

# Prácticas agresivas y tutela del consumidor

**ELISABET GONZÁLEZ PONS**

**PRÓLOGO: LOURDES FERRANDO VILLALBA**



Derecho Privado



PRÁCTICAS AGRESIVAS  
Y TUTELA DEL CONSUMIDOR

# COLECCIÓN DE DERECHO PRIVADO

Director

**Antonio Manuel Morales Moreno**

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid,  
académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

Consejo Asesor

**Antonio Pau Pedrón**, doctor de la Universidad Autónoma de Madrid, notario, registrador de la propiedad y abogado del Estado.

**José Miguel Embid Irujo**, catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia.

**María Paz García Rubio**, catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela.

**Nieves Fenoy Picón**, profesora titular de Derecho Civil (acreditada como Catedrática de Universidad) de la Universidad Autónoma de Madrid.

# PRÁCTICAS AGRESIVAS Y TUTELA DEL CONSUMIDOR

---

ELISABET GONZÁLEZ PONS



---

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO  
MADRID, 2019

Primera edición: julio de 2019



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, [www.boe.es](http://www.boe.es), apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

© Elisabet González Pons  
© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

<http://cpage.mpr.gob.es>

NIPO: 043-19-137-0 (edición en papel)  
043-19-138-6 (edición en línea, PDF)  
043-19-139-1 (edición en línea, ePub)

ISBN: 978-84-340-2566-0

Depósito legal: M-23771-2019

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL  
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO  
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

*A mi familia,  
en especial a mis padres, a mi hermano  
y a la memoria de mis abuelos.  
Andreu, gracias por todo.*





## ÍNDICE

ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS .....	15
PRÓLOGO.....	19
PRESENTACIÓN .....	23
OBJETIVOS DEL ESTUDIO .....	25
INTRODUCCIÓN .....	29
CAPÍTULO I. LAS PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES: EVOLUCIÓN Y MARCO JURÍDICO REGULADOR	
I. Notas introductorias .....	33
II. Marco jurídico regulador de las prácticas desleales en España .....	34
1. Primera fase: La Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal .....	35
1.1 Consideraciones generales .....	35
1.2 Consideraciones sistemáticas .....	40
1.3 Balance final .....	42
2. Segunda fase: La Directiva 2005/29/CE de prácticas comerciales desleales .....	43
2.1 Punto de partida: La construcción de un marco jurídico eu- ropeo para las prácticas comerciales desleales .....	44
2.2 Ámbito objetivo y subjetivo de aplicación. Consideracio- nes críticas .....	46

	Páginas
2.3 La cláusula general prohibitiva de deslealtad a nivel comunitario .....	55
2.4 La adopción de medios eficaces en la represión de las prácticas desleales. Un mandato para los Estados miembros ...	61
2.5 <i>Public o private enforcement</i> en la represión de las prácticas comerciales desleales .....	64
2.6 Balance final de la Directiva 2005/29/CE y el nuevo horizonte en la tutela del consumidor frente a las prácticas desleales ....	65
3. Tercera fase: La Ley 29/2009, de 30 de diciembre .....	68
<b>CAPÍTULO II. LAS PRÁCTICAS AGRESIVAS Y SU TIPICIDAD</b>	
I. Presentación .....	75
II. Origen .....	77
1. Primera fase: De la publicidad molesta a las prácticas agresivas desleales .....	77
2. Segunda fase: Ilícitos de elaboración jurisprudencial .....	78
3. Tercera fase: La cristalización de las prácticas agresivas en la LCD ....	81
III. Concepto y tipología de prácticas comerciales agresivas .....	83
1. La noción general de «práctica agresiva» .....	83
1.1 Merma «significativa» en la libertad de elección o conducta del destinatario .....	86
1.2 Afectación mediante acoso, coacción o influencia indebida ...	87
A) El acoso como práctica agresiva .....	88
1) El acoso en las ventas domiciliarias .....	90
2) El acoso mediante propuestas no deseadas y reiteradas por teléfono .....	97
3) Otras prácticas agresivas por acoso .....	99
B) La coacción en términos de deslealtad .....	100
1) Coacción sin uso de la fuerza .....	101
2) Coacción con fuerza .....	108
3) Las prácticas agresivas por coacción <i>per se</i> desleales del art. 28 LCD .....	108
C) El ejercicio de «influencia indebida» sobre el destinatario como comportamiento desleal .....	112
1) El origen del concepto de la « <i>Undue influence</i> » ...	113

	Páginas
2) El «poder» como primer presupuesto de deslealtad .....	115
3) La presión ejercida sobre el destinatario. Especial consideración a las prácticas agresivas en relación con los menores .....	117
4) El suministro no solicitado de productos como práctica agresiva .....	120
2. Circunstancias determinantes del acoso, coacción o influencia indebida .....	122
2.1 El momento y el lugar en que se produce la práctica, su naturaleza o su persistencia .....	123
2.2 El empleo de un lenguaje o un comportamiento amenazador o insultante .....	128
2.3 La explotación por parte del empresario o profesional de cualquier infortunio o circunstancia específicos lo suficientemente graves .....	129
2.4 Cualesquiera obstáculos no contractuales onerosos o desproporcionados .....	130
2.5 La comunicación de que se va a realizar cualquier acción que, legalmente, no pueda ejercerse .....	131
IV. Reflexión final .....	133
 <b>CAPÍTULO III. MECANISMOS DE DERECHO PRIVADO PARA LA REPRESIÓN DE LAS PRÁCTICAS AGRESIVAS DESLEALES</b>	
I. Presentación .....	135
II. Acciones contra las prácticas agresivas desleales .....	136
1. La acción declarativa de deslealtad .....	139
2. La acción de cesación del acto o de prohibición de este .....	142
3. La acción de remoción .....	144
4. La acción de indemnización de daños y perjuicios .....	146
III. Mecanismos sustantivos y procesales para las prácticas agresivas ....	148
1. Legitimación activa .....	148
2. Prescripción .....	151
3. Diligencias preliminares .....	155
IV. Las prácticas comerciales agresivas y el régimen de vicios del consentimiento .....	157
1. Las complejas relaciones entre el Derecho de la competencia desleal y el Derecho de los contratos .....	160

	Páginas
2. El sistema de vicios del consentimiento en el ámbito contractual: ¿Una realidad distinta del plano concurrencial? .....	161
2.1 La teoría general del régimen de vicios del consentimiento del CC .....	164
2.2 La violencia y la intimidación como vicio del consenti- miento .....	166
3. Consecuencias jurídicas de la concurrencia de un vicio del con- sentimiento .....	170
4. Propuestas <i>de lege ferenda</i> para el tratamiento unitario del régi- men de vicios del consentimiento y el de prácticas agresivas des- leales .....	171
 CAPÍTULO IV. MECANISMOS DE DERECHO PÚBLICO PARA LA REPRESIÓN DE LAS PRÁCTICAS AGRESIVAS DESLEALES	
I. Cuestiones preliminares .....	175
II. La represión pública de las prácticas desleales en España .....	177
1. El sentido de la previsión del art. 3 LDC «El falseamiento de la libre competencia por actos desleales» en la represión de las prácticas desleales cualificadas .....	177
2. Debate en torno a la supresión del controvertido art. 3 LDC .....	180
3. Conclusiones sobre la persecución de las prácticas agresivas cua- lificadas vía art. 3 LDC .....	183
III. La represión pública de las prácticas desleales con consumidores en el Derecho italiano .....	186
1. Primeras reflexiones .....	186
2. El régimen público de las prácticas desleales en el Derecho ita- liano .....	188
3. El <i>enforcement</i> de <i>l’Autorità Garante della Concorrenza e del</i> <i>Mercato</i> .....	190
3.1 Naturaleza y composición .....	191
3.2 La actividad de la AGCM en materia de prácticas comer- ciales desleales .....	192
3.3 Principales líneas de actuación .....	193
3.4 El procedimiento ante la AGCM .....	196
3.5 La terminación convencional .....	197
3.6 La tutela cautelar ante la AGCM .....	199
4. Remedios privados del consumidor víctima de una <i>pratica com-</i> <i>merciale scorretta</i> .....	200

	Páginas
5. La posible recepción del modelo italiano de competencia desleal en el ordenamiento español: Reflexión final .....	202
BIBLIOGRAFÍA .....	205
OTROS MATERIALES Y DOCUMENTOS DE CONSULTA .....	219
JURISPRUDENCIA CITADA .....	221
I. España .....	221
1. Tribunal Constitucional .....	221
2. Tribunal Supremo .....	221
3. Audiencia Nacional .....	222
4. Audiencias Provinciales .....	222
5. Juzgados de lo Mercantil .....	224
II. Francia .....	224
1. Cour d'Appel .....	224
2. Cour de Cassation .....	224
III. Tribunal de Justicia de la Unión Europea .....	224
ÍNDICE DE RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS .....	225
I. Autoridad de competencia española .....	225
II. Autoridad de competencia inglesa .....	225
III. Autoridad de competencia italiana .....	225



## ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
ADI	<i>Actas de Derecho Industrial</i>
AECOSAN	Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición
AGCM	<i>Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato</i>
AJMerc	Auto del Juzgado de lo Mercantil
art.	artículo
AP	Audiencia Provincial
B2B	<i>Business to business</i>
B2C	<i>Business to consumer</i>
CC	Código Civil aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889
CCAA	Comunidades Autónomas
CNC	Comisión Nacional de la Competencia
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
Coord.	Coordinador/ Coordinación
Dir.	Director/ Dirección
Directiva 84/450/CEE	Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa

## ■ PRÁCTICAS AGRESIVAS Y TUTELA DEL CONSUMIDOR

Directiva 2005/29/CE o Directiva de prácticas comerciales desleales	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
Directiva 2014/104/UE, de daños	Directiva 2014/104/UE, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea
Ed.	Editorial
eds.	editores
<i>et al.</i>	y otros
EP	Ley 61/1964, de 11 de junio, por la que se aprueba el Estatuto de la Publicidad
ex	Anterior/ precepto derogado
Expte.	Expediente
Ibíd.	En el mismo lugar
ICPEN	<i>International Consumer Protection and Enforcement Network</i>
LCD	Ley de Competencia Desleal, con la reforma de la Ley 29/2009
LCD (1991)	Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal
Ley 29/2009	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
LDC	Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LM	Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas
n.º	número
OFT	<i>Office of Fair Trading</i>
op. cit.	obra citada
p./pp.	página/páginas
<i>RDM</i>	<i>Revista de Derecho Mercantil</i>
<i>RGD</i>	<i>Revista General de Derecho</i>



<i>RDPat</i>	<i>Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial</i>
<i>Regolamento</i>	<i>Regolamento 25 aprile 2015, sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni, clausole vessatorie</i>
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SJMerc	Sentencia del Juzgado de lo Mercantil
ss.	siguientes
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
t.	tomo
TAR	<i>Tribunale Amministrativo Regionale</i>
TDC	Tribunal de Defensa de la Competencia
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLGCU	Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
UWG	<i>Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb</i>
v.	volumen
Vid.	Véase



## PRÓLOGO

Actualidad y tradición son dos calificativos que podemos atribuir al trabajo presentado por la doctora Elisabet González Pons, investigadora del Departamento de Derecho Mercantil «Manuel Broseta Pont» de la Universitat de València. Bajo el título «Prácticas agresivas y tutela del consumidor», la publicación de su tesis doctoral permitirá al lector compartir sus conclusiones sobre la regulación de las prácticas agresivas desleales, la adecuación de las acciones previstas por nuestro ordenamiento y las propuestas de reforma que convendría acometer para resolver algunos de los problemas detectados en la tutela del consumidor ante este tipo de prácticas.

Efectivamente, la actualidad del tema resulta obvia. En las últimas décadas, con la extraordinaria difusión de los medios electrónicos de comunicación y contratación, los efectos negativos de este tipo de prácticas sobre los consumidores han tenido un mayor impacto, lo que ha obligado a reforzar normativamente su prohibición y control. A la vez, los empresarios han perfeccionado y desarrollado los mecanismos de «agresión» en su actividad comercial, lo que ha conllevado la reforma y adecuación de la legislación sobre competencia desleal.

La tradición que comporta el estudio sistemático y crítico de una materia inserta en el Derecho de la competencia, se aprecia al analizar la adecuación sistemática y el rigor en el tratamiento de las acciones y de los efectos de estas prácticas. La autora, como bien destaca en la introducción, no se limita a efectuar un tratamiento de las prácticas agresivas que tienen como principal sujeto pasivo al consumidor, sino que destaca su carácter multinivel y reclama para las que tienen lugar entre empresarios en situación de desequilibrio una similar protección. Tampoco se limita a efectuar una exposición meramente descripti-

va de la evolución de este sector normativo, sino que justifica, explica y relaciona con el contexto económico y tecnológico el cambio normativo y ayuda al lector a entender las sucesivas reformas que en el ámbito europeo y nacional han tenido lugar.

La autora aborda con solvencia, por último, el estudio de la protección efectiva que nuestro ordenamiento prevé ante dichas prácticas, comparándola con la propia de otros ordenamientos de nuestro entorno, que en este ámbito han optado por un sistema de represión pública más eficaz y preventiva.

No parece difícil, por lo expuesto, justificar la necesidad de que se lleve a cabo un estudio monográfico sobre las prácticas agresivas como comportamiento desleal. La difusión, el impacto y la insuficiencia de los mecanismos represores obligan al investigador jurídico a atender esta realidad, a analizarla con rigor y a extraer conclusiones críticas que ayuden a resolver los problemas planteados aportando soluciones en el seno del ordenamiento jurídico. Y esta labor ha sido convenientemente llevada a cabo por la autora, en un proceso no exento de dificultades, tanto en lo académico como en lo personal, que, sin embargo, ha superado y sorteado con serenidad y confianza y que por ello se han de reconocer en este momento.

Sin duda si este estudio se ha podido afrontar con solvencia es por las cualidades que concurren en Elisabet González Pons. Ya desde sus años de estudiante en la Facultad de Derecho, tuve la oportunidad de comprobar su gran curiosidad científica y su capacidad de trabajo y superación. A ello ha unido su experiencia profesional, previa a la incorporación al Departamento del que actualmente forma parte, que le ha aportado la visión práctica y siempre atenta a la realidad del tráfico y de un área del Derecho mercantil, el Derecho de la competencia, que fue propuesto por ella para sus estudios doctorales. Su conocimiento de idiomas, sus numerosas estancias en centros de investigación extranjeros de primer orden y la obtención de un contrato de investigación predoctoral en concurrencia competitiva dentro del Programa VÀLI+d de la Generalitat Valenciana son elementos que han contribuido a la elaboración de este trabajo y a la formación de su autora.

No es este libro, sin embargo, su primera aportación a la especialidad, mostrando el interés de la autora por el estudio de cuestiones novedosas relacionadas con estas prácticas desleales y con otras innovaciones industriales que afectan notablemente a la realidad del tráfico mercantil en los sectores de la propiedad industrial y el Derecho de la competencia tal y como los conocemos, como por ejemplo, la impresión tridimensional. Su intensa trayectoria investigadora se ha visto, por ello, reconocida ya por el Premio de Investigación Tomás y Valiente en su edición 2016 a la mejor investigación jurídica.

Reúne, por lo tanto, Elisabet González Pons, las mejores condiciones académicas para continuar su carrera investigadora y docente, en la que ha obtenido las mejores valoraciones, pero además, su esfuerzo y su capacidad de trabajar en equipo la hacen merecedora de reconocimiento también en el aspecto personal. Son difíciles estos momentos en nuestras universidades para quienes se inician en las labores docentes e investigadoras, no existe respaldo institucional para la continuidad de la carrera de nuestros jóvenes investigadores que han demostrado con creces sus habilidades y talento para acceder a una de las becas o contratos predoctorales, pero confío en que la autora podrá continuar su carrera investigadora y docente, y seguir aportando con sus publicaciones novedad y rigor al Derecho mercantil.

El lector encontrará buena muestra de todas estas cualidades en el libro que se presenta, cuyo origen intelectual se encuentra en la tesis doctoral defendida en la Universitat de València en diciembre de 2018, y que contó como miembros del tribunal con los Profesores José Miguel Embid Irujo, Luis Miranda Serrano y Consiglia Botta, y que obtuvo la máxima calificación. Los miembros del tribunal destacaron algunos de los aspectos señalados en este prólogo y el extraordinario interés del tema. Como ellos, gratamente solo me resta felicitar a la autora por la obra lograda.

M.<sup>a</sup> DE LOURDES FERRANDO VILLALBA



## PRESENTACIÓN

La monografía que presentamos es el resultado, después de realizarse las oportunas adaptaciones, de la tesis doctoral titulada «Las prácticas agresivas en el mercado como condicionante de la libertad económica del consumidor», defendida en la Universitat de València en diciembre de 2018. El tribunal, presidido por el Prof. Dr. José Miguel Embid Irujo (Universitat de València), y actuando como vocal la Prof. Dra. Consiglia Botta (*Università degli Studi di Napoli, Federico II*) y como secretario el Prof. Dr. Luis María Miranda Serrano (Universidad de Córdoba), otorgó la máxima calificación posible. Quiero agradecer al tribunal sus observaciones, muchas de ellas recogidas en esta obra, así como su disponibilidad para formar parte del tribunal.

Es de justicia reconocer que el presente trabajo es el resultado de una investigación sufragada, en parte, por la *Conselleria* de Educación, Investigación, Cultura y Deporte de la Generalitat Valenciana a través del marco del Programa VALi+d para la contratación del personal investigador en formación de carácter predoctoral.

Para la realización del trabajo, también se ha contado con ayudas para realizar estancias de investigación en el extranjero. Quiero destacar, la subvención recibida por la Generalitat Valenciana para realizar una estancia de investigación en la *Università degli Studi di Firenze* (Italia). Esta estancia permitió realizar un estudio exhaustivo sobre el régimen italiano de represión de las prácticas desleales que constituye una parte significativa de la obra y que nos ha permitido realizar propuestas fundadas de reforma de nuestro régimen actual.

Quiero aprovechar esta oportunidad para agradecer a los miembros del Departamento de Derecho Mercantil «Manuel Broseta Pont» de la Universitat de València por el trato recibido durante mi formación predoctoral. En espe-

cial, quiero agradecerle a la Prof. Dra. Vanessa Martí Moya sus sabios consejos y a todos los investigadores del grupo Commenda, cuyo investigador principal es el Prof. Dr. José Miguel Embid Irujo, por su cálida acogida. Pero el agradecimiento más especial lo merece, sin duda, mi directora de tesis, la Prof. Dra. María de Lourdes Ferrando Villalba, por su dedicación, comprensión y apoyo en toda la redacción del trabajo.

El paciente lector me permitirá que cierre este apartado de agradecimientos con el que he querido comenzar este trabajo, dedicando unas cariñosas palabras a mi familia. Ellos son el principal motor de mi vida y a los que tengo que agradecer su apoyo incondicional durante toda mi etapa de formación académica que ha culminado satisfactoriamente con la obtención del título de Doctor. En especial, quiero dirigirme a mis padres, por haber luchado siempre para que mi hermano y yo tuviésemos la mejor educación pública y de calidad posible, y a mi querido marido Andreu por su paciencia y comprensión durante todo este tiempo de sacrificio compartido. El agradecimiento más personal quiero dirigirlo a mis abuelos José Pons Caselles y Josefa García Prats, por su inmenso cariño, que ha sido tan grande que me acompañará toda mi vida.

Gracias a todos ellos por haber hecho posible este trabajo.



## OBJETIVOS DEL ESTUDIO

### I. OBJETIVOS GENERALES

El objetivo de esta obra es profundizar en el estudio de las prácticas comerciales agresivas como comportamientos desleales. Sin embargo, admitida la idea de que se trata de un fenómeno que puede ser estudiado desde distintas perspectivas, nuestro trabajo también incidirá en el impacto que puede tener esta forma de condicionamiento a la que somete el empresario al consumidor en otras ramas del Derecho, como el Derecho de obligaciones y contratos y el Derecho *antitrust*.

### II. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Como el lector puede comprobar, la obra aparece dividida en cuatro capítulos, a través de los cuales se estudia el fenómeno de las prácticas agresivas desde las distintas perspectivas propuestas.

En el primer capítulo se aborda el análisis del marco regulador de las prácticas agresivas como comportamientos desleales desde sus inicios, cuando no había un reconocimiento expreso a su deslealtad y su reproche debía buscarse por cauces alternativos.

El segundo capítulo se ocupa de manera individualizada del estudio de los elementos que configuran el régimen de las prácticas agresivas como comportamientos desleales, con el objeto de presentar adecuadamente el fenómeno comercial sobre el que se basa el presente trabajo de investigación. En este apartado, se presta atención a la evolución de las simples prácticas

molestas a las que inicialmente se circunscribían las prácticas agresivas, hasta configurar la noción actual como categoría propia de comportamiento desleal, y justificar su persecución sobre la base del grave perjuicio que causan a la confianza de los consumidores y a la estructura del mercado. Al mismo tiempo, en este capítulo se incide en los elementos de acoso, coacción e influencia indebida, que son los que integran el concepto de práctica agresiva desleal y se exponen cuáles son los caracteres particulares que conforman su naturaleza jurídica.

Además de constituir este capítulo una descripción y análisis del fenómeno de las prácticas agresivas desleales sobre el que gira todo el trabajo de investigación desarrollado, también constituye una oportunidad idónea para reflexionar sobre la eficiencia del modelo español contra la competencia desleal tal y como está planteado en la actualidad.

Los capítulos tercero y cuarto se han dedicado a reflexionar sobre la conveniencia de seguir un modelo público o privado para reprimir las prácticas desleales y, en especial, las prácticas agresivas.

Como se sabe, en la actualidad, la tutela de la leal competencia en España está prevista mediante un sistema basado principalmente en un *private enforcement*. Son los perjudicados por las prácticas comerciales agresivas los que acuden a los Jueces de lo Mercantil, en virtud del art. 86 Ley Orgánica del Poder Judicial, para interponer alguna de las acciones que prevé el art. 32 de la Ley de Competencia Desleal, y sobre ellos recaen los riesgos propios de las acciones judiciales. En este escenario, si la práctica a la que aluden no es de aquellas consideradas *per se* desleales por la Ley, el juzgador se encarga de valorar la concurrencia de los requisitos que exige el precepto que regula las prácticas agresivas para considerar si se está ante un supuesto de prácticas comerciales ilícitas. Este análisis, como siempre casuístico en un ilícito desleal, puede no ser favorable a quien invoca las acciones judiciales por competencia desleal que deberá cargar con todos los gastos judiciales, lo que actúa, en último término, como elemento de disuasión para la denuncia de estas prácticas.

Por ello, se ha considerado oportuno dedicar un capítulo de la obra a reflexionar sobre las ventajas e inconvenientes que pueden reportar a los consumidores, principales víctimas de las prácticas agresivas, los mecanismos de Derecho privado. En este capítulo también se ha relacionado el régimen de prácticas agresivas del Derecho de la competencia desleal con un sistema emparentado, pero de escasa conexión formal, como es el régimen de vicios del consentimiento del Código Civil, en especial, la violencia y la intimidación como vicio del consentimiento, que se corresponderían con los

conceptos de acoso, coacción e influencia indebida que integran la noción de práctica agresiva desleal. El objetivo de esta reflexión es determinar si el régimen de vicios del consentimiento en el ámbito contractual es una realidad distinta al ámbito concurrencial o bien, como creemos, ambos sistemas están emparentados, y a nuestros fines pueden servir algunas de las soluciones que el Derecho de obligaciones y contratos aporta para invalidar aquellos contratos que tengan como causa una práctica agresiva desleal. La cuestión, advertimos, es compleja.

Por último, y quizá la parte más innovadora del trabajo, sea el tratamiento de las prácticas agresivas desde el punto de vista del Derecho de defensa de la competencia. Como se estudiará, la represión de las prácticas comerciales agresivas se encuentra a caballo entre los dos sistemas normativos que configuran el Derecho de la competencia, a saber: el regulador de la libre competencia, conocido como Derecho *antitrust*, y el de la leal competencia, como es el Derecho de la competencia desleal. Nos encontramos con un tipo de prácticas que se suceden mayoritariamente en sectores regulados y que encuentran en los consumidores sus principales víctimas. En estos sectores existe, como es sabido, una acusada asimetría entre las partes contratantes que sitúa a los consumidores en situaciones de especial vulnerabilidad. Esta peculiaridad adquiere un nuevo valor hoy en día si se tiene en cuenta la desventajada posición en la que han quedado los consumidores en el contexto de crisis financiera que ha castigado a España y, en general, a Europa, en los últimos tiempos. Es ante la citada coyuntura económica cuando la protección efectiva a los consumidores por parte de los poderes públicos se ha visto fuertemente cuestionada por parte de la opinión pública. Y es que hemos asistido a presiones indebidas de los consumidores por parte de los empresarios a fin de alterar sus decisiones comerciales que han viciado su consentimiento a la hora de contratar bienes y servicios, lo que puede haber agravado algunas de las consecuencias negativas de la crisis financiera.

Otros sistemas que han apostado por la represión pública de las prácticas desleales a las que hace referencia la Directiva 2005/29/CE, han demostrado ser más eficientes que el sistema, hasta ahora, seguido por España, basado principalmente en la aplicación privada. Como decimos, en determinadas situaciones se ha probado que resulta más eficaz la opción de un *public enforcement* para acometer esta tarea, puesto que se considera que de esta manera el estándar de corrección que perseguía el legislador comunitario con la aprobación de la citada Directiva podrá ser más elevado, y también evitar que las acciones contra este tipo de conductas desleales devengan una *rara avis* porque los con-

## ■ PRÁCTICAS AGRESIVAS Y TUTELA DEL CONSUMIDOR

sumidores carezcan de incentivos para denunciarlas. Así pues, nuestro trabajo también se centra en el estudio de las vías alternativas de las que se dispone en España para la represión y sanción de las prácticas agresivas, especialmente cuando suponen una cualificada deslealtad por afectar al interés público.

## INTRODUCCIÓN

El trabajo que ahora se presenta, trata sobre una materia escasamente estudiada, ya que el reconocimiento expreso de la deslealtad de las prácticas agresivas es relativamente reciente. No obstante, a pesar de la juventud de la disciplina, ha tenido ya un recorrido considerable que permite hacer balance sobre el régimen impulsado por la UE para atajar el problema creciente de las prácticas desleales de los empresarios con los consumidores, al que fenómenos como la contratación electrónica han dotado de una mayor vis expansiva.

Además, se trata de un tema de plena actualidad, como se constata por las últimas acciones que se pretenden impulsar en el ámbito comunitario para corregir los desequilibrios que estas prácticas han provocado sobre la confianza de los consumidores que, junto con otros factores, están en la base de la crisis financiera que hemos venido padeciendo en los últimos años.

En efecto, próximamente asistiremos a un replanteamiento del modelo comunitario de competencia desleal con el objeto de suplir sus deficiencias y dotar al consumidor de instrumentos para denunciar la comisión de las prácticas desleales por parte del empresario. Las medidas propuestas, que se analizan en este trabajo, confirman algunas de las conclusiones a las que hemos llegado.

