recomienda un fármaco de alto coste por los incentivos que le ofrece la farmacéutica y no, realmente, por la conveniencia del fármaco para el paciente.

Otro caso sería, el mencionado artículo 30 de la LCD que supone una práctica desleal agresiva en todo caso: **exhortación directa a menores**. Este caso también podría encuadrarse en este concepto. La situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentra el destinatario le convierte en una víctima perfecta para que el empresario pueda ejercer una influencia indebida, con el fin de alterar sus decisiones de compra. En este caso, nos encontramos ante una doble utilización<sup>505</sup> en cuanto a que, en primer lugar, se hace uso de personajes, ídolos, *influencers*, etc., en los que el menor hubiera depositado su confianza para que el mensaje publicitario sea más convincente y, en segundo lugar, se utiliza al menor para convencer a los padres u otros adultos sobre el beneficio que recae en la compra de ese bien o servicio.

También podría encuadrarse como práctica comercial agresiva por influencia indebida, la conducta que consista en: *el suministro no solicitado de productos como práctica agresiva* que será desleal *per se* si comporta la exigencia del pago, devolución o custodia -artículo 31.2 LCD-.

#### **4. PRÁCTICAS AGRESIVAS DESTINADAS A LOS COMPETIDORES**

Una vez examinados los elementos del tipo y hecho referencia a las circunstancias que van a determinar si una conducta hace uso del acoso, coacción o influencia indebida que indicarán si la misma puede mermar considerablemente la libertad de elección del destinatario –por tanto, determinarán el carácter desleal-; es importante tratar las prácticas agresivas que tengan como destinatario a un competidor (debido a esa preferencia del legislador español de “luchar” contra la competencia desleal mediante una regulación

---

<sup>36</sup> TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, La Ley, Madrid, 2010, pág. 202.

única). Si bien, es cierto que resulta difícil encontrar algún tipo de práctica desleal que no vaya dirigida a un consumidor final.

En Alemania se habría producido debate sobre un caso en particular que no podría considerarse práctica agresiva destinada a los consumidores. Hablamos del contacto telefónico para contratar los servicios profesionales del destinatario u ofrecer contrato laboral –sentencia del *Bundesgerichtshof* (Tribunal Federal de Justicia de Alemania) de 4 de marzo de 2004, en la que se hace una ponderación de los intereses en juego para aceptar la licitud de ciertas llamadas directas siempre y cuando concurren determinadas circunstancias como sería: un primer contacto entre el oferente del puesto de trabajo y los destinatarios de la oferta.<sup>37</sup> En España, este supuesto no está previsto.

Un supuesto que podría considerarse acto de agresión no dirigido a consumidores sería la venta multinivel<sup>38</sup>. Estableciendo un sistema de venta multinivel, los intermediarios no son consumidores sino agentes o autónomos, usualmente pequeños empresarios. La atracción excesiva de ganancias podría entenderse bajo ciertas situaciones o circunstancias como un acto de presión.

Otro ejemplo sería, el franquiciado al que, en el último momento de una larga negociación, el franquiciador pretende imponerle condiciones abusivas sobre las que no había aportado información previa, aparte de constituir un ilícito o una infracción según la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y un acto de deslealtad por violación de normas, podría constituir un acto de agresión.

---

<sup>37</sup> PALAU RAMÍREZ, F., "Prácticas Agresivas", en RUIZ PERIS, J. I., (coord.): 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, págs. 150-151

<sup>38</sup> Se entiende la venta multinivel según lo establecido en el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico como: "*Sistema de distribución comercial lícito, organizado por un fabricante o comerciante mayorista, consistente en la creación de una red con distintos escalones de comerciantes o distribuidores independientes, en los que cada uno recluta a los del siguiente nivel y cuya retribución será fundamentalmente proporcional al volumen de negocio que cada componente haya creado.*" (art.22, Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista)

## 5. PRÁCTICAS AGRESIVAS COMO PRÁCTICAS COMERCIALES DESTINADAS A LOS CONSUMIDORES

### 5.1. Concepto de práctica comercial del empresario en su relación con los consumidores

La reforma de la LCD da lugar –como ya hemos mencionado- al establecimiento del Capítulo III que lleva por rúbrica: «Prácticas comerciales con los consumidores y usuarios», en el cual se establecen un listado de cláusulas que se consideraran desleales si el destinatario es un consumidor.

Una definición del concepto “práctica comercial con los consumidores y usuarios” podríamos encontrarla en el LGDCU ya que en la LCD no se establece una. El artículo 19.2 del LGDCU dispone lo siguiente: “...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.”

El concepto de *práctica comercial* está determinado por la existencia de una concreta actuación llevada a cabo por un “empresario” y destinada a un “consumidor” o “usuario”. Hay que clarificar que, a los efectos dispuestos en esta norma, la interpretación del término "empresario", debe hacerse en un sentido amplio, puesto que según el artículo 4 de la LGDCU se considera empresario a "*toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*". De este precepto, podemos intuir que el sujeto activo de una práctica comercial con los consumidores puede ser, a parte de un empresario mercantil, operadores económicos variados como los ganaderos, artesanos, agricultores o los profesionales liberales.<sup>39</sup> Lo principal es que el sujeto activo realice una actividad económica destinada al mercado.

A pesar de que, como ya ha quedado de manifiesto, en el LGDCU se hace uso del término empresario (en el artículo 19.2 de la citada ley se establece lo siguiente: “*Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes, para la protección de los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios, las prácticas comerciales de los empresarios dirigidas a ellos...*”), en

---

<sup>39</sup> ARPIO SANTACRUZ, J., «Artículo 19. Prácticas comerciales desleales con los consumidores», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., (coord.): “Comentarios a la ley de competencia desleal”, Aranzadi, Navarra, 2011, pág. 525.

el Capítulo III de la LCD se omite dicho término, lo cual suscita cierta duda en cuanto a si podría considerarse como sujeto activo de una práctica comercial con consumidores o usuarios a un particular, en el contexto de la Ley de Competencia Desleal. Gran parte de la doctrina se hace la misma pregunta <sup>40</sup> y, de hecho, en la propia ley –su artículo 3.1- se indica que la misma será de aplicación” a *los empresarios, profesionales y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado*”. La posibilidad de que el sujeto activo de una práctica comercial fuera otro distinto a un empresario no se contemplaba ni en la LGDCU ni tampoco en la Directiva 2005/29/CE y es por eso que, siguiendo la opinión de otros autores<sup>41</sup>, habrá de interpretarse la expresión en el contexto de la LCD de la misma manera, entendiéndose que un particular no puede ser sujeto activo.

El sujeto pasivo será el “consumidor o usuario”. Disponemos de dos definiciones de dicho concepto en dos normativas diferentes: por un lado, la definición que recoge el LGDCU y por otro, la recogida por la DPCD. Según el artículo 3 del LGDCU se considera consumidor a toda persona física que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión y toda persona jurídica o entidad sin personalidad jurídica que actúe sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial, cuando para la Directiva 2005/29, las personas jurídicas no pueden tener tal consideración. Es conveniente hacer referencia a una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en lo concerniente a la diversidad de definiciones respecto a la noción de consumidor. Es la STJUE de 22 de noviembre de 2001 en los asuntos acumulados C-541/99 y C-542/99. En ella el Giudice di pace di Viadana (Italia) plantea al Tribunal de Justicia unas cuestiones acerca del concepto de «consumidor» que se emplea en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. La resolución aclara que, el concepto de las prácticas comerciales con consumidores y usuarios exclusivamente incluye aquellas que tengan como destinatarios a personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. No obstante, la DPCD no se opone a extender la protección que reciben los consumidores, a, por ejemplo, los comerciantes, aplicando la cláusula general del artículo 8, y para ello, estarán las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la LCD, que determinarán si se puede extender o no dicha protección.

---

<sup>40</sup> MARCO COS, J.M., “Artículo 3 LCD”, en MARTÍNEZ SANZ, F., (coord.): Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal, Tecnos, Madrid, 2009, pág.44-46

<sup>41</sup> ARPIO SANTACRUZ, J., «Artículo 19. Prácticas comerciales desleales con los consumidores», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., (coord.): “Comentarios a la ley de competencia desleal”, Aranzadi, Navarra, 2011, pág.525-526

En lo relativo a la actuación llevada a cabo por el sujeto activo de la práctica comercial, puede consistir, como ya se ha explicado, en cualquier acción u omisión, incluidas la publicidad y la comercialización, directamente relacionadas con la “promoción, venta o suministro de un bien o servicio incluidos los bienes inmuebles, así como los derechos y obligaciones, con independencia de que sea realizada antes, durante o después de una operación comercial.”.

## **5.2. Las prácticas agresivas como prácticas comerciales con los consumidores**

La cláusula general contenida en el artículo 8 LCD se perfecciona mediante la adición de aquellas prácticas agresivas que tienen la consideración de prácticas comerciales desleales con los consumidores -artículo 19.1 LCD- y que se hace "sin perjuicio de lo establecido en los artículos 19 y 20 del texto refundido de la LGDCU y otras leyes complementarias, únicamente tendrán la consideración de prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios, las previstas en este capítulo y en los artículos 4,5,7 y 8 de esta Ley". Lo cual, implica, la posible aplicación de sanciones administrativas previstas en la LGDCU.

El apartado 2 del artículo 19 LCD establece que las prácticas comerciales contenidas de los artículos 21 a 31, ambos inclusive, son en todo caso y en cualesquiera circunstancias, prácticas desleales con los consumidores (cuando se realizan por empresarios en el marco de sus relaciones con los consumidores). En concreto, de los artículos 28 a 31 de la misma ley, se encuentran aquellas prácticas que se consideran desleales por agresivas *per se* y por tanto no se deberá examinar si cumplen con los requisitos –acoso, coacción, influencia indebida, circunstancias que determinan el uso de estas conductas y el requisito de afectar el comportamiento económico del destinatario- porque se presumen y, por ende, se reputará como práctica comercial agresiva con los consumidores siempre y cuando cumpla con los requisitos exigidos en cada una de las cláusulas agresivas *per se*.

No obstante, en el caso de no cumplir con las condiciones exigidas por el precepto del que se trate, el supuesto podrá someterse a un juicio de deslealtad de conformidad con lo establecido en el artículo 8 LCD. Y si tampoco encajara dentro de lo que se considera como práctica agresiva, se podría examinar bajo el prisma de la cláusula general del artículo 4 LCD, para determinar si nos encontramos ante una conducta desleal.

### 5.3 Catálogo de prácticas comerciales agresivas tasadas

A diferencia de lo que sucede a nivel comunitario, que simplemente se establece una lista con las prácticas agresivas *per se* sin ningún tipo de diferenciación, el legislador español clasifica las prácticas agresivas. Esta clasificación no merece un juicio positivo, puesto que no se utilizan criterios de clasificación homogéneos, y en ciertas ocasiones, ciertas prácticas son difícilmente encuadrables en una u otra clase de casos<sup>42</sup>.