El origen de la nueva orientación de las instituciones comunitarias en la tutela del consumidor frente a las prácticas comerciales desleales de los empresarios se encuentra en la Directiva 2005/29/CE, de prácticas comerciales desleales, que centra el marco normativo del trabajo, pues de ella, nace la necesidad de reconocer la deslealtad de las prácticas agresivas en los ordenamientos internos.

En esencia, la citada Directiva de prácticas comerciales desleales viene a tutelar, mediante la prohibición de las prácticas agresivas, la libre elección

económica del consumidor y, en consecuencia, a favorecer el correcto funcionamiento del mercado. De manera que podría afirmarse que el bien jurídico protegido por el texto comunitario es el comportamiento económico del consumidor, entendido como la libertad en la elección de los bienes o servicios que desea comprar, o autonomía en su comportamiento comercial.

No obstante, es difícil afirmar que la normativa abordada en este estudio está destinada a salvaguardar única y exclusivamente los intereses de los consumidores, ya que a través de esta protección también se garantiza la correcta competencia entre profesionales. Como se ha constatado en el desarrollo del trabajo, estas prácticas tienen una naturaleza multinivel, en el sentido de que afectan tanto a las relaciones verticales entre empresarios y consumidores, como a las relaciones horizontales, entendidas como las prácticas desleales entre operadores. Si bien las primeras, es decir, las que atienden a las llamadas relaciones *business to consumer* (en adelante, B2C)<sup>1</sup> centran una parte importante del trabajo, de ahí el título de la obra, también se atiende a las prácticas desleales que hemos denominado «entre pares», y se critica en el trabajo la decisión legislativa de no extender el régimen de especial tutela de los consumidores a las relaciones entre empresarios «fuertes» y aquellos más «débiles», equiparables a la figura del consumidor en determinadas circunstancias.

Consideramos positiva esta protección de amplio alcance que se defiende por la incidencia que tiene en el correcto funcionamiento del mercado. Y es que en definitiva trata de orientar un sistema dirigido a tutelar el interés general en el correcto funcionamiento del mercado, que debe sancionar al profesional que se sirve de prácticas anticompetitivas en su actuación comercial, pero que también debe garantizar la protección directa del mercado, y, en consecuencia, de los consumidores, mostrándose estos dos objetivos, los de protección al mercado y al consumidor, indisolublemente ligados.

El examen del régimen de prácticas agresivas introducido por la Directiva de prácticas desleales después de unos años de vigencia, ha demostrado que el sistema establecido, al menos en España, no salvaguarda completamente el interés del consumidor, a no verse constreñido a aceptar ofertas comerciales ante la insistencia, presión penetrante o coacción impropia del empresario. Esta idea se constata por el casi inexistente reflejo jurisprudencial que declare la deslealtad de estas prácticas, pese a constatarse de que se trata de prácticas frecuentemente extendidas, más si se tiene en cuenta su análisis en determina-

---

<sup>1</sup> Comúnmente, se utiliza la expresión de origen anglosajón «*business to business*» o su abreviatura B2B para referirse a las relaciones comerciales entre empresarios y la expresión «*business to consumer*» o su abreviatura B2C, para referirse a las relaciones entre empresario y consumidor.

dos sectores como el de las telecomunicaciones, transporte o el financiero. Por ello, la parte más innovadora del trabajo es el tratamiento de las prácticas agresivas desde el punto de vista del Derecho de defensa de la competencia. Precisamente, ante la ausencia de resoluciones judiciales en España que traten el tema de las prácticas agresivas desde el Derecho de la competencia desleal, el análisis de la experiencia práctica de otros sistemas ha permitido efectuar propuestas fundadas de reforma en nuestro régimen de prácticas agresivas.

El resultado dispar del tratamiento de las prácticas agresivas entre los distintos Estados miembros se debe a que se ha dejado en manos de los Estados la posibilidad de establecer los instrumentos, más o menos efectivos, para evitar y/o reparar los perjuicios causados por las técnicas agresivas de los empresarios en la contratación de sus productos o servicios. Ante el silencio de la normativa nacional sobre este punto, adelantamos que nos encontramos con una situación de ausencia de mecanismos de conexión con el Derecho de los contratos. Así, hemos analizado el escaso recurso a la tutela concurrencial para reprimir estas prácticas, utilizándose únicamente aquellas herramientas previstas, con carácter general, en el *ius commune*, lo que provoca, a nuestro entender, disfunciones en el tratamiento unitario que debe imperar en nuestro ordenamiento jurídico en la represión de las prácticas comerciales desleales.

Por tanto, la obra que ahora presentamos advierte la necesidad de incorporar nuevos elementos de análisis, como el ya mencionado Derecho de obligaciones y contratos, el Derecho de consumo, y quizá la relación menos cuestionada, las prácticas desleales y el Derecho *antitrust*. En este último supuesto, se subraya como posible alternativa para la represión de las prácticas agresivas más graves, entendidas como aquellas que afectan al interés público, el art. 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC). Si bien, ante la incertidumbre de continuidad de un precepto que para muchos está llamado a desaparecer, también se apuntará la conveniencia de unificar el régimen de tutela de la competencia y del consumidor ante las prácticas comerciales desleales en un mismo organismo público especializado. Por eso, se compara el sistema español para la represión de las prácticas desleales con el que han instaurado otros sistemas europeos, especialmente aquellos más próximos a nuestra tradición jurídica.

En consecuencia, se pone de relieve la oportunidad del trabajo que ahora se presenta, porque reflexiona sobre una materia que, aunque no es nueva para el Derecho, sí que ha adoptado un planteamiento distinto. Se ha introducido un régimen propio que configura la noción de prácticas agresivas desleales, del cual, por sus años de vigencia, cabe analizar los resultados, y en su caso, adoptar las correcciones necesarias para lograr un régimen eficiente contra la lucha

## ■ PRÁCTICAS AGRESIVAS Y TUTELA DEL CONSUMIDOR

de las prácticas comerciales agresivas que cometen los empresarios con los consumidores. Pensando en las próximas reformas que se advierten a nivel comunitario, como la propuesta de Directiva por la que se modifica la Directiva 2005/29/CE para dotar de instrumentos efectivos a los consumidores, el trabajo que ahora se presenta adquiere mayor valor.



# CAPÍTULO I

## **LAS PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES: EVOLUCIÓN Y MARCO JURÍDICO REGULADOR**

### I. NOTAS INTRODUCTORIAS

El nacimiento de fenómenos como la economía colaborativa, la introducción de las nuevas tecnologías en la contratación o las técnicas de *marketing* agresivas que han emprendido algunos empresarios y que están en la base de una de las peores crisis financieras de nuestra historia reciente, han posicionado en el primer plano de la actualidad jurídica al Derecho de la competencia desleal. Nos atrevemos a afirmar que esta disciplina constituye hoy en día una de las ramas más influyentes del ordenamiento jurídico mercantil. Con ello se desmonta la vieja idea de que el Derecho mercantil solamente atiende al Derecho de la empresa y del empresario. A su vez, abordar la nueva realidad jurídica presente en el mercado, supone un reto para el jurista en una materia, como la competencia desleal, que es cambiante desde sus orígenes.

Por ello, el estudio de las prácticas agresivas desde la perspectiva del Derecho de la competencia desleal parte del origen y evolución del marco regulador de la disciplina. Como se pondrá de manifiesto, estas prácticas, aunque en los últimos tiempos han centrado la atención del legislador, no son un fenómeno nuevo para el Derecho mercantil, pero sí reflejo de la continua evolución que ha experimentado la disciplina de la competencia desleal.

En efecto, a lo largo de su historia, el Derecho represor de la competencia desleal ha demostrado que se trata de una disciplina versátil<sup>2</sup>. Su concepción

---

<sup>2</sup> El Derecho de la competencia desleal se trata de un *Derecho vivo* del que la doctrina ha centrado buena parte de su atención. En palabras de PAZ-ARES, C., «El ilícito concurrencial. De la dogmática mo-

y regulación ha estado sujeta a continuos cambios desde sus orígenes en función de los acontecimientos históricos, económicos y sociales<sup>3</sup>. La última gran reforma legislativa, derivada de la implantación de la Directiva 2005/29/CE de prácticas comerciales desleales, es la más cuestionada porque, entre otros aspectos, ha cambiado por completo en España la estructura de una Ley sobre competencia desleal a la que ya estábamos acostumbrados, además de fracasar en la configuración de una disciplina más tuitiva para los intereses de los consumidores como era el *desiderátum* del legislador comunitario. Por eso, recientemente se ha producido una reacción legislativa para abordar los problemas que la indeterminación de la Directiva 2005/29/CE ha provocado en el distinto tratamiento de las prácticas agresivas entre los países miembros.

A pesar de las consideraciones críticas manifestadas a la Directiva 2005/29/CE, nuestro estudio se debe centrar en la citada Directiva porque, con todo, sirve de base jurídica normativa para reconocer que las prácticas agresivas son comportamientos desleales en la Ley española contra la competencia desleal. Sin embargo, para comprender la evolución que ha experimentado la disciplina hasta la configuración actual, es imprescindible realizar un análisis del antiguo régimen de la competencia desleal y el que ha quedado como consecuencia de la transposición de la Directiva de prácticas comerciales desleales en el ordenamiento español.

## II. MARCO JURÍDICO REGULADOR DE LAS PRÁCTICAS DESLEALES EN ESPAÑA

El objeto del trabajo que presentamos requiere tomar en consideración tres etapas en la configuración de la normativa sobre competencia desleal en España que se corresponden con las tres normas que han marcado la evolución del reconocimiento de las prácticas agresivas como comportamientos desleales.

Los primeros intentos de represión de las prácticas comerciales agresivas en España se sitúan en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante, LCD 1991) que, aunque no contemplaba a las prácticas agresivas

---

nopolística a la política *antitrust*: (Un ensayo sobre el Derecho alemán de la competencia desleal)», *RDM*, n.º 159, 1981, p. 8: «Entre las materias tradicionales del derecho privado habrá pocas disciplinas tan sensibles al paso del tiempo y a la consiguiente modificación de las relaciones económicas como la llamada a gobernar el complejo fenómeno de la competencia desleal».

<sup>3</sup> Sobre la evolución histórica que experimenta la disciplina de la competencia desleal española desde la formación de un modelo paleoliberal, su sustitución por un modelo profesional y finalmente la consolidación de un modelo social de lucha contra la competencia desleal, *vid.*, por todos, MÉNENDEZ MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal*, Ed. Civitas, Madrid, 1988, pp. 31 y ss.

en su amplio catálogo de comportamientos desleales, posibilitaba que algunos de sus preceptos pudieran servir para reprimir este tipo de prácticas, por ejemplo, la cláusula general de deslealtad del ex art. 5 LCD (1991).

Por ello, consideramos de interés para nuestro estudio conocer la estructura de la citada Ley con el objeto de comprender el alcance de la reforma operada en España en la regulación de la competencia desleal con la aprobación de la Ley 29/2009 (en adelante, LCD), fruto de la transposición de la Directiva 2005/29/CE de prácticas comerciales desleales a nuestro ordenamiento interno, y el nacimiento de las prácticas agresivas como tipo autónomo de deslealtad<sup>4</sup>.

## 1. Primera fase: La Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal

### 1.1 CONSIDERACIONES GENERALES

Con anterioridad a la promulgación de la LCD (1991), el marco normativo español para la represión de conductas desleales se había caracterizado por una gran dispersión normativa plagada de imperfecciones y marcadas deficiencias que habían puesto en entredicho su escasa utilidad para la persecución de conductas anticompetitivas<sup>5</sup>.

En efecto, España por aquel entonces era un país carente de una legislación sistemática con una definición de acto desleal y un sistema de medios eficaces para su represión. En esta primera fase, solo la doctrina se había preocupado por el Derecho de la competencia desleal, pues ni el legislador, ni la jurisprudencia habían manifestado interés alguno en desarrollar una disciplina que se mostraba ya, en cambio, como una pieza clave para el Derecho mercantil<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Se ha considerado oportuno por razones de claridad expositiva, referirse a la Ley anterior a la citada modificación como LCD (1991) y a la actual simplemente con la abreviatura LCD.

<sup>5</sup> En este sentido, FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., «La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias», *RDM*, n.º 107, 1978, pp. 13 y ss., y GÓMEZ SEGADE, J. A., *El secreto industrial (Know-how). Concepto y protección*, Ed. Tecnos, Madrid, 1974, pp. 389 y ss.

<sup>6</sup> Sobre este escaso activismo en materia de competencia desleal, MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 46. En relación con la necesidad legislativa de regular la disciplina de la competencia desleal, FONT GALÁN, J. I., «Competencia desleal y prácticas prohibidas en el marco de la Ley de prácticas restrictivas de la competencia (una interpretación del apartado d) del artículo 3.º LPRC)», *RDM*, n.º 146, 1977, pp. 519 y 520, y BOTANA AGRA, M., «Disciplina de la competencia desleal y regulación de determinadas prácticas comerciales en España», *ADI*, n.º 9, 1983, p. 488. También lo reconoce el legislador en el Preámbulo de la LCD (1991): «La competencia desleal, aun constituyendo una pieza legislativa de importancia capital dentro del sistema del Derecho mercantil, ha sido un sector del que tradicionalmente ha estado ausente el legislador (...)».

En primer lugar, con la Ley de Propiedad Industrial de 16 de mayo de 1902<sup>7</sup>, en concreto con sus arts. 131 y 132<sup>8</sup>, se pretendió poner fin a esta situación de inseguridad jurídica que describimos. Estos preceptos definían el acto de competencia ilícita y enumeraban los supuestos que podían ser considerados actos de competencia desleal. No obstante, se trataba simplemente de una primera aproximación para combatir las conductas contrarias a la leal competencia y su regulación era insuficiente por varias razones, que consideramos oportuno resumirlas de la siguiente manera: 1) La gran variedad de interpretaciones que admitían estos preceptos contribuía a crear un clima de inseguridad jurídica en la represión de las prácticas desleales; 2) La carencia de una cláusula general de deslealtad<sup>9</sup>, 3) Su vinculación con la protección de la propiedad industrial, que hacía que la competencia desleal no se configurara como una disciplina autónoma respecto a los derechos de propiedad industrial, y 4) Su naturaleza penal<sup>10</sup>.

Por eso, con el afán de crear fórmulas alternativas que suplieran estas deficiencias legislativas en materia de competencia desleal, un sector doctrinal defendió, al amparo de algunos países comunitarios, la prohibición de competencia desleal basándose en la aplicación de la teoría de la responsabilidad extracontractual, que en España contenía el art. 1902 CC<sup>11</sup>. No obstante, este planteamiento tampoco tuvo una buena acogida y fue criticado en la medida de que, para la realización de un daño, hacía falta una conducta culposa o negligente y la disciplina de la competencia desleal no podía construirse sobre esta idea, sino sobre la base de criterios objetivos<sup>12</sup>.

En paralelo, se argumentaba<sup>13</sup> la posibilidad de prohibir los actos de competencia desleal mediante la aplicación del art. 10 bis del Convenio de la

---

<sup>7</sup> Para un estudio de la evolución de las fuentes del Derecho español de competencia desleal, puede consultarse, entre otros, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal*, op. cit., pp. 38 y ss. También la STS n.º 158/1996, de 7 marzo, 1996 (Civil) (RJ 1996\1882) [Ponente: Luis Martínez-Calcerrada y Gómez] hace una síntesis de la evolución de la normativa española de competencia desleal.

<sup>8</sup> Estos artículos no fueron derogados por el Estatuto sobre la Propiedad Industrial, convirtiéndose en la norma sobre competencia desleal de mayor vigencia. Esta situación se mantuvo hasta 1988 cuando se derogaron por la Disposición Derogatoria Segunda de la Ley de Marcas. Así, DÍAZ VELASCO, M., «Notas para el estudio de la competencia ilícita», *RDM*, n.º 6, 1946, pp. 453 y ss.

<sup>9</sup> Desmiente la consideración del art. 131 de la Ley de Propiedad Industrial de 16 de mayo de 1902 como cláusula general, RUIZ PERIS, J. I., «El laberinto de la cláusula general de la competencia desleal», *ADI*, n.º 30, 2009-2010, p. 437.

<sup>10</sup> Sobre la configuración penalista del precepto, puede consultarse: MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a...*, op. cit., p. 144.

<sup>11</sup> Por todos, BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de Derecho Industrial. Propiedad industrial, Propiedad intelectual, Derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal*, Ed. Aranzadi, (3.ª Ed.), Cizur Menor, 2009, p. 408.

<sup>12</sup> Desgrana las razones que justificaron esta afirmación, BOTANA AGRÁ, M., «Disciplina de la competencia desleal y regulación de determinadas prácticas comerciales en España», op. cit., p. 488.

<sup>13</sup> En este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «La formación del derecho de la competencia», *ADI*, n.º 2, 1975, pp. 68 y 69.

Unión de París (en adelante, CUP) para la protección de la propiedad industrial de 20 de marzo de 1883, que contemplaba una cláusula general y unas prohibiciones concretas de actos desleales que eran los actos de confusión, denigración y los que inducían a error al público<sup>14</sup>.

Ahora bien, este planteamiento, al igual que los dos supuestos anteriores, tampoco resultó ser la vía idónea para reprimir los comportamientos desleales por dos razones fundamentales. En primer lugar, porque debido a su proyección internacional, no resultaba de aplicación a los conflictos en que las partes eran españolas. En segundo lugar, porque aun cuando se hubiese podido vencer este obstáculo, el Convenio confiaba a los estados firmantes la creación de instrumentos adecuados para su efectiva aplicación y en España no existía, por aquel entonces, un precepto que permitiera configurar otras modalidades de condena aptas para la protección de la leal competencia<sup>15</sup>.

En este esfuerzo por luchar contra las prácticas anticompetitivas y elaborar un modelo eficiente de competencia, se aprueba la Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia (en adelante, LRPRC).

El origen de la legislación *antitrust* en España fue peculiar comparado con otros países europeos. El motivo, el régimen político por aquel entonces vigente. El 23 de septiembre de 1953 se firmó un Convenio entre el Gobierno de España y el de los EE. UU., en el que España se comprometía a «*desalentar*» las prácticas y arreglos comerciales que tuvieran carácter de monopolio o cártel de los que pudiera resultar una restricción de la producción o un aumento de los precios. Sin embargo, este compromiso no fue cumplido sino diez años después, una vez ya celebrado el Convenio de Roma por el que se creaba la Comunidad Económica Europea. Por ello, se afirmó que la promulgación de la LRPRC se debió, más que a una necesidad real, a una imposición extranjera y a la intención de maquillar la legislación española y hacerla más presentable ante la comunidad internacional.

---

<sup>14</sup> La actuación a nivel internacional contra la competencia desleal no se produjo hasta la aprobación en 1883 del Convenio de la Unión de París que integraba las normas de competencia desleal con las de propiedad industrial. El Convenio tuvo varias revisiones durante sus años de vigencia. La primera revisión se produce en Bruselas el año 1900 y se añade el art. 10 *bis*, en virtud del cual, los ciudadanos de los países miembros disfrutaban en cualquier otro estado de la protección otorgada a los nacionales por competencia desleal. Más tarde, en 1911 el artículo se modifica de nuevo con objeto de incorporar una previsión que obligaba a los Estados miembros a introducir una protección efectiva contra la competencia desleal. Para una breve síntesis, RUIZ PERIS, J. I., «El laberinto de la cláusula general de la competencia desleal», *op. cit.*, p. 437 y GARCÍA-CRUCES, J. A., «Finalidad y ámbito de aplicación de la Ley de competencia desleal», en GARCÍA-CRUCES, J. A., *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, Ed. Tirant lo Blanch, t. II, Valencia, 2014, pp. 1097-1109.

<sup>15</sup> Así, BELLIDO PENADÉS, R., *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*, Ed. Comares, Granada, 1998, p. 9.

La Ley de 1963 regulaba de forma general la competencia en el mercado y a tal efecto prohibía las prácticas que consistiesen en desarrollar una política comercial que tendiese, por competencia desleal, a eliminar a los competidores del mercado y que resultaran de un acuerdo restrictivo de la competencia o un abuso de posición dominante (art. 3 LRPRC). Sin embargo, esta regulación no constituyó un instrumento suficiente para reprimir las actuaciones desleales, como así lo demuestran las numerosas resoluciones que rechazaron la aplicación del precepto de la Ley que regulaba las prácticas desleales, por no derivar de un acuerdo restrictivo o por no ser ejecutadas por sujetos que ostentaban posición de dominio, por lo que su aplicación tuvo poco éxito<sup>16</sup>.

En esta época también había entrado en vigor la Ley 61/1964, de 11 de junio, que regulaba el Estatuto de la Publicidad (en adelante, EP). Algunos de sus preceptos eran útiles para reprimir determinadas conductas desleales. En concreto, el art. 6 de la citada Ley sometía a la actividad publicitaria a varios principios que en su ejercicio debían ser respetados, a saber, los principios de legalidad, veracidad, autenticidad y libre competencia. En este sentido, se consideraba ilícita, a lo que a este respecto nos interesa, la publicidad engañosa (art. 8), la publicidad encubierta (art. 9) y la publicidad desleal (art. 10). Recibió la calificación de publicidad desleal, aquella que inducía a confusión, la que tendía a producir el descrédito y la que, en general, era contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles. Para la represión de estos comportamientos, la norma contemplaba un sistema de sanciones de naturaleza administrativa. A pesar de que la norma imponía varios principios que debían ser respetados en la actividad publicitaria, y, entre estos, se encontraba la libertad de elección del consumidor y la leal competencia en el mercado, el EP tuvo escasa repercusión en el ordenamiento español, entre otros motivos, como ha señalado la doctrina, por el marcado tinte corporativo o profesional de la norma<sup>17</sup>.

Por otra parte, la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de marcas, decidió introducir la que se ha considerado primera cláusula general de competencia desleal en España, inspirada en el CUP y que reputaba desleal todo acto que fuese contrario a las normas de corrección y a los buenos usos mercantiles<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Después del ingreso en la Comunidad Económica Europea se produjo la derogación de la Ley y su sustitución por la Ley 16/1989, de defensa de la competencia. Para un mayor detalle del *iter* legislativo descrito, puede consultarse ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., *Libre competencia y competencia desleal*, Ed. La Ley, Madrid, 2001, pp. 37 y 39. También sobre esta cuestión, BOTANA AGRA, M., «Disciplina de la competencia desleal y regulación de determinadas prácticas comerciales en España», *op. cit.*, p. 487.

<sup>17</sup> En este sentido, MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a...*, *op. cit.*, p. 49.

<sup>18</sup> También en países de nuestro entorno se busca el establecimiento de una cláusula general sobre la que cimentar el Derecho de la competencia desleal. Este fue el caso del Derecho alemán que, en la Ley de 27 de mayo de 1896, incluía una cláusula general de competencia desleal que consideraba actos de competencia

La cláusula general a la que hacemos referencia implicaba tomar en consideración los usos generalmente aceptados en cada sector de actividad por parte de los operadores profesionales que actuaban en él. Sin embargo, obviaba el comportamiento que se esperaba de estos con los consumidores, pese a que por aquel entonces ya estaba vigente la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

La aprobación en los inicios de la década de los noventa de la LCD (1991), supuso la adopción de un instrumento capaz de crear un marco jurídico cierto y efectivo con el que luchar contra las prácticas incorrectas contrarias al sistema de competencia<sup>19</sup>. Así lo advertía el legislador español en el extenso Preámbulo de la Ley. El nuevo instrumento jurídico esperaba aportar el aire fresco que necesitaba la disciplina tras la dictadura franquista, con una Ley que se proponía representar la culminación que la regulación de la competencia desleal había experimentado en España hacia un modelo, denominado social, de competencia desleal.

Asimismo, el ingreso de España en la CEE exigía la homogeneización de la legislación represora de la competencia desleal española con las legislaciones imperantes en los restantes Estados miembros. Por eso, la Ley también obedecía a la necesidad de adecuar el ordenamiento a los valores en los que la Constitución Española basaba el sistema económico, a saber, el principio de libertad de empresa y el principio de libertad de competencia, con el mandato expreso al legislador de impedir que el principio de libertad de competencia pudiese verse falseado por prácticas desleales susceptibles de perturbar el correcto funcionamiento del mercado.

La LCD (1991) fue considerada como una gran oportunidad para configurar un cuerpo normativo que aglutinara, sin discriminación alguna, la protección de todos los intereses que resultan afectados por la competencia desleal. Sin embargo, el nuevo rumbo que había tomado la disciplina se puso ya en duda desde los comienzos de la implantación de la Ley<sup>20</sup>.

---

ilícita aquellos realizados en el tráfico mercantil con fines de concurrencia violando las buenas costumbres. Vid. GIRÓN TENA, J., *Estudios de Derecho Mercantil*, Ed. Editorial de Derecho reunidas, Madrid, 1955, p. 345. Sobre el reconocimiento de la primera cláusula de deslealtad en la Ley de marcas de 1988, véase RUIZ PERIS, J. I., «El laberinto de la cláusula general de la competencia desleal», *op. cit.*, p. 437.

<sup>19</sup> Para una contextualización de las razones que llevan al legislador a aprobar la LCD, vid. el Preámbulo de la LCD (1991). También, MASSAGUER FUENTES, J., *Comentarios a...*, *op. cit.*, pp. 55 a 58. La STS n.º 963/2000, de 18 de octubre, de 2000 (Civil) (Roj: STS 7465/2000) [Ponente: José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez] se refería al Preámbulo de la Ley, como «luminoso». La expresión refleja, a nuestro entender, el entusiasmo con el que se recibió la Ley por los jueces que habían visto cómo la disciplina de la competencia desleal había estado inmersa en un oscurantismo durante años en los que no se contaba con instrumentos jurídicos válidos para reprimir las conductas desleales. Además, la redacción del detallado Preámbulo de la Ley facilitaba la tarea al intérprete.

<sup>20</sup> Véanse las reflexiones críticas acerca de la LCD (1991) de OTERO LASTRES, J. M., «La nueva ley sobre competencia desleal», *ADI*, n.º 14, 1991-1992, p. 30.

En primer lugar, se cuestionó si el nuevo cuerpo legislativo aprobado realmente conseguiría responder a los conflictos que se generarían entre sujetos que no eran empresarios. Es decir, si sería un instrumento para atajar las prácticas desleales de los empresarios con los consumidores, o simplemente serviría para la represión de las conductas desleales de los empresarios competidores directos como tradicionalmente se había concebido la configuración de la disciplina de la competencia desleal.

En segundo lugar, se dudó de su capacidad para poner término a la situación de incertidumbre que había imperado durante tanto tiempo en el marco normativo del Derecho represor de la competencia desleal en España, tal y como la Ley anunciaba en su Preámbulo<sup>21</sup>.

Nada impide, pese a todo, afirmar que la LCD (1991) supuso un avance fundamental en la disciplina de la competencia desleal en España, pues entre sus logros se cuenta fortalecer una disciplina fragmentada y obsoleta incapaz de dar respuesta a nuevas prácticas anticompetitivas que habían implicado un profundo deterioro del tráfico jurídico mercantil. Se configuró asimismo como un instrumento con vocación de permanencia, porque mediante la aprobación de la cláusula general de deslealtad en los términos en los que fue redactada, permitía acomodarse en cada momento a la cambiante realidad económica del contexto de mercado, y susceptible de ser aplicada a cualquier actividad, superando así las restricciones de las otras normas reguladoras de la materia con anterioridad<sup>22</sup>. La Ley se completaba con un exhaustivo listado de acciones y remedios procesales para reprimir las prácticas contrarias a la competencia.

## 1.2 CONSIDERACIONES SISTEMÁTICAS

La estructura elegida para afrontar la regulación de la competencia desleal no era exclusiva del legislador español, sino que se trataba de un modelo que

---

<sup>21</sup> Esta última controversia se había agudizado con la aprobación de la Ley de Marcas de 1988, que no tomaba en consideración el comportamiento esperado de los consumidores o la Ley 34/1988, de 11 de noviembre General de Publicidad, que establecía lo que algunos autores han calificado como cláusula general de deslealtad, basada en la buena fe y las normas de corrección y buenos usos mercantiles (*ex. art. 6 b*). Se pronuncian sobre este aspecto, VICENT CHULIÁ, F. «Otra opinión sobre la Ley de competencia desleal», *RGD*, octubre-noviembre, 1993, pp. 9.975-10.017 y RUIZ PERIS, J. I., «El laberinto de la cláusula general de la competencia desleal», *op. cit.*, p. 438.

<sup>22</sup> Sobre la cláusula general y su conveniencia han coincidido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal», en BERCOVITZ, A. (Coord.), *La regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, Ed. Boletín Oficial del Estado. Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, pp. 24 y 25; MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a...*, *op. cit.*, pp. 147 y ss.; EMBID IRUJO, J. M., «La competencia desleal en el Derecho español», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n.º 24, 1997, p. 151 o BELLIDO PENADÉS, R., *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*, *op. cit.*, p. 332.



tomaba prestado el régimen elegido en otros países de nuestro entorno en la represión de las prácticas comerciales desleales, en particular, el modelo alemán.

Como es sabido, en Alemania se optó por desarrollar la disciplina de la competencia desleal por vía legislativa y se aprobó en 1909 una Ley específica que tenía como fundamento reprimir la competencia desleal, en concreto, esta era, la *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*<sup>23</sup> (en adelante, UWG).

En el Derecho alemán, aunque existen anteriores intentos de reprimir los actos de competencia desleal, por ejemplo, la *Gewerbeordnung* de 21 de junio de 1869 que proclamaba la libertad de comercio y competencia o la Ley de 1886, la etapa de extensión y consolidación de la disciplina de la competencia desleal no se produce hasta la aprobación el 7 de junio de 1909 de la UWG. De esta manera es como Alemania, en apoyo a las exigencias de la gran industria, opta por aprobar una ley represora de la competencia desleal, que formula una regla general basada en el concepto de «*gute Sitten*» de prohibición de cualquier forma de competencia contraria a los buenos usos o costumbres y con la definición de conductas desleales concretas, como la publicidad engañosa, la denigración de los competidores y la protección de los secretos empresariales.

El planteamiento de la UWG basado en el establecimiento de una cláusula general seguida de una enumeración de supuestos particularmente desleales, será el que seguirán los países del ámbito europeo, como España, para regular la competencia desleal.

En efecto, la LCD (1991), tomando como referencia el modelo alemán, quedó configurada de la siguiente manera:

En primer lugar, se establecían unas disposiciones generales que fijaban su finalidad, su ámbito objetivo, subjetivo y territorial de aplicación (arts. 1, 2, 3 y 4 respectivamente)<sup>24</sup>. A continuación, la Ley contenía una cláusula general prohibitiva de la competencia desleal (art. 5) basada en los criterios de la buena fe y un listado de actos que, en particular, se consideraban actuaciones contrarias a la leal competencia (arts. 6 a 17), centrándose en un régimen unitario en el que no se distinguía entre los sujetos afectados por el comportamiento desleal.

<sup>23</sup> En este sentido, VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, t. 2, edición del autor, Valencia, 1982, pp. 36 y 37; BARONA VILAR, S., *Competencia desleal, tutela jurisdiccional-especialmente proceso civil- y extrajudicial*, t. 1, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 62; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Nociones introductorias», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Thomsom Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 40.

<sup>24</sup> Para GARCÍA PÉREZ, R., «El ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Competencia Desleal», *Derecho de los negocios*, n.º 200, 2007, p. 7, la finalidad que persigue el legislador con la utilización de esta técnica legislativa, es la de delimitar el ámbito de aplicación de la Ley frente a otras normas de nuestro ordenamiento, en particular, el art. 1902 CC, precepto dedicado a la responsabilidad civil extracontractual y en el que, como ha quedado expuesto en el trabajo, primariamente se había basado la represión de la competencia desleal.

Además, la Ley se esforzaba por configurar mecanismos sustantivos y procesales para un adecuado tratamiento de la disciplina, que se concretaban en un completo cuadro de acciones de carácter civil para la defensa de los intereses afectados por el acto de competencia desleal (arts. 18) y por aquel entonces, con un avanzado régimen de legitimación activa para entablar las acciones judiciales por competencia desleal (art. 19) que, junto a la tradicional legitimación individual, contemplaba la posible legitimación colectiva que se atribuía a las asociaciones profesionales y de consumidores<sup>25</sup>.

Por último, la Ley también incluía algunas especificidades procesales para una mayor eficacia y celeridad en las causas por competencia desleal, entre las que cabe destacar, el régimen de medidas cautelares del art. 25 de la Ley<sup>26</sup>.

### 1.3 BALANCE FINAL

La Ley de Competencia Desleal de 1991 se configuró desde sus orígenes como un instrumento integrador capaz de poner fin a un tratamiento disperso de la disciplina de la competencia desleal que había asfixiado el sistema competitivo en España. En efecto, este cuerpo normativo sistemático, y como decimos, integrador, sirvió para dar seguridad a los operadores que actuaban en el mercado. No obstante, la legislación incompleta hasta entonces vigente de competencia desleal había provocado un efecto de desgaste en la tutela de los consumidores.

No será hasta la aprobación de la Directiva 2005/29/CE de prácticas comerciales desleales y la consiguiente reforma de la legislación sobre competencia desleal en 2009, cuando en el ordenamiento español se preste verdaderamente atención a la protección de los consumidores ante las prácticas desleales. Sin embargo, hasta ahora, la reforma, tal y como ha sido configurada en España, pese a reforzar la tutela de los consumidores en la libre formación de sus decisiones de consumo, no ha provocado que afloren las prácticas des-

---

<sup>25</sup> MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a...*, p. 57. En opinión del autor esta avanzada legislación se deja sentir especialmente en el régimen de la legitimación activa y pasiva, que se completa con ciertas previsiones procedimentales de extraordinaria importancia práctica, como son las relativas a las diligencias preliminares para la comprobación de hechos, las medidas cautelares o la atribución al juez de la potestad de exigir al demandado la prueba de ciertos extremos.

<sup>26</sup> Sin embargo, apuntan algunos autores que las normas procesales contenidas en la LCD (1991) para el establecimiento de medidas cautelares no eran un paradigma de precisión técnica y claridad, por lo que entendían que la redacción de las medidas cautelares en la LCD (art. 25) era imperfecta e incompleta. En este sentido, ORTELLS RAMOS, M. y BELLIDO PENADÉS, R., *Las medidas cautelares en el Derecho de la competencia: la práctica del Tribunal de defensa de la competencia y de los tribunales civiles*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 92-94.

leales más perjudiciales, lo que avala nuestra tesis de que no siempre los mecanismos de Derecho privado son la mejor opción para hacer frente a un fenómeno tan transversal como el de las prácticas desleales.

## 2. Segunda fase: La Directiva 2005/29/CE de prácticas comerciales desleales

Para un adecuado entendimiento de la evolución que experimenta la disciplina de la competencia desleal y, en concreto, las prácticas comerciales agresivas, se convierte en un elemento clave el estudio de la Directiva 2005/29/CE que, entre otros aspectos, ha armonizado las múltiples normas sobre competencia desleal de carácter nacional, además de introducir las prácticas agresivas como supuestos especiales de deslealtad.

No se cuestiona que en el momento en que se aprueba la Directiva sobre prácticas comerciales desleales (2005), existía una necesidad de adoptar un instrumento comunitario que homologase las legislaciones de competencia desleal en los Estados miembros<sup>27</sup>. A esta conclusión llegaba la Comisión después de realizar un exhaustivo proceso de consultas sobre las razones por las que los ciudadanos europeos mostraban reticencias a la hora de realizar sus compras transfronterizas. En estos estudios<sup>28</sup>, la principal causa apuntada era la divergencia de las leyes en materia de competencia desleal entre los Estados miembros, que había hecho incrementar el clima de inseguridad en las transacciones comerciales internacionales.

La aprobación de la citada Directiva, por tanto, no era caprichosa, tenía por objeto evitar que los distintos tratamientos nacionales en relación con las prácticas desleales con los consumidores provocasen una distorsión de los pilares sobre los que se asentaba la UE, en concreto, el libre intercambio de bienes y servicios.

Podría afirmarse que la esencia del texto comunitario ha sido clarificar y simplificar los criterios para determinar la existencia de un comportamiento

---

<sup>27</sup> Sobre las razones que llevaron a la aprobación de la Directiva 2005/29/CE, puede consultarse el documento, COMISIÓN EUROPEA, *Directiva Sobre Prácticas Comerciales Desleales. Nuevas leyes para poner fin a las conductas desleales que afectan a los consumidores*, 2006, disponible en: [http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/unfair-trade/unfair-practices/is-it-fair/pdf/ucp\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/unfair-trade/unfair-practices/is-it-fair/pdf/ucp_es.pdf). Entre la doctrina, ROUVEURE, I., «Libro verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea», en *II Congreso Europeo de Consumo: nuevas tendencias en materia del consumidor*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2003, p. 33.

<sup>28</sup> Vid. COMISIÓN EUROPEA, *Directiva Sobre Prácticas Comerciales Desleales. Nuevas leyes para poner fin a las conductas desleales que afectan a los consumidores*, op. cit.

desleal con los consumidores, además de considerar a las prácticas engañosas y agresivas como dos conductas expresamente desleales.

Desde el punto de vista de las prácticas agresivas, se agradece la introducción de un estándar comunitario de prácticas que se consideran inaceptables. Además, creemos que la opción de no introducir las prácticas agresivas como supuestos especiales de comportamientos desleales, hubiese implicado la obsolescencia de un Derecho que, por su naturaleza, está llamado a adaptarse a los cambios que se vayan produciendo en el mercado. En efecto, el Derecho de la competencia desleal no podía ignorar una práctica frecuentemente extendida que tan graves daños estaba produciendo sobre los intereses del mercado en general. Así, se puede afirmar que la Directiva 2005/29/CE supuso otorgar mayor seguridad jurídica en la represión de las prácticas agresivas, reconociendo su deslealtad y fijando las circunstancias por las que se considerarían estos comportamientos desleales.

Sin embargo, pasado un tiempo desde su aprobación, el balance que hacemos de los principales cambios operados en la regulación española de la competencia desleal como consecuencia de la transposición de la citada directiva es, en líneas generales, negativo. A este resultado ha contribuido el marcado sesgo tuitivo con el que nace la citada Directiva que tan solo toma en consideración los intereses de los consumidores afectados, la deficiente técnica legislativa utilizada por el legislador español para dar cumplimiento a sus mandatos, además del criticable régimen aprobado en España para la lucha contra estas prácticas, basado esencialmente en mecanismos de Derecho privado.

## 2.1 PUNTO DE PARTIDA: LA CONSTRUCCIÓN DE UN MARCO JURÍDICO EUROPEO PARA LAS PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES

El Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea<sup>29</sup>, tras comprobar la ineficacia de la armonización parcial a la que se había sometido al Derecho europeo contra la competencia desleal desde los años ochenta, proclamó la necesidad de construir un marco jurídico unitario de normas represoras de la competencia desleal que fuera capaz de hacer realidad la esencia del mercado interior, es decir, que los consumidores no encontrasen obstáculos a la libre circulación de bienes y servicios.

Con anterioridad a la aprobación de la Directiva 2005/29/CE, hubo un primer intento de armonización legislativa por parte de la Directiva 84/450/CEE

---

<sup>29</sup> [Bruselas, 2 de octubre de 2001, COM (2001) 531 final].

del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, que fue la primera Directiva que se dictó en Europa contra las prácticas desleales. Si bien la citada Directiva hacía una alusión expresa a la protección de los intereses de los consumidores, no abandonaba los intereses de todos aquellos que participaban en el mercado. Por consiguiente, no producía ningún fraccionamiento respecto del planteamiento de la protección de la competencia desleal a nivel europeo, que era consecuencia de la evolución legislativa que los distintos países habían adoptado al regular la materia y que respondía a los tres intereses en juego en la protección de la competencia desleal, a saber, el interés de proteger a los empresarios, consumidores y al interés público. Además, habían surgido otros textos con un alcance menor, como la Directiva 89/552/CE, de 3 de octubre, de 1989 sobre actividades de radiodifusión televisiva o la Directiva 2000/31/CE, sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico, que habían dado lugar a un panorama normativo disperso y a una armonización de carácter parcial<sup>30</sup>.

Se señaló como una de las prioridades a nivel comunitario, vencer el principal obstáculo que frenaba el desarrollo del mercado interior fruto de las diferentes normativas de los Estados miembros en materia de competencia desleal y construir un marco jurídico único apropiado para las relaciones comerciales de los consumidores con los empresarios que tutelara, entre otras, la libertad de decidir del consumidor<sup>31</sup>. Este ambicioso proyecto venía respaldado por los datos de los estudios que se habían realizado con anterioridad a su aprobación<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Sobre los antecedentes inmediatos de la Directiva 2005/29/CE, puede consultarse: FERNÁNDEZ-NÓVOA RODRÍGUEZ, C., «La Directiva comunitaria sobre prácticas comerciales desleales», *Diario La Ley*, n.º 6408, 2006, p. 2; CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, A., «La Ley española contra la competencia desleal», en BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de Derecho Industrial. Propiedad industrial, Propiedad intelectual, Derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal*, Ed. Aranzadi (3.ª ed.), Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 421 y 422; MASSAGUER FUENTES, J., «Prácticas comerciales agresivas» en COSTAS COMESAÑA, J., FERÁNDEZ LÓPEZ, J. M., MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., (Et. Alt.), *Publicidad, defensa de la competencia y protección de datos*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 77 y TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia desleal*, Ed. La Ley, Madrid, 2010, pp. 29-32.

<sup>31</sup> En este sentido, el Considerando cuarto de la Directiva 2005/29/CE.

<sup>32</sup> La propuesta de Directiva advertía que el 38% de las empresas esperaba incrementar su presupuesto en publicidad y comercialización transfronteriza como consecuencia de la armonización; el 46% de las compañías esperaba que la proporción de sus ventas transfronterizas aumentase con la plena armonización de todas las normativas sobre publicidad, prácticas comerciales y otras disposiciones de protección de los consumidores; 10 millones de consumidores realizarían muchas más compras transfronterizas si les inspirara la misma confianza acudir a comerciantes de otro país de la UE que a los nacionales, y otros 70 millones podrían comprar un poco más. Véase, COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior*, COM (2003) 356 final, disponible en: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2003/ES/1-2003-356-ES-F1-1. Pdf>, p. 7.

El resultado es la adopción de la Directiva comunitaria sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores basada en la orientación que había inspirado el Libro Verde que refuerza los derechos de los consumidores en sus relaciones comerciales, pero que encuentra, como principal obstáculo, armonizar su implementación en los Estados miembros para lograr resultados homogéneos en la lucha contra las prácticas comerciales desleales que afectan a los consumidores en Europa.

## 2.2 ÁMBITO OBJETIVO Y SUBJETIVO DE APLICACIÓN. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

El ámbito objetivo de aplicación de la Directiva de prácticas comerciales desleales parte de la consideración de práctica comercial que otorga el propio texto comunitario en su art. 2 d). Se entiende por 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, venta o el suministro de un producto a los consumidores»*.

Creemos que varias consideraciones pueden realizarse en relación con el ámbito objetivo de la norma:

1) La Directiva incluye en su ámbito de aplicación la publicidad, desterrando definitivamente la singularidad a la que se había sometido tradicionalmente al Derecho de la publicidad<sup>33</sup>.

2) Si se atiende al propio concepto de producto que otorga la Directiva, este es, *«cualquier bien o servicio, incluido los bienes inmuebles, así como los derechos y obligaciones»*[art. 2 c)], la conducta relevante se define con tal amplitud que ha permitido que no quedase excluida ninguna actuación por razón de su naturaleza, modalidad o clase.

3) La calificación de deslealtad de una conducta realizada por un empresario o profesional se extiende a cualquier momento de la relación entre sujeto activo y pasivo, es decir, antes, durante y después de la transacción comercial en relación con un producto. En consecuencia, la disciplina de la competencia desleal ya no se queda en la antesala del contrato sino que se extiende a todo el proceso de su formación. Sin embargo, como se establece en la citada Directi-

---

<sup>33</sup> En este sentido, MASSAGUER FUENTES, J., *El nuevo Derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 18 y 19.

va, esta se entiende sin perjuicio del Derecho contractual, y en particular, de las normas relativas a la validez, la formación o el efecto de los contratos (art. 3.2). Entendemos que el legislador estableció esta excepción para que la aplicación del régimen previsto por la Directiva no dependiese de las relaciones contractuales entre el profesional y el consumidor, porque en este caso hubiese sido muy fácil alegar por parte del empresario cualquier excepción contractual para eludir el régimen tuitivo del consumidor previsto por la Directiva. No obstante, se trata este de uno de los aspectos más problemáticos a la hora de interpretar el régimen de las prácticas agresivas y el régimen de vicios del consentimiento del Código Civil que, como se estudiará, se trata de sistemas emparentados que aconsejan tratarse desde una perspectiva unitaria.

Por lo que se refiere al ámbito subjetivo de la Directiva 2005/29/CE, los destinatarios de sus prohibiciones son las empresas, ciñéndose su ámbito de actuación a sus relaciones con los consumidores<sup>34</sup>. La idea de proteger directamente los intereses de los consumidores se evidencia en el art. 1 de la Directiva 2005/29/CE, el cual al definir el objeto de la misma, establece que: «*La presente Directiva tiene por objeto contribuir al buen funcionamiento del mercado interior y alcanzar un elevado nivel de protección de los consumidores mediante la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las prácticas comerciales desleales que perjudican a los intereses económicos de los consumidores*».

Por tanto, en virtud del principio de subsidiariedad, la Directiva no comprende ni incumbe a las leyes nacionales sobre prácticas comerciales desleales que perjudican solamente a los intereses económicos de los competidores o que se refieran a transacciones entre comerciantes. Fuera de este ámbito de actuación, los Estados miembros, si así lo deciden, tienen libertad para desarrollar la normativa que se ocupe de las conductas desleales que perjudican solamente a los intereses económicos de los competidores o que se refieren a transacciones entre comerciantes<sup>35</sup>.

La delimitación del ámbito subjetivo de la Directiva tal y como ha quedado expuesto, plantea a nuestro entender un problema adicional como es la difícil delimitación de los comportamientos desleales que afectan a los consumidores y a los que les sería de aplicación la Directiva y aquellos que solamente

---

<sup>34</sup> La Directiva ha recibido duras críticas por quienes consideraban que esta regulación provocaba una ruptura de la unidad estructural del Derecho contra la competencia desleal, al suponer la existencia de un régimen distinto en función de los destinatarios de la práctica comercial. Por todos, TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, op. cit., p. 34.

<sup>35</sup> Vid. Considerando sexto de la Directiva 2005/29/CE.

afectan a los competidores y, por ende, quedan excluidos del ámbito de armonización plena que persigue la Directiva<sup>36</sup>. En estos casos, al menos indirectamente, también se pueden perjudicar los intereses económicos de los consumidores y que quede justificada la aplicación de la Directiva de prácticas comerciales desleales<sup>37</sup>.

En efecto, como ha venido advirtiendo el TJUE en los supuestos en los que la legislación nacional se dirige principalmente a los competidores, resulta extremadamente complejo justificar su competencia para valorar la compatibilidad de una disposición nacional con los mandatos de la Directiva 2005/29/CE, pues al ser los competidores el principal objeto de protección del texto nacional, se trataría de un supuesto que en principio quedaría fuera del ámbito de protección de la Directiva y del enjuiciamiento del TJUE pero aun en estos supuestos, también puede haber un interés en la protección del consumidor y, por tanto, existir un interés manifiesto de la Unión en que, para evitar divergencias interpretativas futuras, las disposiciones tomadas del Derecho de la Unión sean objeto de una interpretación uniforme<sup>38</sup>.

Por ello, desde la aprobación de la Directiva 2005 se ha planteado la posibilidad de que se amplíe su ámbito de aplicación al sector de las prácticas comerciales desleales entre empresas, las conocidas como relaciones *B2B*. En efecto, aunque la opción legislativa de proteger solo los intereses de los consumidores en la Directiva de prácticas comerciales desleales fue la preferida por la mayoría de los Estados miembros (en concreto, 12), dos de ellos afirmaban

---

<sup>36</sup> COMISIÓN EUROPEA, *Informe sobre la situación de la aplicación de las disposiciones sobre publicidad en la legislación sobre prácticas comerciales desleales*, julio de 2010, disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201007/20100713ATT78792/20100713ATT78792EN.pdf>, p. 15.

<sup>37</sup> Como apunta MARTÍ MOYA, V., «El piecemeal approach de la tutela pública del consumidor contra prácticas desleales en España frente al modelo italiano» en OLAVARRÍA IGLESIA, J., (Dir.) y MARTÍ MIRAVALLS, J. (Coord.), *Estudios in memoriam de Don Manuel Broseta Pont*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 205 «es difícilmente imaginable que un acto de competencia perjudique al consumidor, atrayéndolo deslealmente hacia sí, no vaya a perjudicar también al competidor».

<sup>38</sup> Por ejemplo, STJUE de 9 de noviembre de 2010 (Asunto C-540/08) en el que la prohibición de la venta con prima, según el gobierno austríaco, estaría más encaminada a la preservación del pluralismo en los medios de comunicación que a la protección del consumidor o en la STJUE de 19 octubre de 2017 (Asunto C295/16) en el que el Tribunal justifica su intervención aunque el litigio principal versa sobre la prohibición de la venta a pérdida en el comercio minorista en el que los dos sujetos intervinientes son profesionales. Según el criterio del Tribunal su intervención está justificada sobre la base de que la prohibición de la venta a pérdida de la LOCM se aplica de la misma manera a las ventas celebradas entre mayoristas y minoristas que a aquellas celebradas entre minoristas y consumidores, y las implicaciones de la interpretación de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales son las mismas en las dos clases de venta. En consecuencia, existe un interés en que las disposiciones tomadas del Derecho de la Unión sean objeto de interpretación. Para un comentario sobre este último asunto, puede consultarse: GONZÁLEZ PONS, E., «El nuevo régimen de la venta a pérdida en España: el final de la adaptación pendiente de la ley de ordenación del comercio minorista a la directiva de prácticas comerciales desleales», *RD Pat*, n.º 48, 2019.



que el objetivo de la directiva marco debería ser la protección de los consumidores, de la competencia y del público en general mediante la prohibición de prácticas comerciales desleales. Mantenían que la directiva marco debía redactarse de forma que incluyese a las relaciones comerciales entre las empresas en su aspecto de competencia desleal, lo que englobaba prácticas comerciales como la protección de los secretos comerciales o las imitaciones serviles. Sostenían que esta extensión del ámbito de aplicación de la directiva se justificaba por el hecho de que no solo los consumidores, sino también las empresas competidoras y, en particular, las PYMES, necesitan protección frente a las prácticas comerciales desleales<sup>39</sup>.

Sin embargo, se ha rechazado sistemáticamente esta opción aludiendo a criterios de distorsión con la normativa actual que distingue claramente entre las prácticas desleales en las relaciones B2B y las relaciones B2C, o argumentando problemas prácticos por cuanto esta extensión obligaría a las autoridades encargadas de su aplicación a tratar, además de los casos B2C, también los de B2B<sup>40</sup>.

No obstante, algunos Estados miembros han extendido la aplicación de la Directiva 2005/29/CE a las relaciones entre empresarios. Hasta la fecha han sido pocos, si bien entre ellos se encuentra Austria, Dinamarca, Francia, Alemania, Italia y Suecia<sup>41</sup>, no así España. Pensamos, sin embargo, que esta sería la mejor solución. Si se pretende llegar a un estándar de corrección para que en el mercado único europeo no se produzcan prácticas comerciales desleales que puedan mermar la confianza de los operadores que en él intervienen, parece que solo abogar por la protección de los consumidores frente a los abusos que estos puedan sufrir por parte de las empresas, es negar la protección a los empresarios competidores que sufren igualmente prácticas anticompetitivas por parte de otros empresarios, provocando distorsiones en la competencia que las autoridades europeas deben corregir.

---

<sup>39</sup> [COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión de seguimiento del Libro Verde*, 11 de junio de 2002, COM (2002) 289 final, punto 10]. No obstante, dado que ningún otro Estado miembro había abogado por la extensión de la directiva marco a todas las relaciones entre empresas, la Comisión no encontraba razones para cambiar su orientación inicial, que planteaba abarcar solo a las transacciones entre empresas y consumidores, según la citada Comunicación de la Comisión de seguimiento del Libro Verde.

<sup>40</sup> La Comisión europea consideró que no era la mejor opción. Así, COMISIÓN EUROPEA, *Informe sobre la aplicación de la Directiva 2005/29/CE relativo a las prácticas comerciales desleales*, 20 de diciembre de 2013, disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0474+0+DOC+XML+V0//ES>

<sup>41</sup> Puede consultarse, COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo sobre las prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario entre empresas*, 29 de enero de 2016, COM(2016) 32 final, disponible en: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/ES/1-2016-32-ES-F1-1.PDF>, p. 10.

Centrándonos ahora en la figura del consumidor que es sujeto protegido por la Directiva 2005/29/CE, se define como «*cualquier persona física que, en el contexto de una práctica comercial contemplada por la Directiva actúe con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio, oficio o profesión*» [art. 2 a)] de la Directiva 2005/29/CE). Por tanto, al amparo de la citada Directiva, no tendría sentido hablar de protección de los empresarios contra las prácticas comerciales desleales, al menos, si no existe en la conducta ningún interés económico de los consumidores al que tutelar. Recordemos que la Directiva es aplicable únicamente a las prácticas comerciales que perjudican los intereses económicos de los consumidores y, a este respecto, se convierte en un elemento central que el sujeto afectado por el comportamiento desleal, actúe en un ámbito privado, ajeno al de una actividad empresarial o profesional<sup>42</sup>.