#### 5.3.1 Prácticas agresivas con los consumidores por coacción

El artículo 28 de la LCD que transpone el núm. 24 del Anexo I de la DPCD<sup>43</sup> establece una práctica comercial que se reputa desleal por agresiva cuando se haga creer al consumidor o usuario que no puede abandonar el establecimiento del empresario o profesional o el local en el que se realiza la práctica comercial, hasta haber contratado, salvo que dicha conducta sea constitutiva de infracción penal.

Por tanto, según lo que se deduce de este precepto, sólo hará falta que se demuestre que se ha realizado una conducta que ha producido que el consumidor tenga la sensación de que no puede abandonar el establecimiento a menos que contrate la prestación que se le ofrece. Tiene que suponer una situación embarazosa o incómoda que merme significativamente su libertad de elección, por tanto, de una entidad suficiente. Por ello, precisamente, se considera desleal *per se*. Por tanto, no es necesario probar que se ha producido un uso de la fuerza o la amenaza del uso de la misma, dado que ello se presume de la propia sensación de encontrarse prisionero en el local del empresario.

Ha sido una práctica comercial muy extendida en nuestro país, especialmente en los contratos de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles de uso turístico, también conocidos como contratos de multipropiedad. Se procedía reuniendo a un grupo de personas durante horas, bajo el aliciente de obtener un obsequio, a veces incluso de considerable valor, con el objeto de convencerles para firmar ese contrato de multipropiedad. Se ponía al consumidor en la tesitura de suscribir el contrato debido a que había aceptado un regalo a cambio de, simplemente, dedicar un tiempo a atender la exposición sobre las ventajas de firmar un contrato de ese tipo. Otro caso sería aquella

---

<sup>42</sup> TATO PLAZA A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO P., y HERRERA PETRUS C., La reforma de la Ley de Competencia Desleal, La Ley, Madrid, 2010, pág. 206.

<sup>43</sup> En el Anexo I de la Directiva se establece como práctica comercial agresiva: «24) crear la impresión de que el consumidor no puede abandonar el local hasta haber perfeccionado el contrato».



práctica en la que el empresario invita a potenciales futuros clientes a un viaje para conocer las casas que tiene en venta y posteriormente, impedir o complicar su retorno a su hogar, creando, de nuevo, la sensación de no poder marcharse hasta no contratar.

El artículo concluye estableciendo la exclusión de la aplicación de la LCD si la práctica es constitutiva de infracción legal. Sin embargo, resulta difícil precisar cuando la conducta del empresario pasa a convertirse en una actuación delictiva. Parece comprensible entender una conexión entre el artículo 28 LCD y el artículo 172 del Código Penal (delito de coacciones). Al modo de ver del PROFESOR MONGE GIL <sup>44</sup>, la LCD quiere extender el ámbito penal de exclusión de la LCD más allá del delito de coacciones. Así, se cree que, todos los delitos tipificados en el Libro II, Capítulo VI, que lleva por rúbrica: “*Delitos contra la libertad*”, nos marcan el ámbito de exclusión de lo que se considera práctica comercial desleal.

Hablamos, en concreto, de: detenciones ilegales y secuestros –arts. 163 al 168-; amenazas –arts.169 al 171-; coacciones –art. 172-; y torturas –art.173 al 177-.

Lógicamente, en el caso de verificar la comisión de algunos de estos delitos, el posible juicio abierto por acto de competencia desleal deberá quedar en suspenso en tanto en cuanto se produzca o dicte el fallo penal.

### 5.3.2 Prácticas agresivas con los consumidores por acoso

Resulta que el artículo 29 de la LCD contiene dos grupos diferenciados de prácticas agresivas por acoso *per se*: en primer lugar, las visitas en persona al domicilio y, en segundo lugar, las propuestas no deseadas por medios de comunicación a distancia.

1.- Primero, vamos a abordar las visitas en persona al domicilio contenidas en el apartado 1 del artículo 29. Este precepto tiene como origen el núm. 25 del Anexo I de la DPCD<sup>45</sup> en el que se entiende práctica comercial agresiva *per se*.

Se reputa desleal las visitas agresivas por parte del empresario o profesional en el domicilio de los particulares **ignorando sus peticiones para que abandone su casa o no vuelva a personarse en ella**. Se va a partir de la licitud de estas visitas publicitarias a domicilio ya que para que sean consideradas desleales *per se*, se las supedita al requisito de que el

---

<sup>44</sup> MONGE GIL, Á. L., «Prácticas agresivas por coacción», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., (coord.): “Comentarios a la ley de competencia desleal”, Aranzadi, Navarra, 2011, pág.784

<sup>45</sup> En el Anexo I de la Directiva se establece como práctica comercial agresiva: 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”

empresario no obedezca a la petición de abandonar el hogar del consumidor o de que no se persone de nuevo. Todo ello porque el particular puede observar desde el primer momento a la persona e impedir la entrada y las molestias que ello le podría causar.<sup>46</sup>

A su vez, habría que tener en consideración que la primera visita nunca se puede calificar de práctica comercial desleal debido a que la norma utiliza el plural, y a mayores, se exige el requisito de haber solicitado que abandone su domicilio, ya sea de manera expresa o tácita. A pesar de esa licitud, la conducta podrá ser reputada agresiva si se cumple con los parámetros establecidos en el artículo 8 de la LCD, aunque no pueda considerarse como práctica desleal agresiva *per se*.

En el concepto de *domicilio* quedan comprendidos tanto el habitual o permanente como el ocasional, teniendo que incluirse el domicilio no solo propio sino el de un familiar, amigo, etc., ya que a efectos de la práctica agresiva cumple la misma función. Eso sí, por otro lado, no cabe incluir en este concepto, el domicilio de trabajo.<sup>47</sup>

Como ya se ha expuesto, por tanto, que para que la práctica se considere desleal *per se*, el empresario o profesional ha de ignorar las peticiones del consumidor a que abandone el domicilio -si se produce el caso de que es su primera visita- o de que no vuelva a personarse -si ya se ha presentado previamente-. La Ley establece que esa petición puede ser clara, expresa e inequívoca o bien puede deducirse de los gestos y actitud propia del consumidor, sin que se admitan gestos ambiguos e indecisos como manifestación suficiente de la petición.

No es preciso que el empresario sea consciente de la invitación a marcharse para tildar la conducta de desleal como tampoco es necesario que éste exponga su oferta para poder pedirle que abandone la vivienda. El empresario ha de abandonarla en el mismo momento en el que se lo soliciten. Ello supondrá no solo abandonar el interior de la misma sino también no permanecer en la puerta o entrada puesto que sería continuar acosando al consumidor, invadiendo su vida privada.

En la redacción de la Directiva se añade una excepción que determina la legalidad de las visitas al domicilio por parte del empresario a pesar de la oposición manifestada por el

---

<sup>46</sup> TATO PLAZA A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO P. y HERRERA PETRUS C., La reforma de la Ley de Competencia Desleal, La Ley, Madrid, 2010, pág. 789

<sup>47</sup> MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, P., El catálogo de prácticas comerciales agresivas destinadas a los consumidores, ADI, Volumen 32 (2011-2012), pág. 200.

consumidor o usuario. Este caso extraordinario se produce en el momento en el que se encuentren justificadas dichas visitas, con arreglo a la legislación nacional, para hacer cumplir una obligación contractual. Habrá que estar a las normas civiles sobre obligaciones y contratos, mercantiles (si el contrato con el consumidor se puede considerar un contrato mercantil) y a las normas sobre consumidores y usuarios. Sin embargo, el legislador español, no ha recogido esta previsión para las visitas a domicilio sino para el supuesto de las ofertas realizadas mediante medios de comunicación a distancia.

2.- En el apartado 2 del artículo 29 nos encontramos ante la regulación de las prácticas agresivas por acoso efectuadas por medios a distancia y supone una transposición del número 26 del Anexo I de la Directiva.<sup>48</sup> En este precepto se regula el *spam* o el también denominado correo no deseado, incluyéndose las comunicaciones no deseadas que se realicen por otras vías, como a través del teléfono. Se recoge, por tanto, un criterio abierto. Estos medios a distancia mencionados son los más comunes en la práctica del *marketing directo*, y es que la norma no los considera, por su mera práctica, de desleales en sí mismos, sino que han de cumplir una serie de requisitos.

El problema no se encuentra en que el consumidor llegue a contratar ya que, en ese caso, contará con la protección de las normas tuitivas de los intereses de los consumidores que resulten pertinentes –normas sobre contratación a distancia y normas sobre contratación electrónica- sino que reside en que se produzca una invasión en su vida privada, a través de llamadas inoportunas o saturando la bandeja de entrada del correo electrónico impidiendo, por ejemplo, la recepción de otros mensajes más importantes y que de este modo, se le incomode para que o bien preste atención a la oferta comercial o bien, tome una decisión sobre dicha oferta o sobre llevar a cabo una conducta contractual determinada.

Es importante resaltar que, en este supuesto, el legislador español dispone una excepción a la deslealtad de estas prácticas, siempre y cuando estas propuestas estén justificadas legalmente para cumplir con alguna obligación contractual. Por tanto, el empresario podrá hacer uso de estos medios de comunicación a distancia para cumplir con obligaciones contractuales teniendo como límite el ordenamiento jurídico español.

---

<sup>48</sup> En el Anexo I de la Directiva se establece como práctica comercial agresiva: 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

Como se ha explicado anteriormente, para que ese *marketing directo* sea considerado como desleal, se han de cumplir unos requisitos: la utilización de estos medios para invadir la vida privada del consumidor, que la misma sea reiterada y no deseada.

Esta práctica se califica como práctica agresiva por acoso, precisamente, por la **intromisión en la vida privada del consumidor**. Si bien es cierto que no hay contacto personal, pero este se suplente mediante sistemas de *marketing directo* (fax, correo electrónico, llamadas telefónicas, sms -mensajes de texto-, mms –mensajes multimedia-, etc.) Dichos medios no son fácilmente evitables por el consumidor, lo cual puede llegar a producir una gran incomodidad, generando costes excesivos de esfuerzo y tiempo para el destinatario de la práctica. Por ejemplo, el consumidor que tiene que dedicarse cada día a “limpiar” su bandeja de entrada.

La necesidad de que la propuesta **no sea deseada**<sup>49</sup> no plantea problemas. El hecho de no quererla hace que, sin mayor consideración, se considere desleal. Otro caso sería que el consumidor hubiera solicitado información sobre dicha oferta comercial. Sin embargo, al requisito de que sea **reiterada** sí que haría falta -si se me permite- darle una vuelta de tuerca. El PROFESOR ZUBIRI DE SALINAS<sup>50</sup> se pregunta si es suficiente con dos veces para considerar que la práctica es reiterada y es que al haber quedado en la redacción el término “reiteradas”, la respuesta ha de ser afirmativa. Parece lógico pensar que para entrar a analizar este requisito deba considerarse, por lo menos, una segunda comunicación. De todos modos, al no contar con parámetro, debemos estar al examen ”caso por caso”.