Sin embargo, en muchas ocasiones, el concepto de consumidor al que se ha ceñido la Directiva 2005/29/CE no se corresponde con la realidad. Este sería el supuesto, por ejemplo, de pequeños empresarios víctimas de prácticas comerciales agresivas cometidas por las grandes empresas, especialmente las grandes cadenas de distribución. En base a la citada Directiva, el pequeño empresario objeto de estas prácticas, aunque pueda soportar un nivel de agresividad menor que el de un gran empresario, solo equiparable al que puede soportar un consumidor, no podría recibir, por su condición de empresario, la especial tutela que prevé la Directiva para los consumidores. Además, de acuerdo con la Ley de Competencia Desleal española, constituiría este un supuesto de práctica desleal por agresiva solamente perseguible a través del art. 8 LCD y, en consecuencia, para la determinación de la existencia de una práctica agresiva, se tendrían que valorar todas las circunstancias en la que se produce la práctica y no podrían aplicarse las presunciones de deslealtad de los arts. 28 a 31 LCD que se corresponden con las prácticas consideradas en todo caso desleales por el Anexo I de la Directiva.

Se presenta entonces una de las grandes paradojas de nuestro Derecho de la competencia desleal. Por una parte, la necesidad de proteger al consumidor de las prácticas desleales que pueda recibir de las empresas en sus relaciones

---

<sup>42</sup> La falta de ánimo de lucro no se trata de un criterio que se ha venido exigiendo por el Derecho comunitario y español en la noción de consumidor. Así, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores y el art. 3 TRLGCU tras la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo. El TJUE en algunas de sus resoluciones también ha declarado que la intención lucrativa no debe ser un criterio de exclusión para la aplicación de la noción de consumidor. Entre otras, la STJCE de 10 abril de 2008 (Asunto C227/08) o en este mismo sentido, STJUE de 3 septiembre de 2015 (Asunto C-110/14).

comerciales, por su condición de parte débil de la relación jurídica<sup>43</sup>. Por otra, equiparar esta tutela con aquellos casos en los que un empresario débil se siente forzado a aceptar determinadas condiciones que en otras circunstancias no hubiese aceptado, pensemos, por ejemplo, en un contrato de franquicia en el que el franquiciado tiene poca capacidad de negociación<sup>44</sup> o en el supuesto en el que la parte débil es un empresario que como acreedor tiene que enfrentarse a sucesivos impagos por parte de otro empresario deudor.

Si bien somos conscientes de que la extensión propuesta podría dar paso a una indeseable situación de inseguridad jurídica<sup>45</sup>, al tener que analizar en cada caso si concurren las circunstancias descritas para considerar si un empresario puede ser tutelado de la misma manera que el consumidor lo es en la Directiva 2005/29/CE, en determinados supuestos, como el de los pequeños o medianos empresarios, es necesario equiparar su protección a la del consumidor. En estos casos, el desequilibrio existente entre las partes también se reproduce en situaciones en las que un pequeño empresario contrata con un empresario de mayor tamaño o mayor poder de mercado. En este sistema, para el enjuiciamiento de las prácticas agresivas no existiría diferencia alguna en función de si la víctima es un consumidor o se trata de un pequeño empresario que actúa como tal<sup>46</sup>.

A esta conclusión han llegado en otros países de nuestro entorno, como es el supuesto italiano<sup>47</sup>, en el que se ha considerado que otorgar menor pro-

<sup>43</sup> En este sentido, resulta interesante la reflexión de RECALDE CASTELLS, A., «El Derecho de consumo como Derecho privado especial» en TOMILLO URBINA, J., (Dir.) y ÁLVAREZ RUBIO, J., (Coord.), *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 551 y 552, quien cuestiona la debilidad solo referible a los consumidores, pues, aunque se trate de consumidores no necesariamente todos son incapaces de proteger adecuadamente sus intereses. Según el autor sería necesario corregir los defectos estructurales de forma tópica y no con carácter general.

<sup>44</sup> PALAU RAMIREZ, F., «Prácticas agresivas», en RUIZ PERIS, J. I. (Dir.), *La reforma de la Ley de Competencia Desleal (Estudios sobre la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para mejora de la protección de los consumidores y usuarios)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 154.

<sup>45</sup> Así, lo ha venido denunciado BOTANA GARCÍA, G., «Noción de consumidor» en BOTANA GARCÍA, G., y RUIZ MUÑOZ, M., (Coords.), *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Ed. McGrawHill, Madrid, 1999, p. 36.

<sup>46</sup> En el ámbito de las prácticas desleales en la cadena de suministro agrícola y alimentario, se ha aprobado recientemente la Directiva 2019/633 del Parlamento europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, en la que se prohíben ciertas prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro de alimentos con objeto de garantizar un trato más justo para las PYMES alimentarias y agrícolas.

<sup>47</sup> En Italia, la AGCM incluye en su ámbito de tutela para la represión de las prácticas comerciales desleales a las pequeñas empresas junto con el resto de consumidores. Es, concretamente, el *Decreto legge 24 gennaio 2012 n. 1 Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*, denominado comúnmente como «Cresci-Italia», el que establece que la AGCM también deberá extender su tutela a *le microimprese* que son entidades o asociaciones que, independientemente de su forma jurídica, ejercen una actividad económica (individual o familiar), emplean a menos de diez personas y generan una facturación o un presupuesto total de no más de dos millones de euros por año. Con anterior-

tección a las pequeñas empresas respecto a los consumidores frente a las prácticas comerciales desleales, sería una interpretación errónea de las finalidades perseguidas por la Directiva de prácticas comerciales desleales con los consumidores, y, por eso, el sistema de represión de las prácticas comerciales desleales italiano, bajo el amparo de la *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (en adelante, AGCM), también incluye en su ámbito de protección, sin distinción alguna, a las llamadas «*microimpresa*»<sup>48</sup>, las equivalentes PYMES en España, junto con el resto de consumidores.

Sin embargo, en Derecho español este planteamiento choca con la noción de consumidor que se ha defendido desde las instituciones que han negado sistemáticamente el carácter tuitivo de la normativa de consumo a los empresarios, aunque se trate de pequeñas y medianas empresas.

El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGCU), norma que es de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios (art. 2), considera consumidor o usuario a la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a la actividad empresarial o profesional (art. 3) y, empresario, a la persona física o jurídica que actuando dentro de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada, fabrica, produce, presta,

---

ridad a la aprobación de la citada Ley, la *Lege 18 de giugno 1998, n. 192 Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, también reconocía la protección especial que otorgaba la legislación de consumo al pequeño empresario. Sin embargo, en España, el intento de extender la protección del consumidor a determinadas empresas, se ha encontrado con la oposición cuasi tajante de los Tribunales. Así, SAP Valencia, (Sección 6.ª) n.º 26/2009, de 20 enero, de 2009 (AC 2009\676) [Ponente: Vicente Ortega Llorca] que sostiene que la empresa está fuera del concepto legal de consumidor, sin que obste a ello su mayor o menor capacidad económica o envergadura. En efecto, la noción de consumidor que se ha defendido en España deja fuera con carácter sistemático a los empresarios, aunque se trate de pequeñas y medianas empresas. En este sentido, MARÍN LÓPEZ, M. J., «El «nuevo» concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGCU», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 9, 2014. Sobre la extensión de la protección del consumidor, RUIZ PERIS, J. I., «Asimetría y abuso en la cadena de distribución» en MIRANDA SERRANO, L. M., y PAGADOR LÓPEZ, J., (Difs.), SERRANO CAÑAS, J. M., y CASADO NAVARRO, A. (Coords.), *Retos y Tendencias del Derecho de la contratación mercantil*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 243 y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Nociones introductorias», *op. cit.*, p. 59.

<sup>48</sup> La primera vez que la AGCM aplicó la disciplina de las prácticas comerciales desleales a la tutela de las *micro imprese*, fue en 2013 en el Procedimiento n.º 24528 (PB757-Index Holding), de 23 de septiembre de 2013, precisamente en la declaración de una práctica agresiva llevada a cabo por Index Holding S.p. A. y algunas de sus empresas filiales, sobre la estrategia coordinada de esas empresas para anunciar la posibilidad de unirse a una red informática a través de la cual pequeños y medianos empresarios podrían operar como centro de servicios, basados en la recarga de teléfonos móviles, envíos de correo y apuestas en línea. Algunos de estos servicios ofrecidos no estaban disponibles y, cuando debido a esta causa, las *micro imprese* que mayoritariamente eran bares, restaurantes o estancos de tabaco, todos ellos de pequeñas dimensiones, intentaban rescindir el contrato, las empresas infractoras oponían toda una serie de obstáculos para evitar la rescisión. El proceso culminó con la imposición de sanciones por un total de 234.000 euros y con una orden de publicación de un extracto de la resolución de condena.

intermedia, importa, facilita, suministra o distribuye productos en el mercado, o se manifiesta como tal mediante la exteriorización de su nombre, marca u otro signo distintivo (arts. 4, 5 y 7).

La Ley al definir el concepto general de consumidor y usuario, establece diferentes criterios para la consideración de consumidor a las personas físicas que a las jurídicas. En cuanto a las primeras, exige que estas «actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión» (art. 3 párrafo 1). En cambio, en el supuesto de las personas jurídicas, reconoce que, si bien estas pueden ser consideradas consumidores, para que ello suceda es necesario que: «actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial» (art. 3, párrafo 2).

En consecuencia, la nota que caracteriza al concepto de consumidor en la persona jurídica es la falta de ánimo de lucro y además que el bien o servicio adquirido no sea incorporado en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros, presupuestos que no se cumplen en el ejercicio de las relaciones comerciales con la PYME. De manera que, al tiempo de otorgar el grado de protección especial que la Ley dispensa, es necesario que se enfrenten, de una parte, los derechos de una persona que actúa en un ámbito ajeno a la actividad profesional o empresarial y de otra, los derechos de aquel que se desenvuelve dentro de su actividad profesional o empresarial.

Estamos ante otra gran paradoja, esta vez relativa al Derecho de consumo. Por una parte, la necesidad de equiparar la protección que recibe un consumidor persona física a determinadas empresas, sobre todo pequeñas y medianas, que se pueden ver forzadas a tomar determinadas decisiones comerciales contrarias a sus intereses económicos por las presiones indebidas a las que se ven sometidas por parte de empresas de mayor tamaño o más capacidad de negociación. Por otra, la rotundidad con la que la legislación de consumo española, ha interpretado la noción de consumidor que deja fuera a cualquier empresa sin hacer distinción alguna en cuanto a su menor capacidad económica o envergadura.

Centrándonos ahora en el estricto ámbito subjetivo de la Directiva 2005/29/CE, se toma como referencia al consumidor medio<sup>49</sup> para evaluar el

---

<sup>49</sup> Esta figura debe ser entendida de acuerdo con la interpretación realizada por la Jurisprudencia del TJUE (Vid. Considerando 18 de la Directiva 2005/29/CE), que no atiende a criterios estadísticos, sino a la reacción típica del consumidor, entendiéndose por tal, una persona física, normalmente informada, razonablemente atenta y perspicaz, teniendo en cuenta factores sociales, culturales y lingüísticos. Sobre la figura del consumidor medio, Vid. LOIS CABALLÉ, A., «Las prácticas agresivas con los consumidores», en RUIZ PERIS, J. I., (Dir.), *La reforma de la Ley de Competencia Desleal (Estudios sobre la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para mejora de la protección de los consumidores y usuarios)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 160. Entre la doctrina internacional, SACCOMANI, A., «Le nozioni di consumatore e di consumatore

impacto que pueden tener las prácticas comerciales desleales que realizan los empresarios. Esta referencia, no ha supuesto ninguna novedad<sup>50</sup>. La mayoría de los tribunales nacionales de los países miembros ya tomaban en consideración la figura del consumidor medio como un parámetro de control abstracto. Por eso, esta noción no se trataba de un término que la Directiva hubiese que definir, sino que se debería estar a la consideración de la jurisprudencia para determinar la reacción típica del consumidor medio en cada caso en concreto. También ha especificado la Directiva que en aquellos supuestos en los que la práctica comercial tiene como objetivo un grupo de consumidores, el grupo pasa a convertirse en el punto de referencia. Por ejemplo, un anuncio agresivo dirigido a jóvenes o a niños, el consumidor medio sería el miembro medio de ese grupo.

En esta delimitación de la figura de consumidor medio, merece particular consideración los consumidores especialmente vulnerables como excepción respecto a la regla general que deberá ser interpretada de manera restrictiva<sup>51</sup>. El art. 5.3 de la Directiva identifica a este grupo como los consumidores que tienen unas características especiales y que se concretan en alguna dolencia física, un trastorno mental o bien circunstancias que afectan a su credulidad, por ejemplo, ser menor de edad o anciano<sup>52</sup>. En definitiva, todas aquellas situaciones que sitúen al consumidor en una posición especialmente desventajada no solo por sus condiciones psíquicas o físicas, sino también porque se

---

medio nella direttiva 2005/29/CE», en MINERVINI, E., y ROSSI CARLEO, L., *Le pratiche commerciali sleali: direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, Ed. Giuffrè, Milano, 2007, p. 155.

<sup>50</sup> Entre las primeras sentencias que tratan la figura del consumidor medio, destaca la STJCE de 16 de julio de 1998 (Asunto C-210/96). Para un comentario a la jurisprudencia del TJCE respecto a la noción del consumidor medio, puede consultarse GONZÁLEZ VAQUÉ, L., «La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 17, 2004, pp. 47-81.

<sup>51</sup> La protección especial de los consumidores más vulnerables tiene carácter excepcional toda vez que se prevé su aplicación cuando la práctica comercial enjuiciada con toda probabilidad únicamente pueda distorsionar el comportamiento económico de un grupo de consumidores especialmente vulnerables, aunque no se dirija específicamente a ese grupo. (*Vid.* Considerando decimonoveno de la Directiva 2005/29/CE y art. 5.3).

<sup>52</sup> Estos son los sujetos que enumera el art. 5.3 como consumidores especialmente vulnerables. Sin embargo, como establece DIVENVOORDE, B. B., *The consumer Benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive*, Ed. Springer, 2015, p. 24, este listado no es exhaustivo si se tiene en cuenta que el Considerando decimonoveno de la Directiva emplea en su redacción un término más amplio que deja entender que la calificación de consumidor vulnerable no solo se circunscribe a los sujetos enumerados en el art. 5.3 si no que nada obsta a que pueda también ser aplicado este régimen a otros grupos. Por ejemplo, un informe de la *International Organization of Securities Commission*, advierte sobre los riesgos de la contratación de servicios financieros en personas de avanzada edad por ser este un colectivo vulnerable que requiere un tratamiento especializado para tutelar que su libertad de decisión a la hora de contratar un determinado bien o servicio, no se vea mermada por el ejercicio de una influencia indebida del empresario. Entre las medidas propuestas, se encuentra invertir en educación financiera en personas mayores de 65 años. *Vid.* INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSIONS, *Senior Investor Vulnerability Final Report*, marzo 2018, disponible en: <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD595.pdf>.

encuentre atravesando alguna circunstancia excepcional, como puede ser un accidente o la muerte de algún familiar<sup>53</sup> o una situación de fuerte dependencia económica.

La finalidad que entraña esta previsión de la Directiva es proteger a los consumidores de las ofertas comerciales que puedan recibir que no se ajusten a sus necesidades o intereses porque el nivel de expectativas y su capacidad de reacción se encuentra significativamente mermada y que le lleve a actuar de forma distinta a como actuaría un consumidor medio<sup>54</sup>.

En este aspecto se centra, por ejemplo, el art. 9.1 c) de la Directiva, que al regular las prácticas agresivas desleales, también toma en consideración, «*la explotación por parte del comerciante de cualquier infortunio o circunstancia específicos lo suficientemente graves como para mermar la capacidad de discernimiento del consumidor, de los que el comerciante tenga conocimiento, para influir en la decisión del consumidor respecto al producto*».

También es este el criterio que se ha seguido para la tipificación de las prácticas agresivas en relación con los menores porque estos tienen la capacidad de decisión especialmente afectada por su inmadurez y con ello se pretende tutelar al menor ante actuaciones que pretenden manipular su voluntad en aras a conseguir un beneficio empresarial<sup>55</sup>.

### 2.3 LA CLÁUSULA GENERAL PROHIBITIVA DE DESLEALTAD A NIVEL COMUNITARIO

La Directiva sobre prácticas comerciales desleales, a su vez, incorpora una cláusula general de deslealtad de las prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consumidores sobre la que se debe basar el completo sistema de represión de las prácticas engañosas y agresivas (art. 5).

Su introducción supuso en algunos países miembros como Reino Unido, una auténtica novedad, al no contar previamente con un precepto de similares características que marcara el estándar de corrección admisible en las relacio-

<sup>53</sup> Sobre la protección de los sujetos vulnerables, HAUSER, J., «Une théorie générale de la protection du sujet vulnérable», *Gérontologie et société*, n.º 115, 2005, pp. 101-115. También, FERNÁNDEZ CARBALLLO-CALERO, P., «Aggressive Commercial Practices in the Case Law of EU Member States», *Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 5, 6/2016, p. 257.

<sup>54</sup> En este sentido, MASSAGUER FUENTES, J., *El nuevo Derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, op. cit., p. 91, y también FRIANT-PERROT, M., «The Vulnerable Consumer in the UCPD and Other Provisions of EU Law», en VAN BOOM, W., GARDE, A. y AKSELI, O., *The European Unfair Commercial Practices Directive. Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems*, Ed. Ashgate, Surrey, 2014, p. 101.

<sup>55</sup> En este sentido, EMPARANZA SOBEJANO, A., «El régimen jurídico de las prácticas comerciales con los consumidores y usuarios», *Revista de Derecho de la competencia y de la Distribución*, n.º 7, 2010, p. 12/18.

nes comerciales. En cambio, la novedad en otros países que ya contaban con una cláusula general de deslealtad, como España, radicó en el reconocimiento de una cláusula que solamente afectase a las relaciones comerciales de las empresas con los consumidores, en contra del planteamiento general de una cláusula aplicable a todos los sujetos que interviniesen en el mercado. Con todo, incluso en este segundo supuesto, su reconocimiento es bienvenido, porque supone admitir un estándar europeo de *good faith* con los consumidores que todos los participantes del EEE deben respetar<sup>56</sup>.

Sin embargo, las prácticas desleales se presentaban como una materia demasiado compleja para poderse resolver solamente con un recurso a una cláusula general de deslealtad, sobre todo si se atendía a las prácticas engañosas y agresivas cada vez más sofisticadas que requerían un tratamiento individualizado. Así, si bien es cierto que la cláusula general de deslealtad de la Directiva debía ocuparse de la interpretación y aplicación del régimen de las prácticas desleales, también se requería una concreción de aquellas que, en particular, se considerarían prohibidas. De esta manera, la prohibición general del art. 5 de la Directiva 2005/29/CE, se desarrolla en dos grupos de prácticas comerciales desleales, como son, las prácticas engañosas y las prácticas agresivas.

El resultado es una cláusula general que no sorprende por su estructura<sup>57</sup>, pero sí por la introducción de algunos de los elementos en los que basar el examen de deslealtad. No obstante, como se pondrá de manifiesto, no se ha logrado con ello una mayor precisión en su contenido, como lo demuestran las continuas cuestiones prejudiciales que se plantean por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros al TJUE sobre la delimitación del ámbito de aplicación de la Directiva<sup>58</sup>.

El art. 5 de la Directiva 2005/29/CE, establece la prohibición general de las prácticas comerciales desleales que afectan a las relaciones con consumi-

---

<sup>56</sup> HOWELLS, G., «Unfair Commercial Practices Directive-A Missed Opportunity?», en WEATHERILL, S., y BERNITZ, U., *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques*, Ed. Hart Publishing, Portland, 2007, p. 103. Para el autor, el problema es que el legislador europeo pensó que había encontrado la solución perfecta y por eso la ha impuesto a todos los Estados miembros y ha prohibido cualquier protección mayor que los Estados miembros habrían dispensado.

<sup>57</sup> Entre los países que han contado tradicionalmente con una cláusula general de prohibición de los actos de competencia desleal seguida de una enumeración de supuestos considerados particularmente desleales, cabe advertir también una cierta homogeneidad en su estructuración. Vid. GÓMEZ SEGADE, J. A., «La nueva cláusula general en la LCD», en GÓMEZ SEGADE, J. A., y GARCÍA VIDAL, A. (Coords.), *El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XII. Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa en su octogésimo cumpleaños*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 337 y 338, y GARCÍA PÉREZ, R., «La diligencia profesional: un concepto clave del nuevo derecho de la competencia desleal», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 14, 2010, p. 25.

<sup>58</sup> Vid. el trabajo de MARTÍ MOYA, V., «Consecuencias del principio de armonización plena de la Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales, a la luz de la reciente jurisprudencia del TJUE», *RDM*, n.º 283, 2012.



dores y enuncia los criterios que permiten determinar la deslealtad de la práctica. En virtud del citado precepto, se consideran desleales las prácticas que cumplen con una doble condición:

- 1) Sean contrarias a la diligencia profesional.
- 2) Sean idóneas para distorsionar el comportamiento económico del consumidor medio.

La Directiva 2005/29/CE se refiere al primer elemento, el de la diligencia profesional, como «*el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe razonablemente esperar del comerciante en sus relaciones con los consumidores acorde con las prácticas honradas del mercado o con el principio general de la buena fe en el ámbito de la actividad del comerciante*» [art. 2 h)]. Con esta definición, el legislador comunitario puntualiza que la diligencia profesional es una fuente de integración de la buena fe en el ámbito de la actividad del comerciante, y, que, además, es el criterio alternativo a la honestidad en el mercado<sup>59</sup>.

La redacción de la definición de diligencia profesional, tal y como ha sido expuesta, sufrió un cambio importante durante la tramitación de la Directiva 2005/29/CE. En la propuesta de Directiva, la diligencia profesional se definía de la siguiente manera: «*el grado de pericia y cuidados especiales ejercidos por un comerciante de conformidad con los requisitos de la práctica normal de mercado respecto a los consumidores en su ámbito de actividad en el mercado interior*». La doctrina<sup>60</sup>, consideraba que la inclusión del término

---

<sup>59</sup> Es mediante la inclusión de la conjunción «o» para establecer la relación entre uno y otro estándar de conducta, con la que el legislador comunitario deja patente que la conculcación de cualquiera de estos dos requisitos en una práctica comercial realizada por un empresario con un consumidor es suficiente para entender que merece el reproche de deslealtad. A su vez, la alternatividad con la que ha sido configurada la diligencia profesional entraña, una diferenciación sustantiva entre el principio de prácticas honradas y el de buena fe. Este último, se configura como un estándar de conducta distinto a las prácticas honradas u honestas, puesto que no se configuran como criterios sinónimos, sino que, de la redacción de la norma, se impide que se pueda hacer una equiparación entre ambos estándares. Con ello, también se impide otorgar mayor rango a un estándar sobre el otro. Sobre esta cuestión, puede consultarse: MASSAGUER FUENTES, J., *El nuevo Derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, op. cit., p. 70; o también CHAMORRO DOMÍNGUEZ, M.<sup>a</sup> C., «La cláusula general prohibitiva del ilícito desleal», en VIERA GONZÁLEZ, A. J., y ECHEVARRÍA SÁENZ, J. A., *Distribución comercial y derecho de la competencia*, Ed. La Ley, 2011, p. 520. Sin embargo, en contra de una interpretación literal de la norma, se muestra GARCÍA PÉREZ, «La diligencia profesional: un concepto clave del nuevo Derecho contra la competencia desleal», op. cit., p. 30, para quien los conceptos que conforman la noción de diligencia profesional: el de prácticas honradas de mercado y el de buena fe, se trata de criterios que conducen al mismo resultado final.

<sup>60</sup> Como exponen MASSAGUER FUENTES, J., *El nuevo Derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, op. cit., p. 63; GARCÍA PÉREZ, R., «Tiempo de cambios para el derecho contra la competencia desleal: la directiva sobre prácticas comerciales

«normal» en la redacción primigenia de la Directiva, no era aconsejable porque podía desencadenar que las empresas recurrieran al proceder habitual en el sector para defender la licitud de una determinada práctica comercial.

La «*diligencia profesional*» es un elemento novedoso en la configuración de la cláusula general de deslealtad, pero no resulta totalmente extraño para el Derecho de la competencia desleal, porque se trata este de un concepto paralelo al de prácticas mercantiles honradas y al de buena fe, dos de los criterios que tradicionalmente se habían utilizado para prejuzgar la deslealtad de una conducta. En concreto, el principio de «*prácticas honradas*» estaba enlazado con la cláusula contenida en el art. 10 *bis* del CUP, que hacía referencia a «*usos honestos en materia industrial o comercial*». Por su parte, la invocación del «*principio de buena fe*» se relaciona directamente con la cláusula general contenida en el *ex. art.* 5 de la LCD (1991).

El criterio acuñado hasta entonces por el Derecho español de la competencia desleal que descansaba sobre el criterio de la buena fe objetiva era lo suficientemente omnicomprendivo como para albergar también el criterio de la «*diligencia profesional*» al que alude el legislador comunitario en la Directiva 2005/29/CE. No obstante, España, al igual que el resto de los países de la eurozona, debía adaptarse a los nuevos mandatos comunitarios e incorporar este nuevo elemento en la legislación represora de la competencia desleal porque solo así se lograría el estándar comunitario de conducta que perseguía el legislador comunitario<sup>61</sup>.

El criterio de la «*diligencia profesional*», igual que los anteriores, se configura sobre la base de criterios estrictamente objetivos, aunque el estándar exigible dependa de la experiencia o de los medios técnicos con los que cuente el agente<sup>62</sup>.

---

desleales», *ADI*, n.º 26, 2005-2006, p. 476 y TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, *op. cit.*, p. 63.

<sup>61</sup> Sobre este aspecto se pronuncia, MAMBRILLA RIVERA, V., «Los diversos intentos de transposición de la Directiva 2005/29/CE al Derecho interno español: incidencia de la reforma en los presupuestos generales y en la cláusula general prohibitiva del ilícito desleal», en VIERA GONZÁLEZ, A. J., y ECHEVARRÍA SÁENZ, J. A., *Distribución comercial y derecho de la competencia*, Ed. La Ley, Madrid, 2011, pp. 469 y ss.

<sup>62</sup> Así lo entiende, MELI, V., «Diligenza professionale, consumatore medio e regola di minimis nella prassi dell'AGCM e nella giurisprudenza amministrativa», en MELI, V., MARANO, P., (Dirs.) *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, Ed. G. Giappichelli, Torino, 2010, pp. 6 y ss. También, la jurisprudencia española ha matizado el criterio de la diligencia profesional en algunas de sus resoluciones. Por ejemplo, STS n.º 792/2009 de 16 de diciembre, de 2009 (Civil) (Roj: STS 8466/2009) [Ponente: Jesús Eugenio Corbal Fernández]. En la citada sentencia, se vincula la diligencia profesional de una entidad de crédito a la experiencia que esta tiene y a los medios con los que cuenta y en base a lo anterior declara que en los supuestos de utilización indebida de las tarjetas de crédito cabe estimar abusiva una cláusula que exonere a la entidad de responsabilidad en todo caso porque: «es notorio que, en ciertas circunstancias, las entidades bancarias pueden advertir utilizaciones indebidas empleando la diligencia que les es exigible en armonía con su experiencia y medios técnicos».

En definitiva, los comportamientos contrarios a la diligencia profesional y merecedores de reproche de deslealtad son, según el criterio de la Directiva, aquellos supuestos en los que el comportamiento del profesional, por sus características objetivas, se muestra estructuralmente capaz de afectar la libertad de elección o libre determinación de los consumidores.

De ahí la importancia de la delimitación del segundo criterio al que alude el legislador, este es, que la práctica comercial desleal «*distorsiona o puede distorsionar de manera sustancial, con respecto al producto de que se trate, el comportamiento económico del consumidor medio*». Se define este segundo requisito como: «*utilizar una práctica comercial para mermar de manera apreciable la capacidad del consumidor de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa haciendo así que éste tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado*» [art. 2 e)].

En relación con este segundo aspecto, se plantean dos problemas. Por un lado, si se atiende a la idoneidad para alterar el comportamiento económico, el legislador no solo decide perseguir aquella conducta que efectivamente altere la decisión comercial del consumidor, supuesto este más frecuente, sino también queda igualmente prohibida aquella que solo en abstracto, fuese objetivamente idónea para alterar el comportamiento del consumidor<sup>63</sup>. Por eso, su delimitación exige llevar a cabo una evaluación del comportamiento teniendo en cuenta su potencial influencia en el abstracto receptor. Se trata este de un juicio del hecho complejo, al menos en aquellos casos en los que el comportamiento no es reconducible a las prácticas que en cualquier caso se consideran agresivas o engañosas en el Anexo I por la Directiva 2005/29/CE. En los demás supuestos, la calificación de deslealtad de la conducta debe efectuarse con independencia del resultado, esto es, de la efectiva lesión a los intereses económicos de los consumidores. Tampoco se tendrá en cuenta la finalidad perseguida por el empresario al realizar la práctica comercial y, considerar que, si potencialmente es capaz de distorsionar el comportamiento económico del consumidor, esta debe ser declarada desleal.

Por otro lado, la redacción de la Directiva ha planteado dudas respecto a la posibilidad de que la cláusula general también sea de aplicación a aquellos supuestos en los que la práctica comercial se limita a influir el proceso de for-

---

<sup>63</sup> En este sentido, GARCÍA PÉREZ, R., «Las disposiciones generales y la cláusula general de la Ley de Competencia desleal a la luz de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, n.º 242, 2006, p. 69; MASSAGUER FUENTES, J., *El nuevo Derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, op. cit., p. 79 y GUERINONI, E., *Le pratiche commerciali scorrette. Fatispecie e rimedi*, Ed., Giuffrè, Milano, 2010, p. 109.

mación de las preferencias de los consumidores a la hora de comprar o de contratar un servicio<sup>64</sup>. Una interpretación literal de la Directiva implicaría que estos supuestos quedasen fuera de su ámbito de aplicación<sup>65</sup>. Por eso, el legislador español en la configuración de la cláusula general de la LCD decide no realizar una interpretación literal del texto original e introducir ligeras variaciones en su redacción, en las que incluye en el comportamiento económico del consumidor, la selección de una oferta u oferente [art. 4.1 a)]<sup>66</sup>.

La Directiva de prácticas comerciales desleales, en la configuración del segundo elemento de la cláusula general de deslealtad, introduce una matización importante, la alteración del comportamiento económico del consumidor debe ser «*sustancial*», en el sentido de apreciable o relevante. Este matiz no puede entenderse como la referencia a un elemento subjetivo, recordemos que la configuración del régimen de la citada Directiva se construye sobre criterios estrictamente objetivos, pero sí como una regla de *minimis* para evitar considerar *per se* desleales todas las prácticas comerciales que, por su naturaleza, intrínsecamente buscan guiar la atención del consumidor hacia la adquisición de determinados bienes o servicios de un competidor, modificando sus decisiones de compra.

De esta manera, la referencia a «*sustancial*» no se hace depender del número de sujetos afectados, sino del efecto que el comportamiento del operador abstractamente pueda provocar sobre la formación de la capacidad decisional del consumidor a la hora de contratar un determinado bien o servicio que le lleve a adoptar una determinada decisión comercial que, en otras circunstancias, no hubiese adoptado<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> Por ejemplo, las actividades publicitarias, que contribuyen a generar una imagen favorable para la empresa anunciante, y, en consecuencia, influyen en el proceso de formación de las preferencias de compra de los consumidores. Así, TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PE-TRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, *op. cit.*, p. 88.

<sup>65</sup> La expresión «*decisión sobre una transacción*» a la que se refiere el legislador comunitario en el art. 2 e) de la Directiva, incluye no solo la de adquirir un producto o no, sino también otras decisiones relacionadas con la transacción, en concreto, la decisión de entrar en la tienda. Sobre esta cuestión, puede consultarse: STJUE de 19 de diciembre de 2013 (Asunto C281/12).

<sup>66</sup> Así lo aconsejaba la doctrina, TATO PLAZA, «La Directiva comunitaria...», *op. cit.*, p. 17.

<sup>67</sup> Sobre este extremo, véase el Procedimiento n.º 18995 (PS19-tele2-Contratti a distanza), de 16 de octubre de 2008 de la AGCM. En este procedimiento se decidía sobre la deslealtad de una serie de prácticas agresivas contrarias al art. 26, primo comma, f) del *Codice de Consumo* realizadas por la sociedad Tele2, que es uno de los principales teleoperadores en Italia. En la memoria defensiva, Tele2 sostuvo como principal argumento el bajo número de consumidores afectados por la práctica desleal y, por tanto, la posibilidad de que no se declarase desleal su comportamiento. En este caso, los consumidores afectados no superaban el 1% de los contratos suscritos por la compañía. Por tanto, con base a esta baja cifra, se argumentaba que no se podía hablar de «*práctica anticompetitiva*». La AGCM a este aspecto respondió que la calificación de deslealtad de una conducta se caracteriza por ser abstractamente replicada a un consumidor general, sin que importe el número de sujetos afectados por la práctica.

En resumen, la cláusula general de deslealtad como núcleo central sobre el que se ha basado todo el sistema de competencia desleal de la Directiva 2005/29/CE, actúa en el plano sustantivo como un criterio corrector al que debe ajustarse la interpretación de las prácticas comerciales engañosas y agresivas que se configuran, a su vez, como dos supuestos específicos de prácticas comerciales desleales. Por eso, aunque los arts. 6 a 9 de la citada Directiva vienen a asumir todos los criterios que definen la noción de práctica comercial desleal en la cláusula general, su reconocimiento, implica, concretar la noción general de deslealtad, por lo que su tipificación es necesaria, no considerándose estos preceptos superfluos<sup>68</sup>.

#### 2.4 LA ADOPCIÓN DE MEDIOS EFICACES EN LA REPRESIÓN DE LAS PRÁCTICAS DESLEALES. UN MANDATO PARA LOS ESTADOS MIEMBROS

Si bien la Directiva 2005/29/CE, como hemos analizado, contiene la regulación sustancial de las prácticas comerciales desleales, otorga cierta libertad a los Estados miembros para que adopten medios adecuados y eficaces para luchar contra estas prácticas en interés de los consumidores, sin especificar el carácter público o privado de los procedimientos para luchar contra las prácticas comerciales desleales y tampoco el régimen de sanciones aplicables.

De esta manera, el legislador traslada a los países miembros la responsabilidad de incluir disposiciones legales en virtud de las cuales las personas que tengan un interés legítimo en combatir las prácticas comerciales desleales pue-

---

<sup>68</sup> STUYCK, J., TERRY, E., y VAN DYCK, T., «Confidence through fairness? The new Directive on unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market», *Common Market Law Review*, n.º 1, v. 43, 2006, pp. 132-134, proponen una interpretación alternativa de la cláusula general de deslealtad de la Directiva 2005/29/CE. Para estos autores, la citada cláusula actúa bajo tres niveles diferentes de prohibición. De manera que, nos encontraríamos ante una gran cláusula general de deslealtad (art. 5); una pequeña cláusula general de deslealtad (art. 6 a 9) y una lista negra de prácticas desleales engañosas y agresivas consideradas automáticamente desleales. Así, habría numerosas prácticas del *Black List* de la Directiva que, de acuerdo con la gran cláusula general, no necesariamente se considerarían desleales, porque las prácticas del Anexo I de la Directiva tienen una presunción de deslealtad independientemente de si pasan o no el umbral de injusticia marcado por la cláusula general. Respecto a la relación entre la gran cláusula general y la pequeña, los autores argumentan que ciertas prácticas engañosas y agresivas pueden existir por ser contrarias a la cláusula pequeña de deslealtad y no ser contrarias a la cláusula general de deslealtad en el caso de que no se pueda probar que el empresario ha actuado en contra de los requisitos de diligencia profesional. Esta última interpretación consideramos que consigue respetar la autonomía de la cláusula general de deslealtad como ilícito propio de competencia desleal, sin embargo, también entendemos que tiene una aplicabilidad limitada ya que una interpretación literal de la teoría que estos autores defienden iría en contra de la actitud integradora a la que creemos responde la estructura de la Directiva 2005/29/CE, cuestión que, por otra parte, creemos que los autores tratarían de evitar. Sobre esta cuestión puede consultarse CARONNA, F., «Tackling Aggressive Commercial Practices: Court of Justice Case Law on the Unfair Commercial Practices Directive 10 Years on», *European Law Review*, n.º 16, 2018, p. 887.

dan iniciar procedimientos judiciales y/o someter estas prácticas comerciales desleales a un órgano administrativo competente para que se pronuncie sobre las reclamaciones o para que entable las acciones judiciales pertinentes (art. 11).

El recurso a la expresión «y / o» a la que alude el legislador, deja claro que es admisible tanto una represión jurídico-privada como pública para la consecución de los objetivos de la Directiva 2005/29/CE, así como una combinación de ambas. También se ha dejado a la consideración de cada Estado miembro la elección de las sanciones para los casos de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la Directiva, y las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de estas, si bien, en este caso, se exige que sean eficaces, proporcionadas y disuasorias (art. 13).

En consecuencia, los Estados miembros han podido decidir entre la adopción de un procedimiento judicial o administrativo y la adopción de aquellas medidas apropiadas para la represión de las prácticas comerciales desleales que, generalmente se han reducido a la posibilidad de prever sanciones administrativas, multas penales o bien consecuencias de Derecho privado, por ejemplo, el ejercicio de acciones civiles para exigir el resarcimiento de daños y perjuicios<sup>69</sup>.

El legislador español en el momento de la transposición de la Directiva, decidió recurrir a una alternativa intermedia de aquellas propuestas por el legislador comunitario. Así, optó por la combinación de un sistema judicial y administrativo para la represión de estas prácticas. De manera que, cuando las prácticas desleales se cometiesen por las empresas en sus relaciones con los consumidores, estas quedan sometidas a un doble sistema de represión<sup>70</sup>.

Por un lado, el interés jurídico-privado en la represión de las prácticas comerciales desleales se promueve por vía judicial, a través de un proceso por competencia desleal que se sustancia por medio de los Juzgados de lo Mercantil. En este procedimiento el perjudicado por un acto de competencia desleal puede emprender las acciones civiles que prevé la LCD en su art. 32, entre las

---

<sup>69</sup> Sobre esta cuestión, *vid.* DE CRISTOFARO, G., «Infringement on the Prohibition of Unfair Commercial Practices and Tort Law» en SCHULZE, R. (Ed.), *Compensation of Private Losses. The evolution of Torts in European Business Law*, Ed. Sellier European Law Publishers, Munich, 2011, p. 116. También, POELZIG, D., «Private or Public Enforcement of the UCP Directive? Sanctions and Remedies to Prevent Unfair Commercial Practices», en VAN BOOM, W., GARDE, A. y AKSELI, O., *The European Unfair Commercial Practices Directive. Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems*, Ed., Ashgate, Surrey, 2014, p. 243.

<sup>70</sup> MASSAGUER FUENTES, J., «Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal», *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez*, n.º 27, 2010, p. 23; CARRASCO PERERA, Á., «Un mapa de situación: directivas de cláusulas abusivas, de prácticas desleales y de "derechos" de los consumidores», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 1, 2012, p. 87 y EMPARANZA SOBEJANO, A., «Las propuestas telefónicas o por correo electrónico no deseadas: un supuesto de práctica agresiva por acoso», *ADI*, n.º 31, (2010-2011), p. 159.

que se encuentra, la acción de cesación, remoción o indemnización de daños y perjuicios.

Por otro lado, el interés jurídico-público que se persigue en la represión de estas prácticas, iniciado de oficio o en virtud de denuncia, se sustancia en un procedimiento administrativo sancionador ante las autoridades competentes en materia de consumo, así lo establece el art. 47.3 del TRLGCU. Las resoluciones de estas autoridades están sujetas al control de los tribunales del orden contencioso-administrativo.

Así, en concordancia con los arts. 19 y ss. de la LCD, el art. 49.1.1) TRLGCU, tipifica como infracción administrativa «*El uso de prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios*», por lo que, en estos supuestos, resulta de aplicación la potestad sancionadora de la Administración en los términos previstos por dicho Texto Refundido y la legislación de general aplicación<sup>71</sup>.

Desde el punto de vista del Derecho de la competencia desleal, la distinción entre dos bloques diferenciados en función del sujeto afectado por la práctica desleal como consecuencia de la transposición de la Directiva 2005/29/CE al ordenamiento español, no tiene ninguna trascendencia en el régimen de acciones y la legitimación activa que sigue siendo el mismo. No obstante, desde el Derecho de consumo esta distinción sí que tiene trascendencia porque obliga a considerar las prácticas desleales con consumidores como infracciones de consumo y, por tanto, quedan sometidas al régimen sancionador de la TRLGCU (art. 47.3)<sup>72</sup>.

Además, el sistema público español de represión de las prácticas comerciales desleales contempla otra vía distinta de las autoridades de consumo. Así, el art. 3 LDC faculta a la Autoridad de Competencia española, es decir, a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) para reprimir mediante Derecho *antitrust* los actos de competencia desleal especialmente cualificados.

<sup>71</sup> Sobre los conflictos de competencia en materia de consumo, puede consultarse: MARTÍN VALDIVIA, S. M., «El Derecho administrativo sancionador en materia de consumo: De sarcasmos y aporías» en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), y SUÁREZ LÓPEZ, J. M., (Coord.), *Derecho y Consumo. Aspectos penales, civiles y administrativos*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013, pp. 645-648.

<sup>72</sup> En este sentido, TATO PLAZA, A., «El Derecho español contra la competencia desleal ante la codificación mercantil: estado actual y perspectivas de futuro» en MORILLAS JARILLO, M. J., PERALES VISCASILLAS, M. P., PORFIRIO CARPIO, L. J., (Dir.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Ed. Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2015, pp. 1.132 y 1.133, que advierte que la existencia de una pluralidad de órganos de control posibilita la adopción de decisiones contradictorias. En este sentido, también, ARROYO APARICIO, A., «Prácticas comerciales desleales y Derecho de la competencia: «Prácticas agresivas» (delimitación y análisis de casos)», *Revista de Derecho de la competencia y de la Distribución*, n.º 21, julio-diciembre 2017.

## 2.5 PUBLIC O PRIVATE ENFORCEMENT EN LA REPRESIÓN DE LAS PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES

El debate sobre la forma más efectiva de dar cumplimiento a la Directiva sobre prácticas comerciales desleales se ha reducido a la división entre la conveniencia de la aplicación privada (*private enforcement*) frente a la pública (*public enforcement*) o bien la coexistencia de ambas<sup>73</sup>.

A estos efectos, se entiende por *private enforcement* la aplicación del régimen de la Directiva a través de la promoción de litigios civiles ante los tribunales nacionales, por ejemplo, mediante la interposición de acciones por daños y perjuicios por quienes hayan sufrido un daño de aquellos que han infringido las normas nacionales basadas en la citada Directiva. El *private enforcement* puede llevarse a cabo mediante una acción individual, es decir, una persona física o jurídica inicia un procedimiento judicial para hacer valer sus derechos o bien una acción colectiva, supuesto en el que un grupo de personas inicia un solo procedimiento judicial para hacer valer sus derechos.

Por el contrario, se entiende por *public enforcement* la aplicación del régimen de la Directiva por parte de las autoridades nacionales o por la Comisión Europea, bien sea de oficio o en base a las denuncias efectuadas por los consumidores o las empresas<sup>74</sup>.

Las ventajas e inconvenientes de optar por un sistema u otro para reprimir estas prácticas, centra la discusión sobre el medio más efectivo para dar cumplimiento a la Directiva 2005/29/CE. La falta de determinación del legislador comunitario a la hora de definir el sistema a adoptar ha provocado una distorsión en la homologación del régimen para la represión de las prácticas desleales que se pretendía implantar en Europa.

Si se opta por el *public enforcement*, la ausencia de medios de las autoridades encargadas de la investigación de las prácticas comerciales desleales no les permite perseguir todas las prácticas que se cometen en el mercado. Es entonces cuando deviene eficaz la adopción de un sistema de *private enforcement* porque con ello se facilita la detección y denuncia de determinadas prácticas ilícitas que, de otra manera, quedarían en la sombra. En efecto, será el perjudicado por un comportamiento desleal el principal interesado en que se conozcan estos hechos para hacer efectivos sus derechos. No obstante, el ini-

---

<sup>73</sup> Para un análisis de las ventajas e inconvenientes del *private* y el *public enforcement*, puede consultarse: KLÖHN, L., *Private versus public enforcement of laws- a Law & Economics perspective*, 2010, disponible en: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1730308>.

<sup>74</sup> Vid. POELZIG, D., «Private or Public Enforcement of the UCP Directive? Sanctions and Remedies to Prevent Unfair Commercial Practices», *op. cit.*, p. 236.



cio de acciones individuales no es la mejor opción cuando se trata de comportamientos en masa, es decir, que afectan a un gran número de consumidores<sup>75</sup>.

Por eso, la opción de combinar el modelo del *private* y el *public enforcement* para la represión de las prácticas comerciales desleales se presenta como una de las más razonables, pues de esta manera se consigue incrementar la probabilidad de detectar y perseguir las prácticas comerciales desleales. Por tanto, la coexistencia de sanciones administrativas, civiles e incluso penales para perseguir estos ilícitos, entendemos que está plenamente justificada<sup>76</sup>.

La combinación de uno y otro sistema es la alternativa por la que se ha optado en el ordenamiento español. Sin embargo, las deficiencias de la solución adoptada empañan su utilidad. Ahora solo pondremos de relieve dos de sus principales inconvenientes que serán analizados con mayor detalle a lo largo de este trabajo:

1) La reticencia de nuestros tribunales a admitir la acción colectiva para la represión de las prácticas comerciales desleales que afectan a una pluralidad de consumidores; y

2) La infrautilización del art. 3 LDC como vía para la represión de las prácticas desleales más graves que falsean la libre competencia.

## 2.6 BALANCE FINAL DE LA DIRECTIVA 2005/29/CE Y EL NUEVO HORIZONTE EN LA TUTELA DEL CONSUMIDOR FRENTE A LAS PRÁCTICAS DESLEALES

Si bien es cierto que en materia de prácticas comerciales desleales no era la primera vez que se actuaba en el ámbito comunitario, se puede afirmar que la Directiva 2005/29/CE ha sido la reforma europea más importante para reprimir las prácticas comerciales desleales con los consumidores de cuantas se han emprendido con anterioridad.

---

<sup>75</sup> MARTÍ MOYA, V., «El modelo anglosajón y el public enforcement», en MIRANDA SERRANO, L. M. (Dir.), PAGADOR LÓPEZ, J., PINO ABAD, M., (Coords.), *La protección de los consumidores en tiempos de cambio. Ponencias y comunicaciones del XIII Congreso de la Asociación Sainz de Andino*, Ed. Iustel, Madrid, 2015, p. 136.

<sup>76</sup> A favor del recurso al Derecho penal para la represión de algunas prácticas agresivas más graves como las llamadas telefónicas insistentes a los consumidores, ROTT, P., «Effective enforcement of consumer law: the comeback of public law and criminal law», en DEVENNEY-KENNY, (Ed.), *European Consumer Protection*, Ed. Cambridge University Press, 2012, p. 81.

Aunque ya ha pasado un tiempo considerable desde su aprobación, su eficacia ha estado y está actualmente cuestionada. En concreto, se discute si ha permitido que el consumidor recobre su confianza en sus transacciones internacionales como era la pretensión del legislador comunitario al aprobar la Directiva en 2005. Los informes sobre el seguimiento de la Directiva, han manifestado las deficiencias de algunos Estados miembros en la adopción de medidas efectivas para restablecer el derecho individual del consumidor víctima de prácticas comerciales desleales<sup>77</sup>.

El resultado, es que existe una desproporción en el tratamiento del consumidor frente a las prácticas desleales en función de su país de procedencia<sup>78</sup>. Por tanto, el balance de la Directiva 2005/29/CE de prácticas comerciales desleales, es negativo. Su principal obstáculo se ha encontrado en armonizar su implementación en los ordenamientos de los Estados miembros, de manera que, por un lado, se blinde al consumidor frente a los engaños que pueda sufrir en la contratación de bienes o servicios y por otro lado, que este no sufra una merma significativa en su libertad comercial como consecuencia de una práctica agresiva llevada a cabo por el empresario y, una vez constatada la infracción, adoptar instrumentos efectivos para la represión de estas prácticas.

En consecuencia, las instituciones europeas han insistido recientemente en las lagunas que ha presentado el régimen de prácticas comerciales desleales introducido por la Directiva 2005/29/CE. Como resultado, se ha aprobado la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican la Directiva 93/15/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, la Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la UE que pretende establecer un nuevo marco de tutela de los consumidores frente a las prácticas desleales<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> Vid. Informe sobre la transposición, aplicación y ejecución de la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior y la Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, de 18 de diciembre de 2008.

<sup>78</sup> En este sentido, EUROPEAN COMMISSION, *Consumers conditions scoreboard. Consumers at home in the Single Market*, de 25 de julio de 2017.

<sup>79</sup> En la fecha de redacción del presente trabajo todavía no se tiene constancia de la aprobación de ningún texto definitivo. Por ello, nos remitimos a la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican la Directiva 93/15/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, la Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo* [COM (2018) 185 final].

Entre las propuestas se encuentra la de contemplar medidas correctoras individuales para los consumidores perjudicados por prácticas desleales, que se centran en adoptar un derecho a la resolución del contrato en el supuesto de que se haya concluido como consecuencia de prácticas engañosas y agresivas del empresario, o bien el derecho a la indemnización por daños y perjuicios a los consumidores víctimas de prácticas comerciales desleales. Con ello se confirman las dos principales tesis que defenderemos a lo largo de este trabajo. Por un lado, la necesidad de armonizar el régimen otorgado a las prácticas engañosas y agresivas por la Directiva 2005/29/CE con el Derecho contractual, y por otro, la necesidad de otorgar a los consumidores individuales mecanismos suficientes para incentivar la denuncia de estas prácticas ante las autoridades encargadas de velar por la lealtad en la competencia.

Otra medida que se anuncia en la propuesta de modificación de la Directiva y que afecta, en especial, a las prácticas agresivas, es que los Estados miembros podrán aprobar disposiciones más restrictivas que aquellas que contempla la Directiva de prácticas comerciales desleales para regular las visitas comerciales no solicitadas por el consumidor llevadas a cabo por el comerciante en el domicilio del consumidor. Este es el conocido como método «*door-to-door salesman*» que se ha cuestionado su deslealtad desde la aprobación de la Directiva 2005/29/CE de prácticas comerciales desleales. Se trata de una estrategia empresarial que no puede ser considerada automáticamente ilícita, no obstante, por las circunstancias en las que, de normal, se desenvuelve puede determinar su deslealtad.

También este régimen afecta a las llamadas «*excursiones comerciales*» en las que el empresario suele hacerse cargo de todos los costes del viaje del consumidor a cambio de someterle a prácticas agresivas para obtener su consentimiento en la compra de un bien o contratación de un servicio. Recordemos que este es el método que se siguió en España especialmente en la década de los noventa en el *time sharing* y sobre el que han recaído interesantes pronunciamientos judiciales que describen métodos agresivos para forzar el consentimiento del consumidor en la compra de este producto que en otras circunstancias no hubiese prestado y sobre los que se reflexiona en este trabajo. Ha quedado demostrado que estas prácticas pueden ser especialmente lesivas para los intereses de los consumidores, por dos razones. En primer lugar, porque la visita inesperada e insistente en los domicilios particulares de los consumidores sobrepasa los límites de la libertad comercial del operador por afectar al derecho a la privacidad del consumidor, y en segundo lugar, porque estas prácticas, en particular las excursiones comerciales, han puesto el foco sobre

los consumidores especialmente vulnerables, como el supuesto de los ancianos, siendo su represión, un problema de interés general<sup>80</sup>.

En consecuencia, las instituciones europeas conscientes del problema de las prácticas desleales en este tipo de ventas, proponen que los Estados miembros puedan ir más allá de las disposiciones que sobre las ventas agresivas y engañosas ha previsto la Directiva de prácticas comerciales desleales, siempre y cuando existan razones de privacidad o interés público que lo justifiquen, por entender que las mismas no tendrían incidencia significativa en el mercado único, siendo admisibles, por tanto, de acuerdo con el principio de subsidiariedad<sup>81</sup>.

### 3. Tercera fase: La Ley 29/2009, de 30 de diciembre

En España, la última etapa de la evolución constante de la disciplina de la competencia desleal se produce en 2009 con la transposición de la Directiva 2005/29/CE a nuestro ordenamiento interno mediante 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, y a la que ya nos hemos referido como Ley 29/2009.

La solución elegida por el legislador español para dar cumplimiento a los mandatos de la Directiva 2005/29/CE mediante la modificación de la LCD (1991) era la mejor opción posible<sup>82</sup>. Las razones, pueden sintetizarse de la siguiente manera:

1) La LCD (1991) ya disponía de un articulado que hacía referencia a su finalidad, disposiciones generales, cláusula general y tipificación de su-

---

<sup>80</sup> Sobre la deslealtad de las ventas «door to door» se pronuncia EUROPEAN COMMISSION, *Guidance on the implementation/application of directive 2005/29/EC on unfair commercial practices*, de 25 de mayo de 2016, disponible en: [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/guidance\\_on\\_implementation\\_of\\_directive\\_2005\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/guidance_on_implementation_of_directive_2005_en.pdf) p. 47.

<sup>81</sup> En este sentido, la Exposición de Motivos de la Propuesta de modificación de la Directiva, incide en la libertad de los Estados miembros para adoptar normas sobre determinadas formas y aspectos de las ventas fuera del establecimiento y establece que: «Aunque las ventas fuera del establecimiento constituyen una vía de comercialización legítima y consolidada, la propuesta aclara que la Directiva 2005/29/CE no impide que los Estados miembros adopten normas para proteger los intereses legítimos de los consumidores en lo que atañe a ciertas prácticas de comercialización o venta particularmente agresivas o engañosas en el contexto de visitas no solicitadas llevadas a cabo por comerciantes al domicilio de los consumidores o con respecto a las excursiones comerciales organizadas igualmente por comerciantes con el objetivo o el efecto de promocionar o vender productos a los consumidores, cuando tales restricciones estén justificadas por razones de orden público o de respeto de la vida privada».