Nos encontramos ante una cuestión que podría perjudicar o dificultar el reconocimiento de que se cumple con esa reiteración o repetición. Sería el caso en el que cada comunicación se realiza por una empresa o persona diferente. El que sean personas diferentes resulta menos complicado si actúan en nombre y por cuenta de la misma empresa. En el caso de que las empresas se valgan de otras empresas, interpuestas, para realizar las ofertas comerciales por la primera, en teoría no cumpliría el requisito de que fueran reiteradas. A pesar de ello, si la oferta es la misma y se recibe por diferentes vías se está produciendo una repetición, que resulta molesta e invade al consumidor. Habría que estar a la **similitud de la propuesta**.

---

<sup>49</sup> El término "no deseadas" sustituye al de "no solicitadas" previo a las enmiendas que sufrió el texto en la tramitación parlamentaria. El primero implica que el consumidor ha de manifestar su voluntad para que el empresario sepa que no desea la oferta comercial y el segundo, que el empresario no puede realizar propuestas que no sean solicitadas por el destinatario.

<sup>50</sup> ZUBIRI DE SALINAS, M., "Artículo 29: Prácticas agresivas por acoso", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., (coord.): "Comentarios a la ley de competencia desleal", Aranzadi, Navarra, 2011, pág. 796.

Por otro lado, estaría el extremo del **intervalo de tiempo entre propuesta y propuesta**. Recibir una llamada durante una semana seguida sí que podría hacer que el consumidor se sintiera acosado, no sería lo mismo si recibiera esas 7 llamadas en un intervalo de tiempo de un año.

En el apartado 2 del artículo 29 se establece que, para facilitar y permitir el ejercicio del derecho de oposición del consumidor a seguir recibiendo propuestas comerciales, será el empresario el que pondrá a disposición del destinatario sistemas que lo permitan dejar constancia de la oposición. Del mismo modo se desprende del artículo 22 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico que dispone que: *«El destinatario podrá revocar en cualquier momento el consentimiento prestado a la recepción de comunicaciones comerciales con la simple notificación de su voluntad al remitente. A tal efecto, los **prestadores de servicios deberán habilitar procedimientos sencillos y gratuitos para que los destinatarios de servicios puedan revocar el consentimiento que hubieran prestado. Así mismo, deberán facilitar información accesible por medios electrónicos sobre dichos procedimientos**»*. En el supuesto de llamadas telefónicas o spam telefónico, por ejemplo, para pe

La consideración de desleal no limita, como establece la LCD, la pertinente y factible aplicación de la normativa vigente sobre protección de datos personales, servicios de la sociedad de información, telecomunicaciones y contratación a distancia con los consumidores o usuarios, incluida la contratación a distancia de servicios financieros.

### *5.3.3 Prácticas agresivas en relación con los menores*

El artículo 30 de la LCD estipula que se considera desleal por agresivo, incluir en la publicidad una exhortación directa a los niños para que adquieran bienes o usen servicios o convencan a sus padres u otros adultos para que contraten los bienes o servicios publicitados. La razón de este precepto se encuentra en la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentran los menores frente a los anuncios publicitarios y la facilidad con la que pueden ser manipulados, de ahí que, se ha de extremar el cuidado en el momento de elaborar publicidad destinada a estos consumidores.

Este artículo transpone el número 28 del Anexo I de la Directiva sin grandes referencias respecto al texto comunitario. En primer lugar, se hace uso del concepto producto –no

produciendo ello problema alguno<sup>51</sup>- y, en segundo lugar, la referencia hacia la normativa radiotelevisiva, que, relacionándose con el derecho nacional, corresponde con la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.<sup>52</sup>

El precepto reputa desleal la exhortación directa al menor o lo que también podría denominarse "incitación" ya sea para adquirir el bien o servicio o para convencer a sus padres u otros adultos para que los contraten. Para ello, tiene que tratarse de una publicidad dirigida a los menores y para poder calificarla como tal hay que tener en cuenta las circunstancias que rodean a la misma, el medio a través del cual se realice, programas, espacios y horarios que la emitan, lenguaje utilizado, intervinientes en el anuncio, así como los destinatarios a los que, efectivamente, va dirigida la publicidad.

Después de hacer un examen de la publicidad y si esta se puede calificar como destinada a menores, es necesaria una exhortación y que esta sea directa. Exhortar, se define en la Real Academia Española (RAE), como aquella conducta que consiste en “incitar a alguien con palabras, razones y ruegos para que haga o deje de hacer algo.” Cuando el legislador menciona que ha de ser directa, se refiere a que no sería suficiente una invitación a comprar o que la publicidad provoque ese efecto -el de adquirir el bien- sino que han de ser verdaderas motivaciones imperativas (“compra, “consigue”, “reúne”, etc.). Ello comportaría la licitud de expresiones que no inciten *directamente* a la compra como podrían ser: "puedes coleccionar", "puedes reunir", etc. Ni tampoco se considerarían desleales aquellas que incitan no a la compra sino al juego, a la diversión como "juega", "disfruta", etc. Es preciso que sean expresiones que impliquen un grado de coacción suficiente para hacer entender a una mente vulnerable como la de un menor que si no tiene el producto o servicio que se publicita se encontrará en una situación de insatisfacción.<sup>53</sup>

Llama la atención como en este artículo se pueden encontrar dos tipos de conductas agresivas. Por un lado, la exhortación a que adquiera el bien o servicio que se calificaría como supuesto de *coacción* y la exhortación a que convengan a sus padres para adquirirlo,

---

<sup>51</sup> No supone cambio de aplicación de la Directiva, debido a que la misma, en su artículo 2 incluye los servicios dentro de la definición de producto, por el cual se entiende: cualquier bien o servicio, incluidos los bienes inmuebles, así como los derechos y obligaciones.

<sup>52</sup> MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, P., «El catálogo de prácticas comerciales agresivas destinadas a los consumidores» en ADI, 32 (2011-2012), pág.210.

<sup>53</sup> ZUBIRI DE SALINAS, M., «Artículo 30. Prácticas agresivas en relación con los menores», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., (coord.): “Comentarios a la ley de competencia desleal”, Aranzadi, Navarra, 2011, pág. 812

que encajaría más como supuesto de *influencia indebida*<sup>54</sup>. Acerca de esto, MASSAGUER considera que se trata de una práctica difícilmente encasillable como práctica agresiva en cuanto a que es ajena al prevalimiento de una situación de poder<sup>55</sup>. Tras documentarme, a mi modo de ver, el empresario sí que dispondría de una situación de poder que podría aprovechar: la situación de especial vulnerabilidad de un menor, su credibilidad y el hecho de que aún se encuentra en proceso de formación y, como no, por añadidura, estaría la situación de que el menor puede ejercer una influencia sobre un adulto, siendo mucho mayor de la que jamás podría ejercer un empresario, debido a las relaciones afectivas que tiene el menor con sus padres, abuelos, etc.

En relación con la publicidad dirigida a los menores, es preciso tener en cuenta dos artículos: el artículo 18 de la LCD que dispone que se reputará desleal la publicidad considerada ilícita por la Ley General de Publicidad, así como el artículo 3 de la citada normativa que establece que se considera como ilícita *“la publicidad dirigida a menores que les incite a la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores”*. En contraste con el artículo 30 de la LCD, podríamos decir que en el caso hipotético de que se diera una publicidad en la que aparecen menores convenciendo de la compra a padres o tutores sería calificado como publicidad ilícita y reputado desleal en base al artículo 18 de la LCD, tratándose de un supuesto propio del régimen general y no de uno subsumible en el grupo de prácticas agresivas con los consumidores ya que no se contiene una exhortación directa para adquirir el bien o servicio. En este caso, la publicidad solo sería ilícita en el caso de que el menor aparezca convenciendo a sus padres o tutores, pero no sería así en el caso de que fuera otro adulto. Lo adecuado habría sido unificar las dos normativas con el objeto de evitar esta problemática, de conformidad con la literalidad de la Directiva.

Otra diferencia que se podría detectar de la redacción de la LGPu respecto a la LCD es la referencia que se hace a que dicha publicidad ha de aprovecharse de la inexperiencia o credulidad de los menores, siendo precisamente estas características las que generan una necesidad imperante de protección especial hacia los menores en relación con las prácticas publicitarias más comunes dirigidas a estos.

---

<sup>54</sup> Así lo señala TATO PLAZA, A., "Protección de los menores y competencia desleal", *El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 402

<sup>55</sup> MASSAGUER FUENTES J., *El nuevo Derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, Thomson - Cívitas, Madrid, 2006, pág. 132

### 5.3.4 Otras prácticas agresivas con los consumidores

Bajo la rúbrica "Otras prácticas agresivas", el artículo 31 de la LCD regula un grupo de prácticas de difícil clasificación dentro de las categorías anteriormente desarrolladas. Consiste, como en los supuestos previos, de prácticas agresivas *per se* y, por tanto, no es necesario examinar el cumplimiento de los requisitos de la cláusula general relativa a las prácticas agresivas en el supuesto en que los destinatarios de las mismas sean consumidores, teniendo, por el contrario, que analizar el cumplimiento de esos requisitos en caso contrario.

1.- Para comenzar nos encontraríamos con: *Conductas desleales de las aseguradoras tendentes a evitar reclamaciones legítimas de los consumidores.*

El artículo 31.1 es una transposición del número 27 del Anexo I de la Directiva y tiene como objetivo impedir aquellas prácticas que realizan las aseguradoras con el fin de disuadir a los beneficiarios de un contrato de seguro de ejercitar sus legítimos derechos sobre reclamaciones indemnizatorias. Se recogen dos conductas desleales y, en primer lugar, estaría el considerar desleal por agresivo "*exigir al consumidor o usuario, ya sea tomador, beneficiario o tercero perjudicado, que desee reclamar una indemnización al amparo de un contrato de seguro, la presentación de documentos que no sean razonablemente necesarios para determinar la existencia del siniestro y, en su caso, el importe de los daños que resulten del mismo*" y, en segundo lugar, "*dejar sistemáticamente sin responder la correspondencia al respecto, con el fin de impedir el ejercicio de sus legítimos derechos*".

Partiendo de la base de que, en una relación contractual de seguro, el asegurador ha de cumplir con su obligación principal que consiste en el pago de la prestación, salvo que el siniestro hubiera sido causado por mala fe del asegurado -artículo 19 de la Ley 50/1980 de Contrato de Seguro-, por contrapartida, el tomador del seguro y el asegurado tienen la obligación principal de comunicación del siniestro; perdiendo su derecho a la indemnización si concurre dolo o culpa grave en caso de violar este deber de colaboración. Para que el asegurador realice el pago de la prestación correspondiente, tendrá que llevar a cabo una labor de investigación mediante los informes periciales pertinentes para identificar la existencia del siniestro y el importe de los daños, que, como ya se ha mencionado, dicha labor habrá de ser facilitada por el tomador del seguro/asegurado.