<sup>82</sup> Por todos, TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, op. cit., p. 44.

puestos particularmente desleales, por lo que el régimen de la citada Directiva, centrado en una nueva cláusula general de deslealtad aunque circunscrita a las relaciones de consumo y el desarrollo de dos tipos de prácticas comerciales desleales como son las prácticas engañosas y agresivas, no resultaba extraño a la configuración de la Ley española contra la competencia desleal.

2) En España, las Comunidades Autónomas también tienen reconocidas competencias en materia de consumo. Por tanto, la transposición a través de la legislación de consumo, como han hecho otros países de nuestro entorno, así Italia o Francia, presentaba como problema adicional, el posible cuestionamiento de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, además de confundir el ya de por sí complejo marco normativo español en materia de consumo.

3) En el supuesto español, la opción de efectuar la transposición de la Directiva mediante la aprobación de una ley especial, hubiese quebrantado la unidad legislativa existente para la represión de las prácticas comerciales desleales con la que contaba el Derecho español. En efecto, esta opción implicaba dar un paso hacia atrás en la regulación de la disciplina de la competencia desleal que, como sabemos, había vencido su problema de dispersión normativa con la aprobación de la LCD (1991)<sup>83</sup>.

No obstante, el objeto de protección de la Directiva de prácticas comerciales desleales y los distintos tratamientos otorgados por el legislador español en la transposición en función del sujeto destinatario de la práctica, han supuesto una merma del tratamiento unitario de los actos de competencia desleal. En efecto, se afirma que la Ley 29/2009 resultante de este proceso de transposición, distorsiona el marco normativo de represión de los comportamientos desleales existente en nuestro país hasta la fecha, puesto que se diferencia el tratamiento de determinadas conductas en función del sujeto afectado por la práctica, rompiendo así con la coherencia sistemática que había caracterizado a la regulación represora de la competencia desleal en España<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> Esta opción, lejos de simplificar el régimen de la competencia desleal, hubiese implicado, como señalaba la doctrina acreditada, una excesiva fragmentación del Derecho español de la competencia desleal, construyendo una legislación especial y artificiosa sobre prácticas engañosas y agresivas con consumidores, poniendo en último término en peligro la interpretación de la disciplina y contribuyendo, aún más si cabe, a oscurecer el complicado panorama legislativo de la competencia desleal. *Vid. MAS-SAGUER, J., MARCOS, F., SUÑOL, A.*, "La transposición al Derecho español de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales. Informe del grupo de trabajo constituido en el seno de la Asociación española de Defensa de la Competencia", *Social Science Research Network*, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1734715>.

<sup>84</sup> Además, se critica el carácter dispersivo de la regulación de la competencia desleal en España. Un ejemplo, lo constituye la Ley 12/2013, que regula las relaciones comerciales entre los distintos in-

En consecuencia, como ya venimos anunciando en este trabajo, la regulación de las prácticas desleales de las empresas con los consumidores y usuarios en la legislación española represora de la competencia desleal deja al descubierto una regulación dividida y una más que excesiva casuística de comportamientos desleales con consumidores<sup>85</sup>.

Con la aprobación de la Ley 29/2009, el legislador español se limita a reproducir, con algunas excepciones, el régimen sobre prácticas comerciales desleales con consumidores contenido en la Directiva de prácticas comerciales desleales. Es de esta manera como la Ley española de competencia desleal, consigue tener pleno encaje con los mandatos comunitarios<sup>86</sup>. No obstante, en el proceso de transposición, el legislador español decide fragmentar artificiosamente la disciplina de la competencia desleal española en función del sujeto perjudicado por la práctica. Por un lado, la regulación de actuaciones desleales con carácter general, es decir, sin tener en cuenta la calidad del sujeto destinatario de la práctica (Capítulo II LCD) y por otro, un conjunto de prácticas comerciales que se consideran, en cualquier circunstancia, desleales si el destinatario es un consumidor (Capítulo III LCD).

---

tervinientes en la producción y distribución de productos alimentarios, materia que recordemos será objeto de modificación próximamente. Esta Ley, además de introducir determinadas exigencias formales y sustanciales en el ámbito contractual, tipifica diversos comportamientos como abusivos. La citada Ley no añade materialmente un contenido novedoso respecto a actos como el engaño o las prácticas agresivas ya tipificados como desleales en la LCD, sin embargo, faculta la tutela administrativa de estas prácticas. Sobre las prácticas desleales en el sector agroalimentario, puede consultarse: GONZÁLEZ CASTILLA, F., «La represión de las prácticas comerciales desleales en la cadena agroalimentaria europea» en GONZÁLEZ CASTILLA, F., y RUIZ PERIS, J. I., (Dir.), *Estudios sobre el régimen jurídico de la cadena de distribución agroalimentaria*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 183-198, en especial, pp. 197 y 198.

<sup>85</sup> A esta situación ha pretendido poner fin el Anteproyecto de Código Mercantil en el que se corrige la fragmentación que actualmente rige en la LCD en los Capítulos II y III y en el texto proyectado se tipifican con carácter general las prácticas engañosas (art. 322-2) y las prácticas agresivas (322-5). Sin embargo, se consideran prácticas engañosas y agresivas en particular (art. 322-4 y 322-6, respectivamente), aquellas conductas que «se desarrollen en relación con consumidores». En consecuencia, como señala TATO PLAZA, A., «El Derecho español contra la competencia desleal ante la codificación mercantil: estado actual y perspectivas de futuro», *op. cit.*, p. 1134, una vez más, el propósito de evitar la fragmentación subjetiva de la LCD se desvanece.

<sup>86</sup> El TJUE tiende a considerar que no se ha cumplido correctamente el deber de incorporar una Directiva comunitaria al Derecho interno si este no reproduce pura y simplemente las previsiones contenidas en aquella, y, en consecuencia, rechaza con contundencia los intentos de desviación. Sobre esta cuestión, MIRANDA SERRANO, L. M., «La protección del consumidor como ariete de la reforma del viejo Derecho privado, en especial, en la fase previa a la contratación de bienes y servicios», en MIRANDA SERRANO, L. M., (Dir.) PINO ABAD, M. y PAGADOR LÓPEZ, J. (Coord.), *La protección de los consumidores en tiempos de cambio*, Ed. Iustel, Madrid, 2015, p. 51. El Tribunal de Justicia ha rechazado sistemáticamente los intentos de desviación. En este sentido, *Vid.* STJCE de 23 de abril de 2009 (Asunto C-261/07 y C-299/07) y STJCE de 14 de febrero de 2010 (Asunto C304/08).

La doctrina<sup>87</sup> ha criticado en este punto la deficiente técnica legislativa utilizada por el legislador español para acometer la reforma que obligaba la Directiva. La reprobación, se ha argumentado sobre la base de dos razones fundamentales:

- (i) La quiebra de la unidad sistemática que tradicionalmente imperaba en la regulación de la disciplina de la competencia desleal en el ordenamiento español; y
- (ii) La duplicidad normativa a la que quedan sometidos los actos de engaño, las omisiones engañosas y las prácticas agresivas.

La división reproducida resultaba innecesaria si se recuerda que la Directiva solamente obligaba a tipificar como desleales con los consumidores las acciones u omisiones engañosas y las prácticas agresivas<sup>88</sup>, pero no excluía que los ordenamientos nacionales optasen por calificar esas mismas prácticas como actos de competencia desleal en general.

El resultado, es que en España nos encontramos con una regulación simultánea de prácticas comerciales engañosas, omisiones engañosas y las prácticas agresivas (arts. 5, 7 y 8 de la LCD respectivamente) como prácticas comerciales con carácter general y como prácticas comerciales desleales con los consumidores, así lo expresa el art. 19 de la LCD. Por su parte, se ha cuestionado si el resto de los preceptos del Capítulo II resultan de aplicación con independencia de quien sea el sujeto destinatario de la práctica, o si, por el contrario, estos solo resultan aplicables cuando estas conductas tengan como destinatarios a otros empresarios o profesionales. Sobre este asunto, consideramos acertada la idea que defiende que los preceptos del Capítulo II que

---

<sup>87</sup> GARCÍA PÉREZ, R., «Propuesta de Directiva sobre las prácticas comerciales desleales. Consideraciones críticas», *ADI*, n.º 24, 2003, p. 1.223; FERNÁNDEZ-NÓVOA RODRÍGUEZ, C., «La Directiva comunitaria sobre prácticas comerciales desleales», *op. cit.*, p. 2/10 (versión electrónica); TATO PLAZA, A., «La reforma del Derecho español contra la competencia desleal», *ADI*, n.º 455-472, 2009-2010, p. 465, y LEIÑENA MENDIZABAL, E., e IRACULIS ARREGUI, N., «La reforma del Derecho Español en materia de competencia desleal, protección de los consumidores y comercio minorista por la Ley 29/2009», *Revista doctrinal Aranzadi (civil)*, n.º 6, 2010, p. 3/31.

<sup>88</sup> De hecho la Exposición de Motivos de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales señalaba que esta «no comprende ni atañe a las leyes nacionales sobre prácticas comerciales desleales que perjudican sólo a los intereses económicos de los competidores o que se refieren a transacciones entre comerciantes; para tener plenamente en cuenta el principio de subsidiariedad, los Estados miembros seguirán teniendo la capacidad de regular esas prácticas, de conformidad con el Derecho comunitario si así lo deciden». Así lo han defendido, TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, Ed. La Ley, Madrid, 2010, p. 464 y MAMBRILLA RIVERA, V., «Los diversos intentos de transposición de la Directiva 2005/29/CE al Derecho interno español: incidencia de la reforma en los presupuestos generales y en la cláusula general prohibitiva del ilícito desleal», *op. cit.*, p. 463.

el art. 19 LCD no enumera expresamente como desleales con consumidores tienen un ámbito de aplicación general, y no solo se circunscriben a las actuaciones desleales que tengan como destinatarios a los empresarios o profesionales<sup>89</sup>. Esta interpretación, insistimos que es la más adecuada pero no obviamos que también encierra otro importante inconveniente: la posibilidad de que sea incompatible con los mandatos de la Directiva que advierte que no se puedan adoptar disposiciones más restrictivas que aquellas contempladas en la citada Directiva<sup>90</sup>.

Por ello afirmamos que si bien la aprobación de la LCD (1991) en España marcaba un cambio positivo en el rumbo de la disciplina de la competencia desleal al atender a los intereses de los consumidores, competidores y del mercado en que no existan prácticas comerciales desleales, con la reforma de la Ley 29/2009 se produce un retroceso en esta disciplina, puesto que para cumplir con los mandatos de la Directiva 2005/29/CE, solo se consigue una armonización parcial del Derecho de la competencia desleal al no tener en cuenta las prácticas desleales entre empresarios. Las razones por las que se decidió incidir en la armonización a nivel comunitario solo del primer aspecto ya han quedado suficientemente expuestas en este trabajo. Baste aquí recordar que era en este ámbito en el que se hacía necesario recuperar la confianza de los consumidores y evitar que las distintas legislaciones existentes en los Estados miembros en materia de competencia desleal hiciesen quebrantar la unidad de mercado que debía imperar en los países miembros. Sin embargo, en algunos supuestos también las prácticas desleales entre empresarios exigen un régimen especial de tutela como hemos defendido.

En consecuencia, el balance de la Ley 29/2009 cuando se cumple la primera década de su aprobación, no puede calificarse de positivo. La razón principal es el escaso número de resoluciones judiciales por prácticas agresivas

---

<sup>89</sup> Algunos preceptos del Capítulo II de la LCD tienen como destinatarios naturales a los consumidores. Este sería el supuesto de las conductas tipificadas por el artículo 16.1 (Discriminación), o el art. 17.2.a) (Venta a pérdida susceptible de inducir a error a los consumidores). No obstante, según TATO PLAZA, A., «La reforma del Derecho español contra la competencia desleal: rasgos generales», *ADI*, n.º 30, 2009-2010, p. 468, si se entendiera que los preceptos incluidos en el Capítulo II y que no tipifican conductas calificadas como prácticas desleales con los consumidores solo resultan de aplicación a las conductas que se desarrollan en el marco de relaciones entre empresarios o profesionales, los artículos antes citados que contemplan conductas que tienen como destinatarios naturales a los consumidores, serían de imposible aplicación.

<sup>90</sup> Situación que denuncia TATO PLAZA, A., *La reforma del Derecho español contra la competencia desleal: rasgos generales*, *op. cit.*, p. 468. Para el autor, cabría negar un incumplimiento de la Directiva en este punto si se entiende que, al tipificar -entre otras- conductas como la discriminación (art. 16.1), la venta a pérdida susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de un establecimiento [art. 17.2.a)], o las distintas modalidades de publicidad ilícita (art. 18), se pretende la tutela de bienes jurídicos distintos de los intereses económicos de los consumidores.



desleales que encontramos aunque los estudios demuestren que los consumidores españoles son unos de los más expuestos a las prácticas comerciales desleales de las empresas<sup>91</sup>.

En efecto, si bien se ha podido comprobar un notable incremento de las compras realizadas por internet<sup>92</sup> facilitándose con ello el intercambio de bienes y servicios en la eurozona, hay una notable diferencia entre las prácticas comerciales desleales experimentadas por los consumidores entre los países miembros que sitúa a los consumidores españoles entre aquellos europeos que más prácticas comerciales desleales soportan. Así, mientras que consumidores de países como Austria, Irlanda o Luxemburgo experimentan un menor número de prácticas comerciales desleales por parte de los empresarios, en otros países, entre los que se encuentra España, los consumidores son víctimas de prácticas comerciales desleales por parte de los empresarios con unos niveles muy superiores al resto. La falta de información al consumidor sobre sus derechos o la poca confianza en el funcionamiento del sistema de reclamaciones que tienen los consumidores son dos factores que explican que estos no encuentren incentivos para reclamar y que, pese a la armonización en las regulaciones represoras de la competencia desleal iniciada por el legislador comunitario en 2005, hay una gran desigualdad en el nivel de prácticas desleales que soportan los consumidores entre los países de la eurozona<sup>93</sup>.

---

<sup>91</sup> Vid. EUROPEAN COMMISSION, *Consumers conditions scoreboard. Consumers at home in the Single Market*, de 25 de julio de 2017.

<sup>92</sup> Según datos de la CNMC, el comercio electrónico supera en España los 30 mil millones de euros en el año 2017, un 25,7% más que el año anterior. Sobre este punto, puede consultarse: <https://www.cnmc.es/novedades/2018-07-06-el-comercio-electronico-supera-en-espana-los-30-mil-millones-de-euros-en-el>. A nivel comunitario, los consumidores en las compras transfronterizas encuentran un problema añadido que frena su expansión porque los minoristas se niegan a vender a clientes que se hallen en el extranjero, por ejemplo, bloqueando el acceso a los sitios web, redireccionando a los clientes a sitios web de otros Estados miembros o simplemente negándose a suministrar sus productos fuera de sus fronteras o aceptar pagos transfronterizos. Este fenómeno es el conocido como «*geoblocking*» o bloqueo geográfico. Según el Informe final de la investigación sectorial sobre el comercio electrónico, (EUROPEAN COMMISSION, *Final Report on the E-commerce Sector Inquiry*, COM (2017) 229 final, de 10 de mayo de 2017), algunas de estas restricciones territoriales pueden suscitar problemas de competencia. Para un estudio pormenorizado del *geoblocking* y de su impacto sobre el Derecho de la competencia, puede consultarse: MARTÍ MOYA, V., «El Mercado único digital y las restricciones a la competencia en el comercio online de bienes», *ADI*, n.º 37, 2016/2017, pp. 55 a 82.

<sup>93</sup> Para afrontar estas y otras cuestiones, la Comisión ha trabajado en una propuesta de actualización de las normas de protección de los consumidores y en reforzar la información que estos tienen para la consecución de sus derechos: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-1448\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1448_es.htm)



## CAPÍTULO II

### LAS PRÁCTICAS AGRESIVAS Y SU TIPICIDAD

#### I. PRESENTACIÓN

Aunque las prácticas agresivas eran un tipo de conducta comercial habitual entre las empresas en sus relaciones con los consumidores y su deslealtad era perseguible a través de distintos cauces, uno de ellos, como comportamiento contrario a la cláusula general de deslealtad del ex art. 5 de la LCD (1991), no fue hasta 2009, con ocasión de la transposición de la Directiva 2005/29/CE al ordenamiento español, cuando se tipifica como un supuesto especial de comportamiento desleal en la LCD. En consecuencia, se puede afirmar que la cristalización de la deslealtad de estas prácticas la marca la aprobación de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores. Su confirmación como comportamiento desleal supone, al fin, adoptar medidas contra una de las prácticas con efectos más perjudiciales para la confianza de los consumidores, como son las prácticas agresivas, despejando de esta manera las dudas sobre su deslealtad.

La consideración de las prácticas agresivas como supuestos especiales de comportamientos desleales, se fundamenta en el significativo efecto pernicioso que la presencia de estas prácticas había generado en el mercado, influyendo, y muy notablemente, sobre la capacidad de decisión del consumidor a la hora de contratar determinados bienes y servicios que, por naturaleza, debería ser libre, sin recibir ningún tipo de injerencias más que las admitidas por la actuación persuasiva del empresario con el afán de atraer hacia él la atención del consumidor.

Al tiempo de aprobarse la Directiva 2005/29/CE el problema de las prácticas agresivas se había incrementado con la implantación de algunos sistemas de comercialización por internet, cada vez más sofisticados, que reforzaban el

daño que estas prácticas podían suponer para los intereses de los consumidores, al tener un mayor efecto expansivo y, además, constituían un nuevo riesgo para el mercado del que se exigía que se adoptasen medidas efectivas<sup>94</sup>. Las nuevas técnicas de *marketing* a las que hacemos referencia, lejos de constituir una simple molestia para el consumidor en su libertad de elección a la hora contratar un determinado bien o servicio, eran auténticas presiones de compra de los operadores, que a la postre provocaban una merma considerable en la capacidad de los consumidores para adoptar una decisión consciente de compra.

El catálogo de prácticas agresivas del Anexo I, o más conocido como *Black List* de la Directiva 2005/29/CE, ha incluido muchas conductas que ya estaban cubiertas por el Derecho penal, por ejemplo, el delito de coacción del art. 172 CP o por el Derecho civil, así, el régimen de vicios del consentimiento de los arts. 1265 y ss. del CC. Sin embargo, con la citada Directiva se presenta una alternativa desde el Derecho de la competencia desleal para proteger los intereses de los consumidores y una oportunidad idónea para crear nuevos instrumentos que garanticen sus derechos. Con su aprobación, se eleva el estándar de protección de los intereses de los consumidores en sus relaciones comerciales, además de facultarse, entre otras, la aplicación pública del régimen que esta establece, sin necesidad de que se tenga que iniciar un proceso penal o civil para exigir responsabilidades<sup>95</sup>.

El resultado es una serie de preceptos que regulan las prácticas agresivas en la LCD siguiendo la estela de la Directiva, que dotan al Derecho español de un completo régimen para su represión. En especial, debemos aplaudir el particular esfuerzo del legislador comunitario por adoptar una terminología neutra para adaptarse a los nuevos retos que se le presentan diariamente al Derecho de la competencia desleal, aunque, como se estudiará, presenta algunos problemas de delimitación con otros ámbitos del Derecho. Además, ha sido positivo el esfuerzo de detallar las circunstancias que se tienen en cuenta en la determinación de la deslealtad de la conducta que otorga mayor seguridad jurídica en el análisis de esta compleja figura.

---

<sup>94</sup> La doctrina se hacía eco de la necesidad de reforzar el papel de los consumidores y de las asociaciones en la disciplina de la competencia desleal como una herramienta valiosa para terminar con las prácticas agresivas de los competidores menos escrupulosos que tanta alarma social habían generado. En este sentido, EMPARANZA SOBEJANO, A., «El régimen jurídico de las prácticas comerciales desleales con los consumidores...», *op. cit.*, 11/18. También sobre los antecedentes de la aprobación de la Directiva de 2005, *Vid.*, MAMBRILLA RIVERA, V., «Comunicaciones electrónicas y prácticas comerciales desleales», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n.º 15, 2014.

<sup>95</sup> Para mayores detalles puede consultarse: EUROPEAN COMMISSION, *Guidance on the implementation/application of directive 2005/29/EC on unfair commercial practices*, de 25 de mayo de 2016, disponible en: [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/guidance\\_on\\_implementation\\_of\\_directive\\_2005\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/guidance_on_implementation_of_directive_2005_en.pdf)

## II. ORIGEN

### 1. Primera fase: De la publicidad molesta a las prácticas agresivas desleales

Los criterios que se han seguido para la actual tipificación de las prácticas agresivas desleales se nutren de los principios de la publicidad molesta (*belästigende Werbung*)<sup>96</sup> desarrollados por el Derecho alemán<sup>97</sup>.

En efecto, la publicidad molesta fue considerada por la doctrina y la jurisprudencia como una modalidad de publicidad desleal por causarle al destinatario un significativo inconveniente, bien invadiendo de forma innecesaria ámbitos de su esfera privada o bien utilizando técnicas con las que presionar al consumidor para que accediese a determinadas ofertas comerciales. En Alemania, para la represión de este tipo de publicidad se recurrió, en una primera etapa, a la cláusula general prohibitiva de deslealtad de la UWG y más tarde, con la reforma de 2004 se incluyeron como comportamientos desleales algunos de los que posteriormente integrarían la noción de práctica agresiva de la Directiva 2005/29/CE.

La Directiva sobre prácticas comerciales desleales parte de la idea de publicidad molesta, la reelabora y crea un concepto *ex novum* en el Derecho europeo de competencia desleal para definir aquello que se entiende por prácticas agresivas desleales. En este nuevo concepto que maneja el legislador comunitario, no pasa desapercibida la sustitución del término «molesto» por «agresivo», este último con una marcada connotación penalista, ni tampoco la utilización del término «acoso» y «coacción» como elementos típicos para

---

<sup>96</sup> Dentro de la categoría de publicidad molesta se incluyen las modalidades más importantes de publicidad directa, que se define como aquella en la que se entabla un contacto directo entre anunciante y consumidor en el que este último se ve sometido a un grado de presión mayor que el que deriva de la publicidad mecanizada que es aquella que se dirige a la gran masa de consumidores. De esta manera, se afirma que la publicidad directa constituye el núcleo fundamental de la publicidad molesta (*belästigende Werbung*). Así, SCHRICKER, G., «Situación actual y evolución del Derecho de la publicidad en la República Federal de Alemania», en LEMA DEVESA, C., *Problemas actuales del Derecho de la Publicidad*, Ed. Instituto Nacional de Publicidad, Madrid, 1984, p. 221, si bien advierte que la «publicidad molesta no tiene que ser necesariamente desleal». En este sentido, se consideraría desleal «cuando la vejación al consumidor alcanza un nivel tal, que ya no puede exigirse por más tiempo que soporte la publicidad».

<sup>97</sup> Hacen referencia al origen alemán de las prácticas agresivas, FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., «La Directiva comunitaria sobre prácticas comerciales desleales», *op. cit.*, p. 6/10 (versión electrónica). Además, PALAU RAMÍREZ, F., «La Proyectoada legislación alemana contra la competencia desleal y su valoración a partir de la legislación española», *Estudios sobre consumo*, n.º 67, 2003, p. 41, quien en un análisis comparado de la legislación española de competencia desleal y la alemana, advierte que la falta de tipificación de las prácticas molestas en la Ley española a diferencia de lo que sí sucedía en Alemania en el §4 *Beispieler unlauterer Wettbewerbs* de la UWG, no habría llevado a un enjuiciamiento material distinto en España de los supuestos contemplados por la Ley alemana.

definir el supuesto, también más próximos al ámbito penal que al mercantilista. Por ello, muchos autores han cuestionado la dureza con la que se han configurado los elementos del tipo de estas prácticas, que se considera el principal escollo para su persecución a través del Derecho de la competencia desleal<sup>98</sup>.

## 2. Segunda fase: Ilícitos de elaboración jurisprudencial

Si bien con anterioridad a la aprobación de la Directiva 2005/29/CE y a su transposición a nuestro ordenamiento interno, las prácticas comerciales agresivas no conformaban una categoría especial de ilícito desleal en la LCD (1991), su falta de reconocimiento expreso no era óbice para que este tipo de prácticas, tal y como las entendemos hoy en día, pudiesen ser reprimidas por tratarse de un comportamiento contrario a la buena fe que debía regir en las relaciones mercantiles. No obstante, la ausencia de un concepto jurídico de prácticas agresivas en la LCD (1991) que estableciese las circunstancias por las que una práctica de este tipo se consideraría desleal, había propiciado un escenario incierto en su persecución.

En el contexto descrito, se podía optar por reprimir las prácticas comerciales agresivas bajo otros preceptos de la legislación de competencia desleal que por aquel entonces se encontraban en vigor, como eran, la ya anunciada cláusula general de deslealtad que se encontraba en el ex art. 5 de la LCD (1991)<sup>99</sup>; el ex art. 8<sup>100</sup> LCD (1991) que llevaba por título «Obsequios, primas

---

<sup>98</sup> Así, FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., «La Directiva Comunitaria sobre prácticas comerciales desleales», *op. cit.*, p. 7/10 (versión electrónica), manifiesta que el lenguaje amenazador o insultante no es propio de un diálogo publicitario, cuyas características son la amabilidad y la persuasión. También, en este sentido, DÍEZ BAJO, A., «Artículo 8. Prácticas agresivas», en LEMA DEVESA, C. (Dir.), PATIÑO ALVES, B. (Coord.), *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores: Régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29/2009*, Ed. Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2012, p. 209.

<sup>99</sup> Sobre la posibilidad de represión de estos actos por el art. 5 LCD (1991) al amparo de la cláusula general de deslealtad, puede consultarse, DÍEZ ESTELLA, F., «Los nuevos actos de competencia desleal contra los consumidores en la Ley 29/09 de 30 de diciembre, especial referencia a las prácticas agresivas», en VIERA GONZÁLEZ, A. J., y ECHEVARRÍA SÁENZ, J. A., *Distribución comercial y derecho de la competencia*, Ed. La Ley, 2011, p. 545; MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, P., «La deslealtad de las prácticas comerciales agresivas entre competidores», *ADI*, n.º 32 (2011-2012) p. 177; MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a...*, *op. cit.*, p. 159 o PALAU RAMÍREZ, F., «Prácticas agresivas...», *op. cit.*, p. 147.

<sup>100</sup> El art. 8 LCD (1991) titulado Obsequios, primas y supuestos análogos, establecía que: «La entrega de obsequios con fines publicitarios y prácticas comerciales análogas se reputarán desleales cuando, por las circunstancias en que se realicen, pongan al consumidor en el compromiso de contratar la prestación principal. 2. La oferta de cualquier clase de ventaja o prima para el caso de que se contrate la prestación principal se reputará desleal cuando induzca o pueda inducir al consumidor a error acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento o cuando le dificulte gravemente la apreciación del valor efectivo de la oferta o su comparación con ofertas alternativas. Estas últimas

y supuestos análogos» o bien, supuesto este menos frecuente, si se trataba de conductas prohibidas por normas de comercio interior, podían considerarse, actos de competencia desleal por violación de normas del art. 15 LCD (1991) <sup>101</sup>.