La cuestión a abordar a efectos de calificar la conducta como desleal reside en determinar hasta dónde llega la obligación del asegurado de facilitar la información solicitada por el



asegurador, hablaríamos de la existencia y necesidad de un **juicio de razonabilidad en la exigencia de documentación**, puesto que solo se podría exigir la documentación estrictamente necesaria para la determinación de la existencia del siniestro, causas, circunstancias y consecuencias del mismo. Este juicio de valor deberá hacerse caso por caso teniendo en cuenta aspectos como el seguro del que se trate – seguro de base indemnizatoria, reparación o reposición del objeto siniestrado, de prestación de servicios de asistencia, de pago de una cantidad determinada como el seguro de vida, entre otros-, del riesgo asegurado, de la naturaleza de la prestación, así como de la naturaleza del siniestro.

A mi modo de ver y, tras leer al PROFESOR CARBAJO CASCÓN<sup>56</sup>, este supuesto en concreto no parece ajustarse al ideal inspirador de las prácticas desleales *per se* contra los consumidores ya que habrá que estar, necesariamente, al análisis de las circunstancias del caso concreto, lo cual es más propio de la cláusula general contenida en el artículo 8 de la LCD.

En el caso hipotético de que el destinatario de la práctica no fuera un consumidor o usuario, sino un empresario o profesional que en el desarrollo de su actividad contratara con una empresa aseguradora, nos tendríamos que remitir al artículo 8 y en concreto en su apartado 2, letra d) - *“cualesquiera obstáculos no contractuales onerosos o desproporcionados impuestos por el empresario o profesional cuando la otra parte desee ejercitar derechos legales o contractuales”*-. Por tanto, habrá de encajarse cada supuesto dentro de los conceptos de acoso, coacción o influencia indebida.

Por ejemplo, podríamos decir que encajaría dentro del concepto de coacción en el caso de que se amenazara con la ausencia de indemnización a menos de que se entregara la documentación requerida. Otro modo de verlo sería dentro del concepto de influencia indebida ya que está claro que, en la relación contractual entre aseguradora y asegurado, esta disfruta de una posición de poder y cuenta con una mayor experiencia<sup>57</sup>. También cabría verlo como un caso de acoso en cuanto a que se está evitando que el destinatario de la práctica ejerza sus legítimos derechos mediante requerimientos molestos que le hacen adoptar una determinada conducta contractual.<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> CARBAJO CASCÓN, F., «Artículo 31. Otras prácticas agresivas», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., (coord.): “Comentarios a la ley de competencia desleal”, Aranzadi, Navarra, 2011, pág. 832.

<sup>57</sup> MASSAGUER J., “Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 27, 2010, pág. 29.

<sup>58</sup> CARBAJO CASCÓN, F., «Artículo 31. Otras prácticas agresivas», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., (coord.): “Comentarios a la ley de competencia desleal”, Aranzadi, Navarra, 2011, pág.833-834.

En otro orden de ideas, nos encontramos con la segunda conducta que recogería el artículo 31.1 de la LCD y sería la *ausencia de respuesta a la correspondencia*. Para que esta conducta pueda calificarse de desleal tendrá que contar con dos requisitos: por un lado, hablamos de aquella correspondencia que pueda determinar la existencia de un siniestro y, por tanto, pueda ser útil para la determinación del importe de los daños ocasionados -lo cual, proviene de ese deber de comunicación del siniestro y del deber de colaboración respecto a todos los extremos que lo rodean-, y, por otro lado, que la ausencia de respuesta sea sistemática, sin ningún tipo de justificación.

Cuando se hace uso del término "correspondencia", no queda circunscrita a la modalidad postal sino también a otros tipos de comunicación a distancia<sup>59</sup> como fax, correo electrónico, etc, siendo, lo más recomendable, hacer uso de aquellos medios que permitan dejar constancia de la recepción de mensajes por parte del asegurador, a efectos probatorios.

Este supuesto presenta una clara diferencia respecto a la conducta anterior y es que no será necesario entrar a valorar la conducta del asegurador ni su intencionalidad con esa conducta de no "responder, hacer", queda claro que el mero hecho de evitar dar respuesta a esa correspondencia es un modo de obstaculizar al asegurado/tomador de seguro el ejercicio de sus legítimos derechos. Sin embargo, esta conducta no abarcaría aquellos escenarios en los que la empresa aseguradora responde no dando soluciones reales al cliente, como sería, dilatar la realización de las investigaciones oportunas para determinar el importe de la indemnización<sup>60</sup>, teniendo cabida el correspondiente reproche a través de la cláusula general de prácticas agresivas contenida en el artículo 8 de la LCD.

En el supuesto de que no se tratara de una conducta dirigida a un consumidor, de nuevo, nos tendríamos que remitir al artículo 8 de la LCD y como apunta CARBAJO CASCÓN<sup>61</sup>, la ausencia de respuesta a la correspondencia habría de encajarse en la modalidad de acoso, ya que supondría un supuesto de omisión y no sería, por ende, encuadrable ni en la de coacción ni en la de influencia indebida.

---

<sup>59</sup> TATO PLAZA A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO P. y HERRERA PETRUS C., La reforma de la Ley de Competencia Desleal, La Ley, Madrid, 2010, pág.245 y CARBAJO CASCÓN, F., «Artículo 31. Otras prácticas agresivas», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., (coord.): "Comentarios a la ley de competencia desleal", Aranzadi, Navarra, 2011, pág. 835-836.

<sup>60</sup> MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, P., «El catálogo de prácticas comerciales agresivas destinadas a los consumidores» en ADI, 32 (2011-2012), pág.216.

<sup>61</sup> CARBAJO CASCÓN, F., «Artículo 31. Otras prácticas agresivas», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., (coord.): "Comentarios a la ley de competencia desleal", Aranzadi, Navarra, 2011, pág.836.

2.- En el apartado 2 del artículo 31 de la LCD nos encontramos con los *suministros no solicitados*.

Se considera desleal por agresivo exigir el pago inmediato o aplazado, la devolución o la custodia de bienes o servicios suministrados por el comerciante, que no hayan sido solicitados por el consumidor o usuario, salvo cuando el bien o servicio en cuestión sea un bien o servicio de sustitución suministrado de conformidad con lo establecido en la legislación vigente sobre contratación a distancia con los consumidores y usuarios. También denominada esta práctica ilegal como “*inertia selling*”. Encuentra su origen en el núm. 29 del Anexo I de la DPCD, con la única diferencia de que, se mencionan a los productos sin hacer referencia a los servicios y, al mismo tiempo, en el artículo 7.3 de la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1977, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.<sup>62</sup>

En España, la anterior normativa de consumo -artículo 100.1 LGDCU- consideraba de infracción grave “*la conducta consistente en suministrar al consumidor y usuario bienes o servicios no pedidos por él cuando dichos suministros impliquen una petición de pago de cualquier naturaleza*”. Pero, la prohibición expresa de dicha conducta se encuentra, hoy en día, en el artículo 66 quáter, tras la nueva redacción impuesta por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo, de 16 de noviembre, que establece: “*Queda prohibido el envío y el suministro al consumidor y usuario de bienes, de agua, gas o electricidad, de calefacción mediante sistemas urbanos, de contenido digital o de prestación de servicios no solicitados por él, cuando dichos envíos y suministros incluyan una pretensión de pago de cualquier naturaleza.*” En el caso de que así se haga, señala el precepto, el consumidor no estará obligado ni a su devolución ni custodia, ni podrá reclamársele pago alguno por parte del empresario que envió el bien o suministró el servicio no solicitado y se puntualiza que la ausencia de respuesta a dicho envío, suministro o prestación de servicios no indicará consentimiento alguno. Además, se precisa que en el caso de que decida devolverlos no responderá por los posibles daños sufridos por los bienes o servicios. El profesor CARBAJO CASCÓN destaca el papel preventivo que cumple este artículo frente a este

---

<sup>62</sup> Según el citado artículo 7 apartado 3 se determina que: “*No obstante, los Estados miembros podrán establecer que el proveedor suministre al consumidor un bien o servicio de calidad y precio equivalentes si esa posibilidad se hubiese previsto antes de la celebración del contrato o en el contrato... En tales casos, el suministro de un bien o servicio no podrá asimilarse al suministro no solicitado al que se refiere el artículo 9: Suministro no solicitado*”.

tipo de prácticas debido a que los empresarios pueden quedar sometidos a un doble régimen de represión.<sup>63</sup>

En este ámbito, podríamos hacer mención de una (relativamente reciente) sentencia del Tribunal de Justicia, en sentencia 13 de septiembre de 2018 – Asuntos acumulados<sup>64</sup> C-54/17, AGCM/ Wind Tre SpA y C-55/17, AGCM/Vodafone Italia SpA<sup>65</sup>, que determinó que la práctica realizada por ciertas compañías de telefonía móvil, que consistía en comercializar tarjetas SIM con servicios de pago ya preinstalados y preactivados, cuyos gastos de utilización se cobraban al usuario a menos que este solicitara de manera expresa su desactivación, y ello, sin haber informado previamente sobre dichos servicios o de que los mismos no serían gratuitos, es una práctica agresiva de acuerdo con el número 29 del Anexo I de la DPCD.

En el supuesto de que el destinatario no sea un consumidor o usuario, habrá que estar a lo que establece el artículo 8 de la LCD, igual que ocurría en los casos anteriores.

Se recoge una excepción a este precepto y se refiere al supuesto en el que un bien o servicio sustituya al otro, de conformidad con la legislación vigente sobre contratación a distancia -véase Capítulo IV: Ejecución del contrato, artículo 111-. Por ello, si se prevé la posibilidad de sustitución del bien o servicio, esta podrá realizarse en aquellas circunstancias en las que no se halle disponible el bien o servicio contratado, pudiendo suministrar el empresario un bien o servicio de características análogas que tenga la misma o una calidad, inclusive, superior sin que esto suponga un aumento del precio. En este caso, se entenderá que el empresario está cumpliendo con su obligación y podrá exigir el pago si no se ha efectuado con anterioridad.

3.- El apartado 3 del artículo 31 de la LCD aborda la cuestión de la *apelación indebida a los sentimientos humanitarios de los consumidores*.

Se establece que se considerará desleal por agresivo el informar expresamente al consumidor o usuario de que el trabajo o sustento del empresario o profesional corren

---

<sup>63</sup> CARBAJO CASCÓN, F., «Artículo 31. Otras prácticas agresivas», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., (coord.): “Comentarios a la ley de competencia desleal”, Aranzadi, Navarra, 2011, pág.837.

<sup>64</sup> Procedimientos núm. 23557 (PS7000 – Tim- attivazioni sim presso punti vendita); núm. 22556 (PS7001 – Vodafone- attivazioni sim presso punti vendita); núm. 23557 (PS7002 – Wind- attivazioni sim presso punti vendita); núm. 23558 (PS7003 – H3- attivazioni sim presso punti vendita), todos ellos del año 2012.

<sup>65</sup> Cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado Italiano que conoció el asunto en apelación, después de que la *Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM)* determinase como agresivas las prácticas desarrolladas por los operadores de telefonía italianos.

peligro si el consumidor o usuario no contrata el bien o servicio. Se corresponde con el número 30 del Anexo I de la Directiva.

Para que esta práctica sea considerada como de desleal, la información que proporcione el empresario sobre la posibilidad de que su trabajo o sustento dependa de la contratación del bien o servicio debe ser expresa, por tanto, el precepto no englobará las posibles insinuaciones o los comentarios que puedan hacer creer esta consecuencia a los consumidores. Esa deslealtad se justifica en que se ejerce una presión psicológica sobre el consumidor, generándole una situación incómoda, apelando a sus sentimientos, de la que sólo podrá liberarse contratando el bien o servicio. Esta conducta podría incluirse dentro del concepto de acoso o de coacción. Cierta parte de la doctrina <sup>66</sup> considera que es una conducta que se puede incluir dentro de las prácticas agresivas por acoso, puesto que este medio se caracteriza precisamente en obtener la decisión de compra de un consumidor importunándole, de ese modo impidiendo que adopte una decisión sobre una transacción con el cuidado y reflexión que tendría en circunstancias normales. Otra parte de la doctrina<sup>67</sup> calificaría a la conducta como subsumible en el concepto de coacción. Bajo mi criterio, encajaría más en el concepto de coacción debido a que para influir en el comportamiento económico del consumidor se le está presionando psicológicamente.

Esta práctica abarcará no solo aquellas situaciones en las que el empresario sea el mismo que informe que su sustento depende de la contratación de servicios, sino también aquellas en las que esa información sea facilitada al consumidor mediante terceros que actúen por cuenta del empresario <sup>68</sup>, puesto que es el empresario el que asume la responsabilidad por los actos de sus dependientes.

4.- Un apartado 4 es incluido a través del Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, mencionado anteriormente en el estudio de los suministros o ventas no solicitados.

En virtud del cual *“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 LGDCU”*, serán consideradas desleales por ser una práctica agresiva.

---

<sup>66</sup> MASSAGUER, J., El nuevo Derecho de la Competencia, Civitas, Madrid, 2006, pág.133.

<sup>67</sup> TATO PLAZA A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO P. y HERRERA PETRUS C., La reforma de la Ley de Competencia Desleal, La Ley, Madrid, 2010, pág. 249.

<sup>68</sup> MASSAGUER, J., El nuevo Derecho de la Competencia, Civitas, Madrid, 2006, pág. 133.

En este sentido, ha sido modificado el artículo 19 del LGDCU, en el que se incluye un séptimo apartado que establece que *“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 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”*.

Como se puede intuir, aquí el legislador busca erradicar con las ventas "puerta a puerta" que puedan considerarse agresivas por ser contrarias al interés público o el respeto a la vida privada de los consumidores y usuarios.

Este último precepto ha entrado en vigor el 28 de mayo de 2022, y requiere de un desarrollo reglamentario que todavía no se ha producido. De la misma forma que, aunque este apartado 4 del artículo 31 de la LCD entra en vigor en mayo de 2022, hasta que se produzca este desarrollo normativo, la aplicación práctica del precepto es limitada.<sup>69</sup>

*5.3.5 Supuesto de la realización de prácticas que generan la impresión de que se debe aceptar una oferta para alcanzar un determinado beneficio.*

Este supuesto se encuentra regulado en el número 31 del Anexo I de la Directiva.

Aquellos escenarios en los que se genere la impresión a una persona de que ha de aceptar una oferta si desea obtener un determinado beneficio siempre que éste no sea real o bien le suponga un coste, se califica por la DPCD como práctica agresiva, sin embargo, el legislador nacional lo cataloga como práctica engañosa, en virtud de lo que establece el artículo 22.6 LCD. Así lo entiende y apoya parte de la doctrina<sup>70</sup>, debido a que podría entenderse dicha clasificación por la falta de proporción de una información veraz - según un principio de veracidad subjetiva- teniendo que haber una correlación entre la impresión causada a los destinatarios de la práctica comercial con la realidad de las cosas.

La causa por la que, en la Directiva, se ha catalogado de práctica agresiva es porque este tipo de conducta se fundamenta no solo en el engaño, generando una impresión falsa, sino

---

<sup>69</sup> En este sentido, *Entrada en vigor de la modificación de la Ley de Competencia Desleal*, en Uría Menéndez, pág.8.

<sup>70</sup> TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, La Ley, Madrid, 2010, pág.151.

también, en una influencia indebida –produciendo una indebida presión de compra- e incidiendo en la libertad de elección del consumidor y, por ende, en su comportamiento económico.

Dicha conducta sólo podrá considerarse como agresiva en el caso de que se haga uso de estas prácticas, siendo además de engañosa, catalogada como tal por los medios empleados y aplicando la cláusula general del artículo 8 LCD.

Esta clasificación de práctica engañosa *per se*, se daría en el caso de que la misma se dirigiera a un consumidor o usuario, incluyéndose el engaño de prácticas agresivas dentro de las prácticas que se consideran desleales por engañosas. En el supuesto de que la conducta se dirigiera a un destinatario distinto a un consumidor o usuario, la misma podría ser catalogada en ambas categorías como se ha explicado previamente.

En lo relativo a este tipo de prácticas podríamos señalar la STJUE de 9 de noviembre de 2010, - TJUE 2010/332-, en la que se postula que la posibilidad de participación en un concurso dotado de un premio añadida a la adquisición de un periódico no constituye una práctica desleal por el mero hecho de que dicha participación haya sido el motivo principal de adquisición del periódico. Por un lado, el beneficio no supone un coste adicional –no se paga por participar en el concurso aparte de adquirir el periódico- y es real -la participación es efectiva, otra cosa es la obtención del premio-.<sup>71</sup>

## **6. HERRAMIENTAS DE DERECHO PRIVADO PARA LA CONTENCIÓN DE LAS PRÁCTICAS AGRESIVAS DESLEALES**

La protección del consumidor o usuario en el ordenamiento jurídico español se basa en dos pilares principales. El primero de ellos, el mecanismo preventivo, que califica de desleales un conjunto de prácticas comerciales de los empresarios en sus relaciones con los consumidores (Capítulo III LCD). El segundo de los mecanismos consiste en proteger al consumidor o usuario *a posteriori*, una vez ha sido víctima del ilícito de competencia desleal. Esta protección *a posteriori* organiza dicha defensa en diversas vías:

1.- Por un lado, disponemos de una vía judicial a través de la interposición de una serie de acciones civiles ante una determinada práctica desleal del empresario en sus relaciones con el consumidor o usuario.

---

<sup>71</sup> MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, P., «El catálogo de prácticas comerciales agresivas destinadas a los consumidores» en ADI, 32 (2011-2012), pág.222.

2.- Por otro lado, nos encontramos con la vía administrativa que a su vez se descompone en:

2.1. La potestad sancionadora de la Administración (tanto del Estado como de las CCAA con competencias para ello) frente a infracciones en materia de consumo susceptibles de sanción (artículo 49.1 LCD)

2.2. La mediación administrativa, tratando de alcanzar un acuerdo entre las partes del conflicto o disputa.

2.3. El sistema arbitral de consumo, mediante el cual las partes, previa adhesión voluntaria a dicho sistema, acatarán la resolución impuesta por el órgano arbitral del que se trate.

Una vez expuestas las diversas vías de protección, el capítulo que estamos desarrollando se centrará en la vía judicial de protección al consumidor y usuario, con el consiguiente desarrollo de las particularidades relativas a: procedimiento, legitimación activa, legitimación pasiva, prescripción y carga de la prueba.

### **6.1. Acciones contra las prácticas agresivas**

Las acciones que la Ley otorga por la comisión de una práctica agresiva desleal son de carácter civil y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86 ter 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial – LOPJ- serán competencia de los Jueces de lo Mercantil, sin que, en un primer momento, se puedan ejercitar acciones penales por dichos actos a menos que, mediante estos comportamientos, se haya cometido algún delito -como ya se ha destacado en capítulos previos-.

El régimen de acciones civiles previsto para la represión de estas conductas se encuentra recogido en el artículo 32 de la LCD, aunque se desprende de la redacción del precepto que



el legislador no ha tenido la intención de establecer un *numerus clausus*<sup>72</sup>. A pesar de ello nos encontramos con el siguiente listado:

1. Contra los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita<sup>73</sup>, podrán ejercitarse las siguientes acciones:

1.<sup>a</sup> Acción declarativa de deslealtad.

2.<sup>a</sup> Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura. Asimismo, podrá ejercerse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica.

3.<sup>a</sup> Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal.

4.<sup>a</sup> Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas.

5.<sup>a</sup> Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente.

6.<sup>a</sup> Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico.

2. En las sentencias estimatorias de las acciones previstas en el apartado anterior, números 1.<sup>a</sup> a 4.<sup>a</sup>, el tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora.

---

<sup>72</sup> El hecho de que no se utilicen formas verbales imperativas en la redacción del precepto, así lo ha dejado entender. Otras acciones que pueden ejercitarse son aquellas que ha concedido la aplicación del Derecho común, como puede ser, la acción declarativa general, la acción reivindicatoria sobre bienes inmateriales o las acciones civiles basadas en incumplimiento de pactos contractuales, si bien el ejercicio de estas acciones está reservado para una aplicación residual y solo en aquellos supuestos en los que resulte difícil obtener una tutela judicial efectiva mediante el ejercicio de las acciones especiales mencionadas. En este sentido, GUALDE CAPÓ, P., y BORRÁS CEBRIÁN, P., «Artículo 18. Acciones», en MARTÍNEZ SANZ, F. (Dir.), Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal, Tecnos, Madrid, 2009, p. 305 y VEGA VEGA, A., «Artículo 32. Acciones», en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Bercovitz (Dir.), Aranzadi, Navarra, 2011, p. 884.

<sup>73</sup> A modo recordatorio, y como ya se ha reproducido en este trabajo, la reforma de la Ley 29/2009 unifica el régimen de acciones por publicidad desleal. Se modifica el régimen de acciones por publicidad ilícita de la LGP para ser unificado con el previsto por la LCD y disponer de un mismo cuerpo de acciones que garantice la protección de los intereses de los consumidores. A tal efecto, se procedió a derogar el Título IV de la LGP, el cual hace una remisión al artículo 32 de la LCD, sin perjuicio de las particularidades previstas en materia de legitimación de la LGP en aquellos supuestos en los que la publicidad sea utilizada como medio para vejar o discriminar la imagen de la mujer.

Además, esta publicidad podrá realizarse a criterio del tribunal y previa remisión al efecto, a través de la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación y los observatorios o de los órganos competentes del departamento u organismo con competencias en materia de igualdad entre mujeres y hombres de ámbito nacional o su equivalente en el ámbito autonómico.

En la práctica, lo habitual es que se produzca una acumulación de acciones, de modo que, en una única demanda, se interpongan varias pretensiones o *petitum* entre un demandante y un demandado o entre varios demandantes y/o varios demandados. De esa forma, puede ocurrir que al sujeto perjudicado le interese que un acto se declare desleal y a su vez, que cese la práctica agresiva y su consiguiente resarcimiento respecto de los daños y perjuicios que este haya tenido que soportar.