En efecto, la LCD (1991) tenía distintos cauces para reprimir las llamadas «prácticas molestas», antesala de las prácticas agresivas, que habían surgido en el mercado para limitar la libertad económica del consumidor en sus transacciones comerciales, sin perjuicio de la posibilidad de reprimir estas prácticas mediante la invalidez del contrato suscrito por aplicación del régimen de vicios del consentimiento de los arts. 1265 y ss. del CC.

Entre las primeras prácticas agresivas de creación jurisprudencial <sup>102</sup>, se encontraba un amplio catálogo de casos que recuerdan a la actual regulación de las prácticas agresivas desleales. Los supuestos a los que hacemos referencia, sin ánimo de ser exhaustivos, son los siguientes: las ofertas realizadas a personas del círculo más cercano del oferente o aquellas en las que el ofendido por el acto de competencia desleal tuviese alguna vinculación especial; las ventas denominadas de «marketing directo» <sup>103</sup>, aquellas concluidas por el ejercicio de un abuso de autoridad del sujeto activo <sup>104</sup> o los envíos no solicitados de productos. Estos últimos, conocidos por su terminología germánica «Zusendung unbestellter Waren», son prácticas, especialmente agresivas, consistentes en remitir al consumidor mercancías, sin que aquel las hubiere solicitado previamente al empresario con la finalidad de que, por falta de tiempo o de ánimo para decidir lo contrario, las adquiriera definitivamente y pague el precio demandado por el comerciante <sup>105</sup>.

---

*circunstancias se presumirán verificadas cuando el coste efectivo de la ventaja exceda del quince por ciento del precio de la prestación principal. 3. La subordinación de la conclusión de un contrato a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guarden relación con el objeto de tal contrato se reputará desleal cuando concorra alguna de las circunstancias previstas en el apartado anterior».*

<sup>101</sup> En especial, PALAU RAMÍREZ, F., «Prácticas agresivas...», pp. 148 y 149.

<sup>102</sup> En este sentido, DIEZ BAJO, A., «Artículo 8. Prácticas agresivas...», *op. cit.*, p. 206.

<sup>103</sup> Entendemos como técnicas de marketing directo, las prácticas en las que existe un contacto personalizado entre el comercial y el consumidor. Algunos de estos ejemplos, pueden ser las ventas realizadas en la calle, buzones, teléfono, fax, o por correo electrónico. Estas técnicas de marketing directo no pueden ser consideradas en todo caso una conducta agresiva desleal, sino que solamente tendrían la consideración de desleal, si se realizaban de manera persistente o contra la voluntad expresa del consumidor. Sobre las técnicas de marketing directo, puede consultarse TATO PLAZA, A., «Aspectos jurídicos del spam», en COSTAS COMESAÑA, J., FERÁNDIZ LÓPEZ, J. M., MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., *et al.*, *Publicidad, defensa de la competencia y Protección de Datos*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 57.

<sup>104</sup> Ver las reflexiones y los ejemplos que enumera PALAU RAMÍREZ, F., «Prácticas agresivas...», *op. cit.*, pp. 148 y 149. De entre estos, queremos destacar la práctica llevada a cabo en el ámbito académico en la que el profesor no se limita a recomendar un libro de texto entre sus alumnos, sino que por las manifestaciones que efectúa, los alumnos sienten que la nota final depende de la compra del citado libro.

<sup>105</sup> Sobre la práctica agresiva conocida como «envíos no solicitados», puede consultarse, ARROYO APARICIO, A., «Prácticas comerciales desleales y Derecho de la competencia: «Prácticas agresivas» (delimitación y análisis de casos)», *op. cit.*

De entre los distintos sectores en los que se habían producido estas ventas de las que se dudaba su legalidad y que posteriormente constituyen el germen de las prácticas agresivas, se puede extraer una nota común: el empresario se aprovecha de la situación de especial vulnerabilidad que está atravesando el consumidor y le fuerza a la contratación del bien o servicio. Además, el empresario se vale de algunas técnicas, como la insistencia agobiante al consumidor, para ofrecer sus bienes o servicios, de manera que atrae deslealmente su atención hacia sus promociones.

El sector inmobiliario, por la burbuja en la que ha estado inmerso durante años, es el que ha centrado la atención de los principales pronunciamientos por técnicas de venta ilegales afines al actual concepto de práctica agresiva. La razón se encuentra en que se trata de un sector que vivía en España un notable auge en los años 90 que propició que fuese objeto durante años de técnicas de comercialización agresivas de sus productos, centradas en que los vendedores inmobiliarios utilizaban medios de presión sobre los clientes con el propósito de que estos suscribieran contratos de forma inmediata y cuasi irreflexiva.

Este nivel de «*insoportable molestia*» que ejercía el empresario sobre el destinatario, era el que al final le llevaba a formalizar el contrato<sup>106</sup>. En efecto, técnicas de venta basadas en la insistencia agobiante del vendedor, la oferta momentánea, la promesa de premios, el aislamiento, la premura en la firma de documentos esenciales de la venta o incluso la exigencia de permanecer en el establecimiento del empresario hasta la formalización del contrato, le provocaban al consumidor un clima verdaderamente hostil del que le resultaba muy difícil escapar sin haber sucumbido a las exigencias del empresario<sup>107</sup>. Todas estas técnicas de venta la jurisprudencia no dudó en catalogarlas como irregulares<sup>108</sup>, si bien, no por ser contrarias a alguno de los preceptos que hemos

---

<sup>106</sup> La STS n.º 500/2013, de 10 de julio, de 2013 (Civil) (RJ 2013\5197) [Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas] se pronuncia sobre esta cuestión con ocasión de la concesión del término de desistimiento.

<sup>107</sup> Vid., DIEZ BAJO, A., «Artículo 8. Prácticas agresivas», *op. cit.*, p. 206.

<sup>108</sup> Estas técnicas se desarrollaron en el marco de los contratos de aprovechamiento por turnos de inmuebles vacacionales. En este sentido, SAP Las Palmas (Sección 4.ª) n.º 313/2000, de 14 de junio, de 2000 (JUR 2001\15014) [Ponente: Víctor Caba Villarejo], que reproduciendo el escenario anteriormente expuesto de técnicas de venta poco ortodoxas de las inmobiliarias, señala que: «*Esta forma de contratación en masa debido a las técnicas de venta agresiva, sin duda impide realizar una opción sosegada y reflexiva sobre las condiciones esenciales y accesorias del objeto del contrato y por ello es esencial contar con la garantía del derecho de desistimiento y el de resolución, para que transcurrido un plazo prudencial con oportunidad de asesoramiento técnico pueda calibrarse adecuadamente el alcance del contrato y pueda desligarse o retractarse válidamente del vínculo concertado sin penalización alguna. Además en la firma de los documentos esenciales de la venta, ciertamente puedo [sic] distorsionarse la realidad y viciarse el consentimiento prestado por los apelantes con la proyección prevista en el art. 1300 del CC en orden a la nulidad del contrato celebrado (arts. 1265 y 1266), pues como expresa la sentencia del TS de 17 de octubre de 1989 “El error de vicio del consentimiento, previsto en el art. 1266 CC, constituye un falso conocimiento de la realidad, capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efecti-*



anunciado de la LCD (1991) que podían servir para su persecución, sino mediante la consideración de la concurrencia de algún vicio del consentimiento de los arts. 1265 y ss. del CC, al considerar que el consentimiento prestado por el contratante bajo las condiciones descritas no fue, en ningún caso, libre.

### 3. Tercera fase: La cristalización de las prácticas agresivas en la LCD

Como es sabido, la Directiva 2005/29/CE opta por definir las prácticas comerciales desleales en su art. 5 y concretar en los arts. 8 y 9, un régimen especial para las prácticas agresivas. Este régimen se completa con el Anexo I de la citada Directiva en el que se establece un listado de prácticas agresivas más frecuentes en el mercado y que se consideran en sí mismas desleales. Todos los preceptos que regulan las prácticas agresivas desleales en la citada Directiva tienen como denominador común garantizar la libre elección del consumidor en sus transacciones comerciales, esto es, que el consumidor tenga plena libertad económica en sus relaciones comerciales de manera que adopte decisiones libres e informadas y que no vea mermada significativamente su libertad por las injerencias impropias de los operadores.

En la transposición de la citada Directiva al ordenamiento español, la LCD queda dividida en dos bloques en función de quien sea el destinatario de la práctica. Así, el art. 19.1 LCD establece que únicamente tendrán la consideración de prácticas agresivas con los consumidores y usuarios, las previstas en el Capítulo III, entre las que se encuentran los arts. 28 a 31 que regulan

---

*vamente querida*". También, la SAP Las Palmas (Sección 2.ª) n.º 173/1999, de 5 de junio, de 1999 (AC 1999/1243) [Ponente: Nicolás Martí Sánchez] se pronuncia sobre el clima que se vivía en la isla con estas técnicas irregulares de venta que habían empezado a ejercer los empresarios de multipropiedades o «*timesharing*» en el que se advertía que no era de extrañar que «*quienes suscriben un documento de formalización de uno de esos contratos acaben acudiendo, cada vez con más frecuencia, a los Juzgados y Tribunales de Justicia para solicitar amparo ante los intentos inútiles de conseguir una solución amistosa (...)*. La indicada litigiosidad es fruto, al menos en gran medida, del "modo de operar, a la vez agresivo, zalamero y de "comida de coco" utilizado por los "vendedores" y demás personal colaborador de tales empresarios para captar clientes, con empleo de tácticas muy estudiadas que terminan por camelar y derrotar a sus "víctimas" –pues en esto se convierten en realidad las personas sobre las que actúan tenaz y hábilmente dichos "vendedores" y empleados del empresario de "timesharing"». Para una reflexión sobre la merma significativa de la libertad de elección del destinatario que producen estas prácticas, Vid. SAP Vizcaya (Sección 5.ª), n.º 214/2006, de 8 de mayo de 2006 (AC/2007) [Ponente: Magdalena García Larragán]. La sentencia, reproduce el empleo de argucias e imprecisiones por parte de un empresario de multipropiedad en el que no dejaba posibilidad alguna a los destinatarios de formar sosegadamente su voluntad contractual, y les abocaban a la firma de un contrato de compleja redacción, sin margen material de tiempo para estudiarlo con detenimiento y negociar su contenido. Además, se argumenta que el profesional aprovechaba la confusión generada al consumidor mediante estas técnicas de venta, para que firmase una letra de cambio en blanco. El tribunal concluye que los actores ejercieron una presión suficiente sobre los destinatarios para entender viciado su consentimiento con un actuar ajeno a la buena fe.

las prácticas agresivas desleales bajo cualquier circunstancia y las previstas en el art. 8 que constituye una cláusula general de los actos de agresión<sup>109</sup>.

En los arts. 28 a 31 LCD se incluye una enumeración de supuestos concretos de prácticas agresivas que se considerarían desleales bajo cualquier circunstancia si se realizan con consumidores (art. 19.2 LCD). De manera que, la *Black List* de prácticas comerciales desleales al que hace referencia la Directiva 2005/29/CE en su Anexo I, se introduce en la LCD en el Capítulo III que comprende los arts. 19 a 31 LCD y en el que se encuentran reguladas las prácticas agresivas con consumidores. Además, por el enfoque del art. 8 de la LCD que se refiere a «*destinatario*» y no a consumidor, se configura simultáneamente como un precepto que atiende a comportamientos desleales con carácter general y como prácticas comerciales desleales con consumidores por estar citado expresamente en el art. 19 de la LCD.

Si bien no puede afirmarse que exista abundante reflejo jurisprudencial del régimen de prácticas agresivas introducido por la Directiva de prácticas comerciales desleales, al menos en España, es cierto que el señuelo de los «*falsos premios*», mediante el uso de prácticas agresivas, sobre todo, con la utilización de medios electrónicos como canal de comunicación, ha sido una de las prácticas desleales más extendida y perseguida<sup>110</sup>. Se ha discutido la naturaleza de este ilícito, configurado como agresivo *per se* de acuerdo con el apartado 31 del Anexo I de la Directiva. Para algunos autores estaríamos ante un ilícito más próximo al engaño que a la agresión<sup>111</sup>. Esta idea, creemos que se confirma con la decisión del legislador español en la que clasifica esta práctica como engañosa bajo cualquier circunstancia (art. 22.6 LCD) y entiende que las posibles prácticas agresivas utilizadas por el profesional para hacer creer que el consumidor ha ganado un premio, quedan absorbidas por el ilícito de engaño, siendo esta, a nuestro entender, una muestra más que las prácticas agresivas han quedado eclipsadas por las prácticas engañosas<sup>112</sup>.

---

<sup>109</sup> DÍEZ ESTELLA, F., «Los nuevos actos de competencia desleal contra los consumidores en la Ley 29/09 de 30 de diciembre, especial referencia a las prácticas agresivas», *op. cit.*, p. 546.

<sup>110</sup> *Vid.*, STJUE de 18 de octubre de 2012 (Asunto C-428/11).

<sup>111</sup> En este sentido, KÖHLER, H., «Congratulations, ¡you have won! New standards apply to announcements of wins: A discussion of Purely Creative and others», *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, n.º 5, vol. 8, 2013, p. 401.

<sup>112</sup> La SAP Barcelona (Sección 16.ª), n.º 323/2014, de 26 de junio, de 2014 (AC 2014\1457) [Ponente: Marta Rallo Ayezuren] declara desleal por engañosa la comunicación dirigida a un consumidor, con tipografía agresiva y abigarrada, en la que destacan en grandes caracteres la cifra de 18.000 euros y contienen afirmaciones tan inequívocas como que «*el Sr. Ruperto va a recibir los 18.000 euros, por lo que un aviso de localización urgente es enviado hoy a Zuera*» (domicilio del actor); «*ganador 18.000 euros*»; «*responda desde hoy mismo Sr. Ruperto o entonces usted renuncia a recibir su premio*»; «*los distintos ganadores serán o ya han sido avisados individualmente del envío de su premio*», «*Sr. Ruperto, confirmo la atribución de 18.000 euros por cheque bancario*»; «*le invito a solicitar lo que se le debe lo más rápido posible*».

### III. CONCEPTO Y TIPOLOGÍA DE PRÁCTICAS COMERCIALES AGRESIVAS

#### 1. La noción general de «práctica agresiva»

El concepto de «práctica agresiva» se encuentra en el art. 8 de la LCD, que es el resultado de refundir en un solo precepto, el régimen sobre prácticas agresivas que la Directiva 2005/29/CE contempla en sus arts. 8 y 9, dedicado el primero a otorgar una definición sobre prácticas agresivas y el segundo a concretar aquellas circunstancias determinantes de la existencia de acoso, coacción o influencia indebida.

Según definición comunitaria se entiende por práctica agresiva *«toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, merme o pueda mermar de forma importante, mediante el acoso, la coacción, incluido el uso de la fuerza, o la influencia indebida, la libertad de elección o conducta del consumidor medio con respecto al producto y, por consiguiente, le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otra forma no hubiera tomado»* (Art. 8 Directiva 2005/20/CE).

Sin embargo, en la redacción española se introducen tres elementos que no están presentes en la redacción comunitaria y que marcan el posterior enfoque generalista del precepto<sup>113</sup>. Los tres elementos a los que hacemos referencia son:

1) El cambio de la terminología *«práctica comercial»* al que alude el legislador comunitario, por el de *«comportamiento»* al que se refiere el legislador español, con el objeto de que se alcance a toda conducta comprendida en el ámbito de aplicación objetivo de la Ley (art. 2). En efecto, el concepto de *«práctica»* es por su naturaleza, más restringido que el de *«comportamiento»*, porque podría incurrirse en el riesgo de que dependiese de una conducta continuada para considerarse práctica. Sin embargo, como ha advertido el TJUE<sup>114</sup>, se corresponde con el concepto de *«práctica comercial»* en el sentido de la Di-

<sup>113</sup> Así, Vid., DIEZ BAJO, A., «Artículo 8. Prácticas agresivas», *op. cit.*, pp. 211 y 212.

<sup>114</sup> En este sentido, STCE de 16 abril de 2015 (Asunto C-388/13), que en respuesta a la cuestión prejudicial promovida por la Kúria (Hungría), mediante resolución de 14 de mayo de 2013, recibida en el Tribunal de 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»*.

rectiva sobre prácticas comerciales desleales, un solo comportamiento que afecte a un consumidor. No obstante, el legislador español prefiere utilizar el término «*comportamiento*» al definir las prácticas agresivas para evitar dudas interpretativas al respecto.

2) Se reemplaza la referencia del «*consumidor medio*» por el de «*destinatario*», con el objeto de aprobar un precepto que sirva para regular con carácter general, las prácticas comerciales agresivas, ya sea entre empresas o entre estas y los consumidores, de ahí la mención a destinatario y no a consumidor. Con ello implícitamente el legislador español viene a reconocer que el régimen del art. 8 LCD resulta aplicable, además de a las prácticas agresivas que tienen como destinatarios a los consumidores, a las que se produzcan en las relaciones *peer-to-peer*, es decir, entre empresarios y profesionales<sup>115</sup>. Todo ello, pese a la previsión del art. 19 LCD que entiende que únicamente tendrán la consideración de prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios, las previstas en el Capítulo III de la LCD y, en lo que nos interesa, las del art. 8 LCD.

Ahora bien, esta generalización a la que se ha sometido a las prácticas agresivas no obsta a que la cualidad del sujeto destinatario de la práctica no se tenga en cuenta para determinar las características y circunstancias de realización del acto (art. 8.1 LCD) y con ello ponderar si concurren los restantes elementos determinantes de la práctica agresiva<sup>116</sup>. En este sentido, se ha defendido<sup>117</sup> la aplicación del citado precepto para enjuiciar aquellos supuestos de venta multinivel en que los intermediarios son agentes o autónomos y no consumidores, en el que la obtención de una ganancia excesiva podría considerarse un acto de presión, y, por tanto, una práctica agresiva por influencia

---

<sup>115</sup> La generalización del ilícito del régimen de las prácticas agresivas del art. 8 LCD, tiene su razón de ser en la unidad sistemática que había caracterizado al Derecho represor de la competencia desleal español con anterioridad a la transposición de la Directiva 2005/29/CE. Por ello, a pesar de que en la reforma del régimen de competencia desleal español con objeto de la transposición de la citada Directiva, esta unidad no siempre se respetase y pese a que las prácticas agresivas se trata de conductas desleales menos probables en las relaciones entre empresarios, el legislador español configuró el ilícito del art. 8 LCD de manera que se tratase de un régimen aplicable a las relaciones entre empresarios y consumidores y aquellas en las que solamente los empresarios están involucrados. Así lo entienden, entre otros, MASSAGUER FUENTES, J., «Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal», *op. cit.*, p. 21; PALAU RAMÍREZ, F., «Prácticas agresivas...», *op. cit.*, p. 153 o ARROYO APARICIO, A., «Artículo 8. Prácticas agresivas» en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 202.

<sup>116</sup> En este sentido, DÍEZ ESTELLA, F., «Los nuevos actos de competencia desleal contra los consumidores en la Ley 29/09 de 30 de diciembre, especial referencia a las prácticas agresivas», *op. cit.*, pp. 548 y 549.

<sup>117</sup> Así, PALAU RAMÍREZ, F., «Prácticas agresivas...», *op. cit.*, pp. 153 y 154 que considera que en estos supuestos además de constituir un acto de engaño, la atracción excesiva de ganancias podría entenderse bajo determinadas circunstancias un acto de presión.

indebida; así como las prácticas agresivas que se producirían cuando avanzadas las negociaciones entre franquiciador y franquiciado sobre el contrato de franquicia, intenta imponerle el primero al segundo, condiciones contrarias a sus intereses, si no accede a las pretensiones del franquiciador<sup>118</sup>; o bien, las prácticas agresivas que cometerían las grandes cadenas de distribución con el pequeño comercio en la terminación del contrato, en el que las primeras ejercerían una presión excesiva sobre el segundo para continuar con las relaciones contractuales pese a la negativa manifestada por el pequeño comerciante<sup>119</sup>.

3) La preferencia por el término «bien» o «servicio» en vez de «producto» por ser los dos primeros términos más amplios que el último.

En la definición de práctica agresiva se distinguen dos presupuestos que integran el concepto de práctica comercial agresiva<sup>120</sup>.

1) El primero, se refiere a los medios empleados para la comisión de la práctica desleal que deben realizarse mediante tres de los criterios que el legislador ha configurado de manera alternativa, estos son: el acoso, la coacción o la influencia indebida.

2) El segundo, hace referencia al efecto que la práctica tiene o puede tener en el destinatario, que es la afectación o la posible afectación a su comportamiento económico.

Además, el legislador en un generoso afán por determinar las condiciones que serán tenidas en cuenta a la hora de examinar si se ha producido una comercialización agresiva de un bien o servicio, dispone que, para la determinación de la existencia de acoso, coacción o influencia indebida, se prestará atención a una serie de circunstancias que se enumeran en el citado precepto. Así, se tendrá en cuenta: «*el momento y el lugar en que se produce, su naturaleza o su persistencia; el empleo de un lenguaje o un comportamiento amenazador o insultante; 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*

<sup>118</sup> Para PALAU RAMÍREZ, F., «Prácticas agresivas...», *op. cit.*, p. 154 con cita al Prof. RUIZ PERIS, este sería también un supuesto de prácticas agresivas con empresarios, además de constituir un ilícito de comercio del art. 63 LOCM y normativa complementaria.

<sup>119</sup> La Directiva 2019/633, de 17 de abril de 2019, relativa a las prácticas comerciales desleales entre las empresas en la cadena de suministro agrícola y alimentario trata de evitar los desequilibrios en el poder de negociación que se producirían entre las citadas empresas, reconociendo como desleal, por ejemplo, la amenaza del comprador con llevar a cabo una represalia comercial contra el proveedor cuando el proveedor ejerza sus derechos contractuales o legales [art. 3.1 g)].

<sup>120</sup> En este sentido, TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, *op. cit.*, p. 190.

*que aquél tenga conocimiento, para influir en su decisión con respecto al bien o servicio; 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, y la comunicación de que se va a realizar cualquier acción que, legalmente, no pueda ejercerse» (art. 8.2 LCD).*

### 1.1 MERMA «SIGNIFICATIVA» EN LA LIBERTAD DE ELECCIÓN O CONDUCTA DEL DESTINATARIO

El comportamiento agresivo de un empresario basado en el acoso, la coacción o la influencia indebida sobre el destinatario de la práctica, solo podrá ser considerado desleal si la práctica es susceptible de mermar, de manera significativa, la libertad de elección o conducta del destinatario. Esta exigencia a la que el legislador condiciona la aplicación del precepto, está en consonancia con el criterio establecido por la cláusula general de deslealtad del art. 4 de la LCD para considerar una actuación desleal, a saber, que la práctica pueda producir una merma significativa del comportamiento económico del consumidor medio, supuesto que se producirá cuando la práctica comercial 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»* (art. 4.1 LCD).

Será el examen *«caso por caso»* el que determine el sujeto destinatario de la práctica enjuiciada, y, por tanto, si la conducta ha podido alterar de manera significativa, en el sentido de apreciable, el comportamiento económico del destinatario<sup>121</sup>. Esta merma en la libertad de elección del destinatario que reporta la deslealtad de la práctica se concreta en la posibilidad de que el destinatario acepte la oferta presentada, las condiciones en ella ofrecidas, o bien no pueda ejercer su derecho de desistimiento de un contrato por ejercer el agente sobre este, acoso, coacción o influencia indebida.

En efecto, el legislador supedita la aplicación del régimen de las prácticas agresivas desleales a que se esté ante un supuesto de merma significativa en la

---

<sup>121</sup> En este sentido, DÍEZ BAJO, Á., «Artículo 8. Prácticas agresivas», en LEMA DEVESA, C. (Dir.), PATIÑO ALVES, B. (Coord.), *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores: Régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29/2009*, Ed. Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2012, p. 215 y MASSAGUER FUENTES, J., *El nuevo Derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, op. cit., p. 137.

libertad de elección del destinatario o conducta del destinatario. De esta manera, se establece una regla de *minimis* por debajo de la cual no entrará a ser relevante la conducta por quedarse en el ámbito de las prácticas simplemente molestas para el destinatario que no son objetivamente idóneas para alterar su decisión económica en una transacción comercial y, por tanto, que el Derecho de la competencia desleal no debe corregir.

## 1.2 AFECTACIÓN MEDIANTE ACOSO, COACCIÓN O INFLUENCIA INDEBIDA

Para considerarse desleal la práctica, la afectación significativa a la libertad de elección o comportamiento del destinatario debe tener su origen en el acoso, la coacción o la influencia indebida al que lo ha sometido el sujeto agente.

La delimitación de los dos primeros supuestos es la más compleja. En primer lugar, porque el legislador comunitario en la Directiva 2005/29/CE no ofrece una definición al respecto. En segundo lugar, porque se trata de dos términos con una connotación eminentemente penalista y no es fácil construir un concepto autónomo en el ámbito mercantil sin hacer una remisión a nociones que ya están asentadas en el Derecho penal. En tercer lugar, porque los tres supuestos tienden a confundirse en la práctica y su delimitación conceptual es, en muchas ocasiones, compleja.

Afirmamos que los presupuestos sobre los que se ha construido la noción de práctica comercial agresiva la sitúan en un ámbito ajeno a la realidad concurrencial y más próximo al Derecho penal sancionador. De ahí que sea preciso un concepto propio y diferenciado de acoso, coacción y de influencia indebida con relevancia para el Derecho de la competencia desleal que no implique desnaturalizar el concepto de práctica agresiva tal y como este Derecho la entiende, es decir, como una forma de condicionamiento de la libertad de elección o conducta del consumidor.

El siguiente apartado, dedicado a ahondar en el fundamento de la deslealtad de estas prácticas, no pretende ser meramente teórico. Por ello, con el objeto de comprender el alcance de la agresividad del profesional en la comercialización de sus productos o servicios considerada desleal por el legislador, se completará con ejemplos prácticos extraídos de resoluciones que han considerado desleales determinadas técnicas agresivas empleadas por los profesionales para influir, de manera significativa, en el comportamiento económico del consumidor medio. Se observará que muchos de los ejemplos que integran el análisis de la deslealtad de estas conductas, provienen del sistema italiano de

prácticas comerciales desleales. La razón es que, como se estudiará, se trata de uno de los más activos a nivel europeo en la represión de las prácticas agresivas desleales.

A) *El acoso como práctica agresiva*

Se ha definido el acoso con relevancia desleal como aquel comportamiento basado en: «*perseguir, importunar, incomodar o apremiar al destinatario como medio para obtener su atención o su decisión respecto de una oferta o de una conducta contractual (contratación, ejercicio de un derecho, exigencia de saneamiento de un incumplimiento, restitución de un producto, etc.) sin que sea condición o característica propia del acoso el contacto personal entre oferente y destinatario*»<sup>122</sup>.

De esta manera, se prescinde de toda relación preestablecida entre sujeto agente y destinatario de la práctica para la determinación de la deslealtad del comportamiento. Este condicionante habría hecho incompatible la consideración de muchos supuestos, como son, las visitas comerciales no deseadas en el domicilio del consumidor o el *mailing* masivo, al no tratarse de casos en los que hay una relación comercial previa.