El estudio y desarrollo de todas las acciones excede el objetivo de este trabajo, dado que al modo de entender de la doctora ELISABETH PONS, una víctima de una práctica agresiva podría entablar cuatro acciones concretas, en principio, que son: la acción declarativa de deslealtad, la de cesación, la de remoción y la de indemnización por daños y perjuicios.

#### *6.1.1 La acción declarativa de deslealtad (art.32.1.1 LCD)*

A través de esta acción se pretende que el juez declare de manera expresa que el acto cumple con los requisitos establecidos en la LCD, que, en este caso, estaríamos hablando de una conducta contraria al artículo 8 o los artículos 28 a 31 de la LCD, siendo estos considerados como desleales *per se*.

El supuesto más frecuente suele ser la acumulación de esta acción con algunas que la Ley enumera en el artículo 32. En ese caso, la mera declaración de deslealtad del acto supone un *prinus* evidente y lógico para poder tomar una resolución respecto del resto de pretensiones acumuladas.

Para que prospere la acción declarativa de deslealtad, la persona que la alegue o ejercite ha de acreditar la existencia del ilícito concurrencial en base a los requisitos que se establecen en la Ley y, en el caso de que se trate de una práctica agresiva, estaríamos hablando de la necesidad de justificar el ejercicio de la acción de acuerdo con la comisión de una conducta que suponga la merma de manera significativa de la libre elección o conducta del destinatario en relación con el bien o servicio y, por tanto, afecte a su comportamiento económico -según lo establecido en el ya desarrollado artículo 8 de la LCD-. Por el contrario, si se trata de uno de los supuestos recogidos de los artículos 28 a 31 de la LCD,

el demandante solo tiene que acreditar que la práctica es una de las contenidas en este listado ya que gozan de presunción de deslealtad –como ya se ha puntualizado de manera previa en este trabajo-.

La regulación anterior, de 1991, supeditaba la admisibilidad de la acción declarativa a que el demandante acreditara que la perturbación de la conducta subsistía, que la misma fuera activa, que produjera un perjuicio directo sobre sus intereses económicos.

En la actualidad, tras la reforma de 2009, se suprime la necesidad de probar tal extremo, cuya conveniencia de supresión había sido reivindicada por la doctrina desde incluso antes de su aprobación y, por ende, el hecho constitutivo de la acción declarativa pasa a constituir la mera existencia del acto de competencia desleal. Y es que, en determinados supuestos, puede suceder que, aunque no existiese tal perturbación en el momento de interponer la demanda, es recomendable recurrir a la acción declarativa para evitar reiteraciones futuras del comportamiento o conducta que se trate.

La estimación de la acción declarativa no requiere de prueba de dolo o culpa por la parte demandante ya que el juicio de deslealtad es objetivo, versa sobre la corrección de la conducta por lo que para apreciar la deslealtad de la conducta o comportamiento se prescinde de componentes psicológicos o subjetivos. <sup>74</sup>

#### *6.1.2 La acción de cesación del acto o prohibición de este (art.32.1.2 LCD)*

Esta acción ocupa un lugar privilegiado dentro del catálogo de acciones que se le muestran a un perjudicado por una actuación desleal.

Puede llegar a constituir una solución efectiva debido a dos factores: el primero, mediante su ejercicio se consigue poder eliminar los efectos negativos que produce el acto de competencia desleal y este cese inmediato es fundamental debido a que un comportamiento desleal no consiste en una actuación esporádica sino de un conjunto de supuestos que se dilatarán en el tiempo y de los que cabe su reiteración futura, y, el segundo, porque la acción de cesación prosperará con independencia de que el autor del

---

<sup>74</sup> TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., La reforma de la Ley de Competencia Desleal, La Ley, Madrid, 2010, pág. 348-354

acto hubiese actuado con dolo o negligencia<sup>75</sup> y por ende, no es necesaria la prueba *ex ante* de dolo o culpa de la conducta que se intenta impedir.

La acción de cesación está compuesta por varias acciones, haciéndose imperativo la distinción entre las mismas:

- El supuesto de hecho en el que ya se ha iniciado el acto desleal y se solicita su cese. Lo que se pretende es evitar la prolongación en el tiempo de la conducta y para que la acción pueda prosperar la acción de cese de la actividad desleal, el comportamiento se ha de calificar como de desleal.

- Puede suceder que la conducta o comportamiento desleal haya remitido, pero se tema su reiteración futura. Por tanto, se establece como presupuesto que para que esta acción pueda prosperar nos encontremos ante un comportamiento desleal que se realice de manera efectiva y que peligre su repetición. Si se logra mediar mediante la justificación de que la actuación fue de buena fe o cesó en el momento en el que se tuvo conocimiento de la deslealtad de la práctica o de una reclamación extrajudicial, el Juez ha de desestimar la acción.

- El último escenario consiste en que el acto de competencia desleal no se ha producido, pero se trata de impedir su futura puesta en práctica y en este caso, la tarea consiste en demostrar al Juez la comisión inminente de un acto de competencia desleal. El actor tendrá que evidenciar los elementos que prueben que la actuación está próxima a efectuarse, y que, de generarse, será desleal de acuerdo con lo establecido por la LCD. Es decir, se ha de probar la existencia de actos preparatorios de carácter relevante que impliquen la inequívoca voluntad del empresario de realizar un acto de competencia desleal. En el supuesto de prácticas agresivas sería, por ejemplo, el caso en el que el empresario imparte a sus agentes sobre técnicas de venta agresivas.

### 6.1.3 La acción de remoción (art. 32.1.3 LCD)

La acción de remoción tiene como objetivo eliminar o, en determinados casos, reducir los efectos negativos producidos por el acto de competencia desleal del competidor. Se trata de restaurar el *statu quo* previo al momento en el que se produjo la práctica desleal.

---

<sup>75</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, nº 802/1997, de 25 de julio, de 2002 (Civil) (Roj STS 5700/2002) (Ponente: Clemente Auger Liñán), que, en relación con este requisito, prevalece: "Prevalece la objetividad de la actuación contraria a la Ley, es decir, se trata de un ilícito objetivo, dejando a un lado los móviles del autor o responsable del mismo, al que le corresponde asumir legitimación pasiva por consecuencia del pleito promovido".

Este tipo de acción es especialmente sugerente en el caso de que la práctica traiga consigo la culminación de un negocio jurídico que se ha constituido a raíz de la agresividad del empresario que ha mermado la libertad de decisión del usuario o consumidor sobre la conveniencia de la oferta en los términos presentados por el operador. Por tanto, esta acción abarcaría la posibilidad de declarar ineficaces los contratos que por esta causa se haya concluido, respetando los derechos de los terceros de buena fe, aunque ello, no quiere decir que se pueda recurrir a una nulidad automática de los contratos, sino que constatada la comisión de una práctica agresiva desleal se pueda tener algún tipo de repercusión contractual. Esa repercusión en el plano contractual estaría justificada en base a que cuando se verifica la comisión y existencia de una práctica agresiva, se está produciendo un vicio del consentimiento del contratante, impidiendo que éste se otorgue de manera libre como exige nuestro Derecho Civil –obligaciones y contratos-.

Se trata de un ilícito objetivo y, por ende, no es necesario la demostración de que el agente infractor o parte demandada ha actuado con dolo o culpa como sucede en el caso de la acción de indemnización de daños y perjuicios.

Debido a la pluralidad de consecuencias que puede producir la comisión de un acto de competencia desleal hace que no sea aconsejable inclinarse por una enumeración de medidas concretas de remoción. Las medidas van a depender en cada caso de los efectos nocivos producidos y de los que se pretenda eliminar mediante el ejercicio de esta acción. Por seguir con el ejemplo anterior, en el caso de que un consumidor hubiera suscrito un contrato, que en otras circunstancias no hubiera hecho, siendo víctima de una práctica agresiva, podrá solicitar la invalidez del mismo.

#### *6.1.4 La acción de indemnización de daños y perjuicios (art.32.1.5 LCD)*

Esta acción consiste en dejar "intacta" o "indemne" a la víctima del ilícito de competencia desleal y procurar una reparación integral del detrimento que ha ocasionado el daño para su acervo patrimonial y esta reparación del daño se fundamenta en la responsabilidad extracontractual o responsabilidad *aquiliana* del artículo 1902 CC. Mediante la solicitud de indemnización por esta vía se exige la existencia de dolo o culpa por parte del sujeto infractor tanto por el daño emergente como por el lucro cesante –art.1106 CC-.

El sujeto demandante ha de desplegar su actividad probatoria ya que no toda conducta anticompetitiva produce un daño *per se*. De todas formas, el esfuerzo probatorio se desvanece en el momento en el que las circunstancias permiten concluir, de manera

razonable, que la conducta que se persigue ha producido un perjuicio resarcible<sup>76</sup>. Hablamos de la posible aplicación en ciertos casos de la teoría de la responsabilidad por riesgo que establece que son responsables de los daños acaecidos -de tipo extracontractual- toda persona que efectúe una conducta que tenía el riesgo de que se presentara el resultado dañoso producido, aún cuando la persona que asume el riesgo efectúe la actividad con la mayor diligencia posible. Por otro lado, también sería de aplicación la doctrina jurisprudencial "*res ipsa loquitur*" o "*la cosa habla por sí misma*", en aquellos casos en los que el daño ocasionado es consecuencia directa de la comisión de la conducta desleal, cuando es evidente o cuando es difícilmente imaginable que dicha conducta no haya ocasionado un perjuicio.

En cuanto al dolo exigible para formular la pretensión, es importante destacar que es necesaria esa voluntad de llevar a cabo la conducta desleal, sin que sea necesario el ánimo adicional de causar un daño ni tampoco la previa percepción de lesión concreta en uno o más patrimonios. La culpa requiere de una omisión negligente que impida el cumplimiento del estándar mínimo de diligencia con el que debe actuar cualquier operador en el mercado.

Los daños y perjuicios indemnizables comprenden el daño emergente y el lucro cesante. Daño emergente entendido como daño patrimonial o incluso daño moral. El lucro cesante serían aquellos beneficios que no se han podido percibir a consecuencia de la práctica desleal. Cuando se trate de personas jurídicas, el daño emergente se identifica con el que se ocasiona a la imagen de la empresa o a su fondo de comercio (*goodwill*)<sup>77</sup>.

## 6.2. Procedimiento

Con carácter general, en el momento que se decide la reclamación por vía judicial de una práctica desleal, la controversia se resolverá a través de juicio ordinario contenido en el artículo 249.1.4 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil –en adelante, LEC-. Reforzando el legislador las garantías que frente a un juicio verbal tiene el ordinario, debido a que este último exige un conocimiento profundo del conflicto para la pertinente resolución del mismo.

Es necesario mencionar la modificación de la LEC, que permite la interposición de una demanda civil sin abogado ni procurador en los juicios verbales cuando la cuantía objeto de

---

<sup>76</sup> TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., La reforma de la Ley de Competencia Desleal, La Ley, Madrid, 2010, pág. 380-382

<sup>77</sup> LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., "El avance en la protección de la persona consumidora y usuaria ante las nuevas prácticas comerciales desleales", Cuadernos de Derecho y Comercio, núm. 59, 2013, pág. 100

litigio no supere los 2000 euros, según lo estipulado en el artículo 23. Dicha alteración en la ley puede ocasionar la preferencia por la vía judicial para la resolución de conflictos en materia de consumo dado que se prescinde de gastos agregados de abogado y procurador. Esclareciendo lo anteriormente mencionado, la cifra límite para que se pueda sustentar el juicio verbal es igualmente coherente o coincidente con las cantidades reclamadas, lo cual no es habitual que exceda esta cuantía.

A pesar de que, de manera general, la LEC establece el juicio ordinario, se contemplan dos excepciones en las que el juicio verbal es el adecuado. La primera de ellas, por razón de la cuantía. Aquellos supuestos en los que la cuantía del lucro cesante, daño emergente (en el caso de la acción de indemnización de daños y perjuicios) o el enriquecimiento injusto (en el supuesto de que estemos hablando del ejercicio de la acción por enriquecimiento injusto) sea inferior a 3000 euros. La segunda excepción tiene que ver con la necesidad de celeridad que exigen ciertas acciones como, por ejemplo, la de cesación (artículo 249.1.4 *in fine*, en relación con el artículo 250.1.12 LEC).<sup>78</sup>

La competencia objetiva corresponde a los Juzgados de lo Mercantil como se ha hecho referencia previamente. La competencia territorial se define atendiendo al criterio general de solicitud de diligencias preliminares ante el tribunal donde deberá interponerse la demanda posterior por competencia desleal -artículo 50 en relación con el artículo 256 LEC-. Las diligencias preliminares han de tramitarse ante los Juzgados de lo Mercantil del lugar en el que se encuentre el establecimiento del sujeto demandado, y a falta del mismo, su domicilio o lugar de residencia. Cuando ninguno de estos los tenga en territorio español, el tribunal competente será el del lugar donde se haya realizado el acto de competencia desleal o donde se produzcan sus efectos, a elección del demandante según lo estipulado en el artículo 52.1.12 LEC.<sup>79</sup>

### **6.3. Legitimación activa**

Se reconocen como sujetos legitimados activamente para ejercitar acciones por competencia desleal, las personas tanto físicas como jurídicas que participen en el mercado, cuyos intereses económicos resulten bien perjudicados o amenazados por la conducta

---

<sup>78</sup> MAGDALENO CARMONA, A., Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal, Tecnos, Madrid, 2009, pág. 361-362

<sup>79</sup> TATO PLAZA, A.; FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO; HERRERA PETRUS, C: *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, La Ley, Madrid, 2010, pág. 493

desleal. Si bien, en el artículo 33 de la LCD, la legitimación activa distingue la acción ejercitada en función a los intereses defendidos, sean individuales o colectivos.

Según lo que se prevé en el artículo 33 apartado 1, las acciones: declarativa, de cesación, de remoción, rectificación y de resarcimiento de daños y perjuicios, pueden interponerlas cualquier persona física o jurídica cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados (como se reproducía en el párrafo anterior).

En el supuesto de que nos encontremos ante un ilícito publicitario, el legislador prevé una legitimación activa más amplia debido a que no solo reconoce la legitimación para ejercitar las acciones previstas en el artículo 32 de 1 a 5 de la LCD a cualquier persona física o jurídica sino también a quien tenga un derecho subjetivo o interés legítimo -art.33.1.2 LCD-.

El apartado tercero del artículo 33.1 dispone, con carácter garantista, que las acciones declarativas, de cesación, de remoción, de rectificación y de resarcimiento de daños y perjuicios podrán ejercitarse por los legitimados conforme a lo previsto en el artículo 11.2 de la LEC. En el caso de que estemos hablando de que los perjudicados sea un grupo de consumidores perfectamente determinados o fácilmente determinables, corresponderá a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades que tengan por objeto la defensa de los intereses colectivos, así como a los propios grupos o colectividades afectados, la legitimación para la tutela judicial de los mismos.

Dicho artículo 33.1, *in fine*, establece que la acción de enriquecimiento injusto del artículo 32.1.6 solo podrá interponerse por el titular de un derecho en exclusiva. Se prevé para situaciones relativas al posible secreto industrial que ha sido violado, actos de imitación, etc.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 33.2 LCD, las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos, cuando resulten afectados los intereses de sus miembros, podrán ejercitar las acciones que se prevén en el artículo 32.1 de 1 a 4 LCD, no contemplándose la posibilidad de interponer la acción de resarcimiento de daños y perjuicios.

Cuando se pretenda la tutela de intereses colectivos, generales o difusos, de los consumidores o usuarios, el artículo 33.3 LCD determina que están legitimados para interponer las acciones del artículo 32.1 del 1 al 4 LCD los siguientes sujetos: el Instituto Nacional de Consumo (INC), los órganos correspondientes de las CCAA, corporaciones locales competentes en materia de consumo, las asociaciones de consumidores y usuarios



que aglutinen los requisitos establecidos en el Texto Refundido para La Defensa de los Consumidores y Usuarios –LGCDU-, o, en su debido caso, en la legislación autonómica, las Entidades de otros estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y difusos de los consumidores, que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el "*Diario Oficial de las Comunidades Europeas*" -DOCE-.

El artículo 33.4 LCD en relación con el artículo 11.4 LEC habilita al Ministerio Fiscal para ejercer la acción de cesación, cuando el interés social lo justifique, en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios.

#### **6.4. Legitimación pasiva**

La legitimación pasiva contenida en el artículo 34 LCD ha optado por una fórmula abierta y es que resulta que las acciones contenidas en el artículo 32 pueden dirigirse contra cualquier persona que haya realizado la conducta desleal, haya ordenado su comisión o bien, haya cooperado en su ejecución. La acción de enriquecimiento injusto sería la excepción en cuanto a esa fórmula abierta ya que solo podrá demandar al sujeto que se haya beneficiado de dicho enriquecimiento injusto.<sup>80</sup>

Dicha amplitud de la legitimación pasiva en la nueva Ley de Competencia Desleal difiere con la legislación de la publicidad ilícita, siendo esta mucho más restrictiva tanto en cuanto solo el anunciante puede ser el sujeto demandado.<sup>81</sup>

En el supuesto de hecho de que la conducta se hubiera llevado a cabo por un trabajador o colaborador, que en el ejercicio de sus funciones y deberes contractuales sigue las instrucciones de un mandante principal, se exonera al primero y se dirigirá la correspondiente acción -art.32.1 del 1 al 4- contra el principal. Todo ello sin impedir el ejercicio de dichas acciones contra el trabajador si es que éste ha desoído el mandato del empresario.

#### **6.5. Diligencias preliminares**

Se desarrollan en el artículo 36 de la LCD. Este dispone que quien pretenda interponer una acción de competencia desleal podrá solicitar al juez la práctica de diligencias para que se

---

<sup>80</sup> PIPAÓN PULID, J. G.: "Acciones en materia de prácticas desleales y Códigos de conducta en relación con los consumidores y usuarios ", Revista de Actualidad Jurídica Aranzadi, núm.799, 2010, pág. 4.

<sup>81</sup> TATO PLAZA, A.; FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO; HERRERA PETRUS, C: *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, La Ley, Madrid, 2010, pág. 458

comprueben y se corroboren aquellos hechos que resultan objetivamente imprescindibles para poner en marcha el juicio. Constituyen una opción procesal, de ahí que sean de carácter voluntario y no vinculante.<sup>82</sup>

El fin u objetivo de estas diligencias preliminares consisten en recabar aquella información que será útil para el futuro actor y su consiguiente formulación de demanda por competencia desleal, o bien para facilitar la solicitud de medidas cautelares con carácter previo a la demanda. Mediante el desarrollo de las diligencias lo que se pretende es la preparación del juicio plenario posterior o bien, la pertinente consideración de su procedencia.

La instrumentalidad de las mismas se agota en el proceso principal, no pudiendo tener valor fuera de él. Al tratarse de un mecanismo que determina la conveniencia de iniciar un proceso por un ilícito de competencia desleal, ocupa, un lugar excelso en el Derecho de la competencia desleal, ya que, normalmente en la práctica, en el análisis de beneficio-coste que implica la apertura de un procedimiento de este tipo, para el consumidor individual la balanza acaba inclinándose por declinar la posibilidad de interponer dicha acción.

La Ley de Competencia Desleal remite esta materia a la regulación de Patentes -artículos 129 a 132 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes de invención y modelos de utilidad-. Cierta sector de la doctrina considera esta vía de indirecta y que no impide que el consumidor final pueda acogerse al régimen general de la Ley de Enjuiciamiento Civil del artículo 256.1 y así mismo lo avala la regulación de Patentes –la cual resultaría extraña para la defensa de los intereses de los consumidores- haciendo remisión al mismo artículo 256.1 LEC.

Un ejemplo al que podríamos hacer referencia sería un caso de práctica agresiva en el cual el suministrador de servicios eléctricos exige el pago inmediato de un servicio no solicitado a un grupo de consumidores que tienen contratada una determinada tarifa de electricidad. Para la interposición de demanda, conviene saber el número de afectados, es decir, cuál es el alcance de la práctica cometida. Si se quiere iniciar, por ejemplo, un proceso para la defensa de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios<sup>83</sup>, en aplicación del

---

<sup>82</sup> TATO PLAZA, A.; FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO; HERRERA PETRUS, C: *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, La Ley, Madrid, 2010, pág. 487

<sup>83</sup> La praxis ha demostrado que debido a las dificultades que este tipo de procesos suscitan, relativas al coste, tiempo, la reducida cuantía que supone el objeto del litigio, junto al desequilibrio de recursos técnico-jurídicos existente entre el consumidor o usuario y el profesional/empresario, producen que la interposición de demandas o acciones individuales sean poco frecuentes. De este modo, otros mecanismos procesales se abren paso: las **acciones colectivas civiles** para la defensa de los intereses

artículo 256.1. 6º de la LEC, la diligencia preliminar podría consistir en recabar de la propia base de clientes de la compañía, el número de estos que han suscrito la tarifa en cuestión y a los que mediante esta técnica agresiva se les ha cobrado presuntamente el suministro que no habían contratado.

### 6.6. Carga de la prueba

La carga de la prueba en aquellos procesos sobre competencia desleal y publicidad ilícita corresponde, en contra del principio general, al sujeto demandado. Por tanto, va a corresponder al empresario o profesional demandado el *onus probandi* en relación a la exactitud y veracidad de la conducta o práctica quejada de la conducta quejada del componente subjetivo de lo injusto -artículo 217.4 LEC-. Contradiendo, como ya se ha reflejado en este trabajo, la previsión que por regla general opera en el proceso civil: cada uno de los litigantes soporta la carga de la prueba de sus alegaciones, que son aquellas que fundamentan sus pretensiones, así como asumen los resultados desfavorables que se puedan ocasionar debido a la ausencia de prueba de una determinada alegación. Por tanto, podríamos decir que se produce una inversión de la carga<sup>84</sup>.

Esta disposición es lo más coherente debido a la dificultad que entrañaría para el actor de la demanda demostrar o probar la falsedad de una comunicación comercial o la deslealtad de una determinada conducta (*probatio diabolica*)<sup>85</sup>.

Atendiendo a las consecuencias de la inversión de la carga de la prueba, si el juez duda sobre la veracidad o exactitud de los hechos, resolverá la duda condenando al demandado puesto que éste carga con las consecuencias de ausencia de prueba suficiente al respecto.

### 6.7. Prescripción

El plazo de prescripción para ejercitar las acciones de competencia desleal es de un año desde que pudieron ejercitarse y el actor legitimado tuvo conocimiento de la persona que

---

colectivos de los consumidores (en el caso de que estos sean perfecta o fácilmente identificables) o intereses difusos (en el caso de que no sean fácilmente identificables los consumidores perjudicados). Siendo actores legitimados, en el primer caso, aquellas asociaciones de consumidores y usuarios y las entidades constituidas por consumidores con arreglo a la normativa del Título II TRLGDCU –arts. 22 a 39- y, en segundo caso, aquellas asociaciones de consumidores y usuarios más representativas, es decir, aquellas que formen parte del Consejo de Consumidores y Usuarios -art. 24.2 TRLDCU y art. 11.3 LEC-.

<sup>84</sup> MAGDALENO CARMONA, A., Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal, Tecnos, Madrid, 2009, pág. 415.

<sup>85</sup> *Probatio diabolica* entendida como aquella práctica que consiste en la demostración de que algo no ha ocurrido, la inexistencia de algo o inclusive la propia inocencia de un reo en un determinado proceso judicial cuando lo usual es probar la existencia de algo, probar la culpabilidad.

cometió la conducta de competencia desleal; y en todo caso, por el transcurso de tres años desde el momento de finalización de la conducta (art.35 LCD).

De la redacción del precepto cabe inferir que existen dos plazos en función de dos diversas circunstancias y estos plazos a su vez son excluyentes. Ello quiere decir que los plazos se aplican de manera autónoma, no con carácter sucesivo. Por ende, si se cumple o confirma uno de ellos, basta para impedir la tutela judicial.

El apartado 2 del artículo 35 LCD determina la imprescriptibilidad de las acciones de defensa de los intereses generales, colectivos o difusos de los consumidores y usuarios, haciendo remisión expresa al artículo 56 del LGDCU en relación a esta cuestión. De este modo, el legislador evita que el infractor pueda ampararse en el transcurso del tiempo y evitar así la sanción por los comportamientos desleales que han afectado a los intereses generales, poniendo en riesgo el derecho de los ciudadanos a actuar en un mercado libre de distorsiones y sujeto a una sana competencia.<sup>86</sup>

Cabe recordar que la interposición de cualquier tipo de acción ya sea la solicitud de diligencias preliminares, medidas cautelares e incluso la demanda de conciliación o reclamación extrajudicial recibida por el sujeto demandado interrumpe la prescripción, que no la suspende, volviéndose a contar desde cero el cómputo de la misma.

## 7. CONCLUSIONES

Tras el estudio y observación de las prácticas agresivas en el mercado con su puesta en relación con la Ley de Competencia Desleal y con el Derecho de la Competencia en general, se pueden inferir una serie de conclusiones.

- I. En primer lugar, con carácter previo a la transposición que se realiza de la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, las prácticas agresivas no gozaban de reconocimiento expreso como supuesto particular de competencia desleal y, por ende, no habían sido objeto de regulación particular. El enjuiciamiento de dichas prácticas, que contrarias a Derecho –indudablemente-, se garantizaba a través de la cláusula general del antiguo artículo 5 de la Ley de 1991; en su caso, del artículo 6 apartado B de la Ley General de Publicidad de 1988; encajando, inclusive, alguna de las modalidades de las prácticas

---

<sup>86</sup> TATO PLAZA, A.; FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO; HERRERA PETRUS, C: *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, La Ley, Madrid, 2010, pág. 483-484

agresivas dentro de los actos de competencia desleal delimitados en el artículo 8 de la Ley de 1991.

- II. Para catalogar una conducta como práctica agresiva se ha de estar a la concurrencia de los requisitos establecidos por Ley en su artículo 8. Estamos hablando de la existencia de una conducta que se valga del acoso, coacción, incluyendo el uso de la fuerza o la influencia indebida. A su vez, esa conducta ha de ser óptima para mermar la libertad de elección o conducta del destinatario, afectando su comportamiento económico. Por tanto, a menos que nos encontremos ante una práctica agresiva *per se* de las reguladas en el Capítulo III LCD, tendremos que entrar a realizar un juicio de valor, considerando las circunstancias tasadas en el apartado 2 del mencionado precepto, tales como: el momento y el lugar en que se produce la conducta, su naturaleza o persistencia; el empleo de un lenguaje o comportamiento amenazador o insultante, entre otros. Dichas circunstancias son el medio esencial para encasillar una determinada conducta dentro de las modalidades de práctica agresiva -acoso, coacción o influencia indebida-.
- III. El legislador exige que la conducta reprochable pueda producir una *merma significativa* del comportamiento económico del consumidor medio, supuesto que se producirá en el momento en el que la práctica merme “*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*» según lo que plasma el artículo 4 apartado 1 LCD. Por tanto, se establece una regla de *minimis*, por debajo de la cual no se va a tomar en consideración aquellas conductas que se catalogarán como meras prácticas molestas.
- IV. Podríamos afirmar que el empresario agresivo es aquel que, no actuando con la diligencia profesional que cabría esperar e invadiendo la esfera privada del consumidor en la toma de decisión de compra de un bien o contratación de servicio, le fuerza a adoptar una conducta en relación con una transacción comercial, no siendo ésta lo suficientemente reflexionada, por tanto, contraria a los intereses económicos del mismo.
- V. A pesar de que la Directiva 2005/29/CE se dirige con carácter excluyente a reforzar la protección de consumidores y usuarios, el legislador decide incluir a las prácticas agresivas dentro del Capítulo II LCD, es decir, dentro de los actos de competencia desleal en general –aquellos que se dirigen a todos los operadores del mercado independientemente de que sean consumidores y usuarios-. Es decir, hasta

ahí, se pone de manifiesto que la prohibición de las prácticas agresivas se ve fundamentada no solo en la tutela de los intereses privados de consumidores y usuarios sino también en el interés general, buscando preservar el correcto funcionamiento del mercado. En contraposición con el encuadramiento del artículo 8 dentro del Capítulo II, otorgando al mismo un alcance general, nos encontramos ante el Capítulo III del mismo texto legal, que también contiene la regulación de prácticas agresivas -artículos 28,29 30 y 31 LCD-, que son de exclusiva aplicación en caso de que el destinatario sea un consumidor o usuario. Dicha incoherencia produce una dicotomía de normas completamente innecesaria y a su vez supone una merma del tratamiento unitario de los actos de competencia desleal. Por tanto, podríamos decir que la actual redacción de la LCD consiste en una doble protección a los consumidores, contenida en los Capítulos II y III. El Capítulo II desplegará su eficacia evaluando las circunstancias que rodean un determinado supuesto y el Capítulo III determinará conductas que son desleales "per se", a independencia de las circunstancias, cumpliendo con los requisitos determinados y dirigiéndose a destinatarios específicos, es decir: los consumidores y usuarios.

- VI. El régimen de las prácticas agresivas, tras unos años de vigencia constata que, por lo menos en España, no salvaguarda completamente los intereses de los consumidores y usuarios, y ello se refleja en el bajo impacto en la praxis judicial, a pesar de ser prácticas frecuentemente extendidas y utilizadas, más aún si hablamos de sectores como el transporte, el financiero o las telecomunicaciones. Y es que es precisamente el análisis de la experiencia práctica, es decir, las resoluciones judiciales, las que permiten efectuar propuestas fundadas de reforma y de ese modo, mejorar el sistema.

## **8. BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN CONSULTADA**

ARPIO SANTACRUZ, J., «Artículo 19. Prácticas comerciales desleales con los consumidores», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., (coord.): “Comentarios a la ley de competencia desleal”, Aranzadi, Navarra ,2011.

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

CARBAJO CASCÓN, F., «Artículo 31. Otras prácticas agresivas», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., (coord.): “Comentarios a la ley de competencia desleal”, Aranzadi, Navarra ,2011.

GONZÁLEZ PONS, E.: Prácticas agresivas y tutela del consumidor, BOE, Madrid, 2019.

GUALDE CAPÓ, P, y BORRÁS CEBRIÁN, P, «Artículo 18. Acciones», en MARTÍNEZ SANZ, F, (coord.): Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal, Tecnos, Madrid, 2009.

LEIÑENA MENDIZÁBAL, E.,” El avance en la protección de la persona consumidora y usuaria ante las nuevas prácticas comerciales desleales”, Cuadernos de Derecho y Comercio, núm. 59, 2013.

MAGDALENO CARMONA, A., Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal, Tecnos, Madrid, 2009.

MARCO COS, J.M.,” Artículo 3 LCD”, en MARTÍNEZ SANZ, F, (coord.): Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal, Tecnos, Madrid, 2009.

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

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

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

MASSAGUER, J., “Treinta años de la Ley de Competencia Desleal “, en Actualidad Jurídica Uría Menéndez, no 55, 2021.

MONGE GIL, Á. L., «Prácticas agresivas por coacción», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., (coord.): “Comentarios a la ley de competencia desleal”, Aranzadi, Navarra ,2011.

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

PALAU RAMÍREZ, F., “Prácticas Agresivas”, en RUIZ PERIS, J. I., (coord.): 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.

PÉREZ MOSTEIRO, A. M., “Breve análisis de la Ley 3/1991, de 10 de enero de 1991”, en BOYANO ADÁNEZ, U. C., (coord.): La reforma de la Ley de Competencia Desleal: efectos de la armonización comunitaria, Grupo Difusión, Madrid, 2011.

PIPAÓN PULID, J. G.: “Acciones en materia de prácticas desleales y Códigos de conducta en relación con los consumidores y usuarios “, Revista de Actualidad Jurídica Aranzadi, núm.799, 2010.

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

TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., La reforma de la Ley de Competencia Desleal, La Ley, Madrid, 2010.

VEGA VEGA , A., «Artículo 32. Acciones», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., (coord.): “Comentarios a la ley de competencia desleal”, Aranzadi, Navarra ,2011.

ZUBIRI DE SALINAS, M.,” Artículo 29: Prácticas agresivas por acoso”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., (coord.): “Comentarios a la ley de competencia desleal”, Aranzadi, Navarra ,2011.

ZUBIRI DE SALINAS, M., «Artículo 30. Prácticas agresivas en relación con los menores», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., (coord.): “Comentarios a la ley de competencia desleal”, Aranzadi, Navarra ,2011.