Si bien defendemos que se debe partir de un concepto propio de acoso como comportamiento desleal, es inevitable compararlo con aquel que se maneja en el ámbito penal. En esta ocasión, consideramos conveniente incluir en la definición autónoma de acoso con relevancia para el Derecho de la competencia desleal que se ha expuesto, dos adjetivos que utiliza el legislador en el art. 184 del CP<sup>123</sup> para definir un tipo de acoso, el sexual, con relevancia penal y que son: «*hostil*» o «*humillante*» porque, si bien no obviamos que las cir-

---

<sup>122</sup> En este sentido, MASSAGUER FUENTES, J., «Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal», *op. cit.*, p. 27.

<sup>123</sup> El acoso sexual se regula en el art. 184 del CP de la siguiente manera: «*El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual*». En el apartado segundo del precepto, el legislador incrementa la pena si el culpable del acoso sexual comete el acto prevaliéndose de su situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas. La pena a su vez también sufre un incremento cuando la víctima es especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación. Algunos de estos conceptos, como el que hace referencia a prevalerse el sujeto activo de la situación de superioridad derivada de un ámbito laboral, docente, etc., han sido integrados por el legislador comunitario y español en el concepto de influencia indebida como práctica agresiva desleal. Sin embargo, pensamos que otros, como provocar a la víctima una situación objetiva, gravemente intimidatoria, hostil o humillante de manera continuada, pueden integrarse perfectamente en los elementos que definen al acoso en la regulación de las prácticas agresivas.



cunstances en las que se produce el acoso sexual es un contexto muy distinto al del acoso como práctica agresiva desleal, consideramos que estos dos adjetivos describen perfectamente el clima que busca crear el sujeto que emplea esta técnica de venta agresiva sobre el destinatario para forzarle a adoptar una decisión que, de otro modo, no hubiese tomado.

En efecto, con el recurso a «*acoso*» como práctica desleal, el legislador persigue evitar que los operadores ejerzan sobre el consumidor una presión penetrante que provoque que el consumidor se vea abocado a adoptar una decisión irreflexiva sobre una determinada transacción comercial. La presión a la que hacemos referencia puede producirse mediante contacto físico con el destinatario o bien simplemente circunstancial, pero lo relevante en este supuesto, es que el agente emplace al destinatario hacia un escenario hostil o humillante en el que no le quede otra alternativa que aceptar la oferta comercial del empresario por la dificultad física o moral en la que se encuentra al tener que rechazarla.

El art. 29 LCD<sup>124</sup> considera desleales *per se* dos de los supuestos más emblemáticos de acoso con relevancia para el Derecho de competencia desleal:

- 1) Las «*ventas puerta a puerta*» o, más conocidas por su terminología anglosajona, como el método «*door-to-door salesman*», que siguen subsistiendo en algunos sectores pese al auge del nuevo consumo electrónico<sup>125</sup>; y
- 2) *El spam* telefónico o por otros medios de comunicación a distancia, en el que el agente contacta persistentemente con el destinatario para realizarle una propuesta comercial no deseada por este.

La deslealtad de estos métodos de venta, considerados agresivos por el legislador si se cumplen las condiciones que el art. 29 LCD establece, se fundamenta en que se trata de estrategias especialmente invasivas, en el primer

---

<sup>124</sup> Art. 29 LCD. Prácticas agresivas por acoso: «1. Se considera desleal por agresivo realizar visitas en persona al domicilio del consumidor o usuario, ignorando sus peticiones para que el empresario o profesional abandone su casa o no vuelva a personarse en ella. 2. Igualmente se reputa desleal realizar propuestas no deseadas y reiteradas por teléfono, fax, correo electrónico u otros medios de comunicación a distancia, salvo en las circunstancias y en la medida en que esté justificado legalmente para hacer cumplir una obligación contractual. El empresario o profesional deberá utilizar en estas comunicaciones sistemas que le permitan al consumidor dejar constancia de su oposición a seguir recibiendo propuestas comerciales de dicho empresario o profesional. Para que el consumidor o usuario pueda ejercer su derecho a manifestar su oposición a recibir propuestas comerciales no deseadas, cuando éstas se realicen por vía telefónica, las llamadas deberán realizarse desde un número de teléfono identificable. Este supuesto se entenderá sin perjuicio de lo establecido en la normativa vigente sobre protección de datos personales, servicios de la sociedad de la información, telecomunicaciones y contratación a distancia con los consumidores o usuarios, incluida la contratación a distancia de servicios financieros».

<sup>125</sup> Sobre el *E-commerce* y la posibilidad de comisión de prácticas desleales se pronuncia MAMBRI-LLA RIVERA, V., «Comunicaciones electrónicas y prácticas comerciales desleales», *Revista de Derecho de la competencia y la Distribución*, nº 15, 2014.

supuesto, o molestas, en el segundo, que facultan al empresario a alterar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio de manera que este accede a determinadas ofertas comerciales sin valorar de manera consciente su pertinencia. Por ello, la necesidad de reconocer como prácticas desleales *per se* a estas dos modalidades de venta agresivas por ser las más frecuentes en la práctica y porque se trata de dos conductas especialmente lesivas para los intereses de los consumidores <sup>126</sup>.

### 1) El acoso en las ventas domiciliarias

En particular, el acoso mediante el método «*door-to-door salesman*» hace referencia a aquel comportamiento que se origina ante la insistencia del profesional que realiza una propuesta comercial con una visita presencial al domicilio particular del consumidor invadiendo, generalmente de manera sorpresiva, el ámbito más privado en el que se puede encontrar este, y en el que su nivel de vulnerabilidad es mucho mayor. La Ley exige que estas visitas sean no deseadas por el consumidor. De manera que, aunque se haya producido la visita como consecuencia de la propuesta realizada por el consumidor, la insistencia del agente frente a la negativa de este a aceptar la propuesta comercial o las omisiones del agente a las peticiones del consumidor para que abandone su domicilio, son las circunstancias que determinan la deslealtad del ofrecimiento comercial <sup>127</sup>.

---

<sup>126</sup> En este sentido, SCHRICKER, G., «Situación actual y evolución del Derecho de la publicidad en la República Federal de Alemania», *op. cit.*, pp. 221 y 222 reflexiona sobre la deslealtad de la publicidad telefónica en los domicilios privados y la visita no solicitada de vendedores y agentes que van de casa en casa. En los primeros estadios de creación jurisprudencial de estas prácticas, en Alemania, la publicidad telefónica fue declarada prohibida por considerarse desleal por la Corte Federal en sentencia de 20 de marzo de 1970. El Tribunal Federal, al enjuiciar esta práctica tuvo que ponderar la libertad de hacer publicidad, reconocida constitucionalmente y el derecho de los destinatarios de la publicidad a disponer de una esfera privada libre de molestias y en esta ocasión el Tribunal se inclinó en favor de la protección de la esfera privada del consumidor. Sin embargo, cuando el Tribunal se pronunció sobre la posible ilicitud del segundo método, este es, el conocido como «*door to door salesman*», afirmó que, al ponderar los intereses en juego, debía primarse la tradición histórica, y en esta ocasión, consideró que se trataba de un método lícito. Actualmente después del reconocimiento como desleal de estos métodos por la Directiva de prácticas comerciales desleales, no cabe duda de la deslealtad de estos dos métodos. Sin embargo, el juicio sobre la posible lealtad o deslealtad de la práctica se debe basar en las circunstancias en las que se desarrolla ya que, recordemos, estos métodos *per se* no se reputan desleales, sino que recibirán automáticamente esta calificación cuando se trate de visitas o llamadas no deseadas y persistentes a pesar de que el destinatario manifieste su voluntad de no recibir más ofertas comerciales.

<sup>127</sup> En relación con las circunstancias determinantes de la deslealtad en el método «*door-to-door salesman*», se ha afirmado que la primera visita del comercial al domicilio del consumidor no se podría calificar nunca de práctica comercial desleal porque el precepto habla en plural y además que haya mediado la manifestación de la voluntad contraria del consumidor en la recepción del empresario o profesional

En efecto, si bien es cierto que las ventas domiciliarias son estrategias comerciales no consideradas *per se* desleales, las circunstancias en las que se producen pueden determinar su deslealtad. Así, visitas reiteradas; la insistencia del agente ignorando las peticiones del consumidor o usuario para que el comercial abandone su domicilio o vuelva a personarse en él o las especiales características del público al que se dirija la práctica, como pueden ser los ancianos, personas de avanzada edad, menores o enfermos<sup>128</sup> son las circunstancias que se tendrán en cuenta para considerar estos comportamientos como desleales.

En el ámbito de las ventas realizadas fuera de establecimiento, pese a ser una cuestión armonizada a nivel comunitario<sup>129</sup> han surgido algunas de las técnicas agresivas más frecuentes. Por ejemplo, en este tipo de ventas, algunos operadores han creado situaciones angustiosas para los consumidores, expresando que el sustento de su trabajo dependía de la aceptación de la oferta presentada. Por ello, el art. 31.3 LCD considera una conducta desleal *per se* informar expresamente del peligro que para el trabajo o sustento del empresario o profesional puede suponer la falta de contratación de un bien o servicio por el consumidor o usuario. Sin embargo, para considerarse esta actitud reprochable desde el punto de vista del Derecho de la competencia desleal, se exige que el empresario o profesional haga constar expresamente el riesgo o pérdida de su trabajo si el consumidor no contrata. Se trata este de un precepto que interpretado de manera restrictiva tendría poca eficacia, pues en la mayoría de los casos el empresario no va a dejar constancia expresa de sus manifestaciones y si estas se hacen de manera verbal, conllevarán importantes problemas de prueba. No obstante, incluso en estos supuestos en los que no se deje constancia

---

(en este sentido, ZUBIRI DE SALINAS, M., «Art. 29. Prácticas agresivas por acoso» en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Thomsom Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 789). Sin embargo, consideramos que una sola visita también debería merecer la posibilidad de que sea considerada desleal, si le crea igualmente una situación incómoda al consumidor en la que se ve abocado a adoptar una decisión comercial que, en otras circunstancias, no hubiese celebrado. En estos casos, por tanto, entrarán a valorarse las circunstancias en las que se produce la comercialización, en el sentido del art. 8 de la LCD.

<sup>128</sup> Sobre la especial vulnerabilidad de las personas de avanzada edad en las ventas *<door to door>* se pronuncia EUROPEAN COMMISSION, *Guidance on the implementation/application of directive 2005/29/EC on unfair commercial practices*, de 25 de mayo de 2016, disponible en: [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/guidance\\_on\\_implementation\\_of\\_directive\\_2005\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/guidance_on_implementation_of_directive_2005_en.pdf), p. 47.

<sup>129</sup> En este sentido, la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales o la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, ambas reemplazadas por la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011. A nivel nacional, las ventas fuera de establecimiento mercantil se encuentran reguladas en los arts. 92 a 113 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

expresa de las manifestaciones del profesional, se podría calificar este supuesto como práctica agresiva por coacción al amparo del art. 8 LCD<sup>130</sup>.

El elemento sorpresivo de estos ofrecimientos comerciales es uno de los condicionantes que determinan la deslealtad de las «ventas puerta a puerta». En efecto, generalmente estas visitas domiciliarias se suelen suceder sin previo aviso al consumidor, de esta manera le resulta al agente más fácil influir en el comportamiento del consumidor. Además, los agentes suelen ser personas que prodigan amabilidad, cuentan con buena presencia que inspira confianza al consumidor y suelen empatizar con los problemas de este, por ejemplo, con la soledad del consumidor, la carga emocional que le supone la educación de sus hijos o el estrés que generan las tareas domésticas del hogar<sup>131</sup>.

El *modus operandi* para ganarse la confianza del consumidor en este tipo de ventas suele consistir en ofrecer un regalo supuestamente gratuito para el consumidor con el objeto de atraer su atención. Después de una larga visita en su domicilio, le presentan un producto que no guarda relación con el obsequio inicialmente ofertado ni tampoco con el interés de la víctima. De esta manera, el consumidor tiene que hacer frente a la compra de un producto que en otras circunstancias nunca hubiese contratado, pudiendo constituir un supuesto de práctica agresiva desleal.

Constatado el carácter particularmente agresivo en el que se desarrolla el contexto de alguna de estas prácticas, algunos Estados miembros han aprobado disposiciones que restringen determinados aspectos en los que se desenvuelven estos comportamientos fuera del establecimiento comercial en base a razones de orden público o de protección de la vida privada de los consumidores que protege el art. 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Para evitar que estas disposiciones se consideren contrarias a los mandatos de máximos de la Directiva 2005/29/CE de prácticas comerciales desleales, en la Propuesta de Directiva por la que se modifican, entre otras, la

---

<sup>130</sup> Así, CARBAJO GASCÓN, F., «Art. 31. Otras prácticas agresivas» en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 843. No obstante, ver las consideraciones de TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, op. cit., p. 249.

<sup>131</sup> Particularmente ilustrativo resulta el corto de MATEO GIL, «Allanamiento de morada» (1998) en el que se describe la situación angustiosa que le crean dos comerciales de enciclopedias a una ama de casa que finalmente acaba aceptando la compra de productos editoriales porque le hacen creer que la educación de sus hijos va a depender de la compra del producto. Esta reflexión forma parte de la ponencia de MARTORELL ZULUETA, P., «Competencia desleal: prácticas desleales con consumidores. Las técnicas comerciales (¿prácticas agresivas por acoso?) en las ventas fuera de establecimiento mercantil», en la *Jornada sobre Protección de consumidores y usuarios en el ámbito civil y mercantil desde la perspectiva de la unión europea y nacional*, celebradas en la Escuela Judicial de Madrid, del 29 al 31 de enero de 2018. Se trata de un material inédito cedido por la autora a quien quiero agradecer en esta obra su cesión.

citada Directiva de prácticas comerciales desleales, se prevé la posibilidad de que los Estados miembros contemplen medidas, proporcionadas y no discriminatorias, para proteger los intereses legítimos de los consumidores ante las visitas no solicitadas del empresario a su domicilio o en relación con las excursiones comerciales <sup>132</sup>.

Entre las medidas más restrictivas a las que se hace referencia en la Propuesta de Directiva, podemos hacer alusión a las medidas que recientemente se han adoptado en España para proteger a los consumidores ante la contratación de determinados suministros mediante las visitas en persona en el domicilio del consumidor. Nos referimos, al Real Decreto-ley 15/2018, 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, realizar acciones de publicidad no solicitada de sus productos en visitas domiciliarias, excepto en el caso de que el destinatario haya solicitado por iniciativa propia recibir información sobre el servicio por dicho medio, o de contratación de sus productos a través de visitas domiciliarias directas, salvo que exista una petición expresa por parte del cliente y a propia iniciativa para establecer la cita (art. 12 y 13).

Aunque, como decimos, recientemente se vuelve a cuestionar la legitimidad de los métodos empleados en algunas de estas ventas, se trata, como estudiaremos, de prácticas consolidadas en la estrategia empresarial de algunos sectores. Doctrina y jurisprudencia han prestado especial atención al examen del eventual carácter ilícito de estas prácticas, si bien ceñido a un ámbito distinto del de la competencia desleal <sup>133</sup>.

Ciertos tipos contractuales, por ejemplo, el caso de la venta de enciclopedias o productos similares a domicilio, o el cambio del suministro de gas y electricidad a un nuevo operador, constituyen clásicos supuestos de utilización de toda una serie de astucias o maquinaciones como estrategias de venta que

---

<sup>132</sup> Vid., *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, la Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la UE. [COM (2018) 185 final]*, (Punto 44).

<sup>133</sup> Vid., las consideraciones de MARTORELL ZULUETA, P., «Cláusulas abusivas» en VILATA MENADAS, S. (Dir.), *Venta de bienes fuera de establecimiento mercantil. La carta de revocación*, Ed. Estudios de Derecho Judicial, Madrid, 2007, p. 151, en el que describe una estrategia extendida por algunas empresas, de organizar excursiones a ciudades turísticas, con el objeto de desarrollar presiones sobre el consumidor mediante técnicas persuasivas que acaban con la firma de contratos de compraventa sobre objetos que no guardan ninguna relación con la excursión prometida. También, MIRANDA SERRANO, L. M., «La contratación fuera de los establecimientos mercantiles: TRDCU y Directiva 2011/83/UE» en MIRANDA SERRANO, L. M., y PAGADOR LÓPEZ, J., (Coords.), *Derecho (privado) de los consumidores*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 183-214.

les reportan a los prestadores del servicio múltiples ingresos, muchas de ellas, pudiéndose clasificar como prácticas agresivas. En estos casos, no siempre constituye una tarea sencilla trazar una frontera entre las técnicas de negociación lícitas y aquellas que podrían constituir prácticas agresivas.

En el caso de considerarse reprochables estas técnicas de venta, si bien es cierto que en estos supuestos se alega la posible separación de responsabilidades en la comisión de las prácticas agresivas entre el profesional y el comercial de los servicios, consideramos que también podría plantearse una responsabilidad del profesional por *culpa in vigilando* y por *culpa eligendo* en la comisión de estas prácticas, si se cumplen determinadas circunstancias como puede ser la forma en que el profesional pone especial énfasis en la formación del comercial y el control que haga de su actividad<sup>134</sup>.

Como decimos, un ejemplo clásico lo constituye el sector editorial<sup>135</sup>, que se ha caracterizado por utilizar el método de venta «*door-to-door salesman*» para comercializar sus productos y en el que se han sucedido interesantes pronunciamientos sobre la agresividad de alguno de los métodos empleados en este tipo de ventas por el profesional. En el Derecho italiano, encontramos un supuesto de utilización de acoso como práctica agresiva desleal en este sector. Nos referimos al procedimiento n.º 23551 (PS4791 *Utet-Enciclopedia non richiesta*) de 9 de mayo de 2012 y Procedimiento n.º 23816 (PS7557 - *Federico Motta editore-modalità di vendita*)<sup>136</sup> de 8 de agosto de ese mismo año de la

---

<sup>134</sup> En este sentido, POLETTINI, F., «Attivazioni contrattuali non richieste di utenza gas ed energia elettrica e pratiche commerciali scorrette», *Revista di Diritto Industriale*, n.º 5, 2012, p. 4/9 (versión electrónica) y AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Relazione sull'attività svolta nel 2012*, 31 de marzo de 2013, disponible en: [http://www.agcm.it/component/joomdoc/relazioni-annuali/relazioneannuale2012/01-Testo\\_completo-con\\_indice-rev03.pdf/download.html](http://www.agcm.it/component/joomdoc/relazioni-annuali/relazioneannuale2012/01-Testo_completo-con_indice-rev03.pdf/download.html), p. 212. Este planteamiento es coherente con el de la LCD para el régimen de legitimación pasiva del art. 34 en las acciones que deberían dirigirse contra el principal, cuando los actos de competencia desleal se hubieran realizado por trabajadores u otros colaboradores en el ejercicio de sus funciones contractuales, en el que se distinguen dos casos de legitimación pasiva. El primero, relativo a las cuatro primeras acciones del art. 32, para las cuales se atribuye la relación obligacional directamente con el empresario o principal, exonerando a los trabajadores u otros colaboradores que en el ejercicio de sus funciones y deberes contractuales hubieren llevado a cabo la conducta desleal. El segundo, para determinar que, respecto a las acciones de resarcimiento por daños y perjuicios y de enriquecimiento injusto, se estará a los dispuesto en el CC. Así, VEGA VEGA, J. A., «Artículo 34. Legitimación pasiva» en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Thomsom Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 933 y 934.

<sup>135</sup> Como señalan, BADENAS CARPIO, J. M., y BOLDÓ RODA, C., *Régimen jurídico de la llamada «venta directa»*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 26, la venta domiciliaria estructurada por medio de empresas hizo su aparición en España en 1923 de la mano de una editorial que comenzó a realizar una parte importante de sus ventas a crédito por la dificultad de no poder financiar las compras de sus clientes por medio de bancos u otras entidades.

<sup>136</sup> En el contexto de la venta a domicilio o de estrategias similares de venta directa, el consumidor medio se considera menos crítico y, por tanto, más vulnerable. Esto está bien ilustrado por el caso del *Consiglio di Stato* italiano (2012), que trata de la venta de enciclopedias multimedia en los hogares de los consumidores. El *Consiglio di Stato* aclaró en este caso que el consumidor carece de actitud crítica en las

AGCM. En ambos supuestos, el profesional, valiéndose de la menor pericia del consumidor para valorar la conveniencia de la oferta, al haberse producido la visita por sorpresa en su domicilio, sin previo requerimiento de este para que se llevase a cabo, le vende un producto que, por las características del consumidor, no tendría ningún interés.

Según la AGCM en estas dos resoluciones, la deslealtad de la conducta viene avalada por la especial vulnerabilidad de los consumidores debido a su avanzada edad o a sus delicadas condiciones de salud. En ambos casos, el profesional además completa la venta agresiva, sin dejarle copia al cliente de la orden firmada por este, con el envío de recordatorios de pago relacionados con pedidos que no habían suscrito los consumidores e ignorando sus solicitudes de desistimiento presentadas después de haber recibido la solicitud de pago o la carta de confirmación del pedido, además de no proporcionar ninguna información sobre la existencia del derecho de desistimiento del consumidor.

También en España ha habido pronunciamientos sobre técnicas ilegales de venta del sector editorial que guardan cierta relación con el *modus operandi* empleado por los profesionales de las dos resoluciones italianas. Si bien a diferencia de los anteriores, se trata de supuestos que se han resuelto por la aplicación del régimen de vicios del consentimiento del CC y no se consideraron prácticas comerciales desleales. Así, se han pronunciado sobre estos métodos la SAP de Vizcaya n.º 66/1999, de 14 de enero de 1999 (AC 1999\4058), y en este mismo sentido, SAP Vizcaya n.º 204/1991, de 12 de febrero de 1991 (AC 1999\617) o SAP Vizcaya n.º 9/2001 de 5 enero de 2001 (AC 2001\130). Las técnicas ilegales de venta denunciadas en estas ocasiones se podrían resumir de la siguiente manera: los agentes comerciales se desplazaban de inmediato y de noche a casa de los compradores, portando una fotocopidora para obtener copia de los documentos que estimaban precisos, entre los que se encontraban, las nóminas o el Documento Nacional de Identidad del comprador, para suscribir un contrato tipo. Estas técnicas de venta se completaban con la presentación para la firma de un impreso con el condicionado particular en blanco, que al día siguiente era rellenado por los vendedores por ordenador, sin la concurrencia de los compradores.

Si bien como decimos estas técnicas de venta se han asociado tradicionalmente a la venta de enciclopedias en el domicilio particular del consumidor, se trata de técnicas agresivas que siguen subsistiendo pese a la implantación de las

---

ventas domiciliarias, especialmente cuando la intención comercial es incierta al principio. En este sentido, puede consultarse las consideraciones sobre estos dos casos de la AGCM en AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Relazione sull'attività svolta nel 2012*, op. cit., pp. 212 y 213.

nuevas tecnologías en el ámbito de la contratación. Nos referimos a determinadas ventas domiciliarias de cursos de formación a distancia y el material necesario para llevarlos a cabo, celebradas en los domicilios de los consumidores. Este es el caso del pronunciamiento de la SAP de Vizcaya n.º 197/2017, de 10 de julio de 2017 (JUR 2017\236758) relativo a la compra de un curso de «*Técnico de Transporte Sanitario de Emergencias y Técnico de Sistemas Microinformáticos y Redes*» y del material necesario a una editorial, en el que se reflexiona sobre las técnicas empleadas por el comercial y la oportunidad e idoneidad del curso para los adquirentes. Como se señala en la sentencia, se trata de «*una venta fuera de establecimiento comercial, a unas personas con muy escasa formación, de ahí la necesidad de un análisis minucioso y con todas las precauciones de las pruebas, y como la entrega se produjo a finales de julio, las llamadas en agosto estarían dentro del plazo del desistimiento del contrato, los libros estaban sin abrir, lo que prueba que nunca hubo intención de realizar el curso*»<sup>137</sup>.

Recientemente se ha cuestionado las nuevas técnicas de venta de las editoriales que, junto a sus tradicionales productos, venden otros que nada tienen que ver con la literatura, como, por ejemplo, productos electrónicos, bajo la falsa promesa de que se trata de obsequios por la compra de los productos editoriales. El impacto de estas prácticas sobre la confianza de los consumidores se agrava si se tiene en cuenta que generalmente estas prácticas se han dirigido a los consumidores más vulnerables como personas de avanzada edad. Así lo han denunciado las asociaciones de consumidores que alertan del peligro que suponen estas prácticas porque los operadores ponen trabas para que el consumidor pueda ejercer su derecho de desistimiento una vez se da cuenta de las condiciones reales de la oferta<sup>138</sup>.

Como se ha apuntado, no solo se considera desleal el acoso que supone un contacto físico con el consumidor, supuesto en el que se encontrarían las citadas «*ventas puerta a puerta*» no deseadas, sino que también se consideran desleales las técnicas de marketing directo, como pueden ser, propuestas persistentes y no deseadas por teléfono, fax, correo electrónico o cualquier otro medio de comunicación a distancia<sup>139</sup>, a las que prestaremos atención en el siguiente apartado.

---

<sup>137</sup> MARTORELL ZULUETA, P., «Competencia desleal: prácticas desleales con consumidores. Las técnicas comerciales (¿prácticas agresivas por acoso?) en las ventas fuera de establecimiento mercantil», *op. cit.*

<sup>138</sup> Sobre esta cuestión puede consultarse la noticia publicada por *El Confidencial* «Signo, la editorial que vende colchones y *tablets* a domicilio, engaña a mayores», de fecha 2 de abril de 2018, disponible en: [https://www.elconfidencial.com/cultura/2018-04-02/signo-editores-editorial-engano-mayores\\_1542334/](https://www.elconfidencial.com/cultura/2018-04-02/signo-editores-editorial-engano-mayores_1542334/).

<sup>139</sup> También, en la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (art. 48) o la Ley 34/2002, de 11 de julio, sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico



## 2) El acoso mediante propuestas no deseadas y reiteradas por teléfono

Centrándonos en esta ocasión en lo que hemos llamado «*spam telefónico*»<sup>140</sup>, se trata de una estrategia especialmente proclive en sectores como el de las telecomunicaciones, en el que los operadores intentan evitar por todos los medios que sus clientes migren a otras compañías de la competencia o bien los agentes, presionados por las comisiones que reciben en la captación de clientes para nuevos productos, emprenden incesantes campañas telefónicas que, con una intención comercial incierta al principio, buscan persuadir a los clientes hacia la contratación de nuevos productos. Al final, los clientes ante la insistencia de los operadores acaban por rendirse y acceden a la propuesta comercial para liberarse de la situación incómoda a la que le ha sometido la compañía, dejando de ser una simple oferta molesta y considerándose la conducta del operador como una auténtica práctica agresiva desleal.

Para evitar situaciones angustiosas a los consumidores derivadas del comúnmente llamado *spam telefónico*, el legislador, establece unos deberes jurídicos concretos para el empresario o profesional que decida utilizar en sus comunicaciones comerciales los medios a distancia que se describen en el art. 29 LCD, sin perjuicio de respetar «*la normativa vigente sobre protección de datos personales, servicios de la sociedad de la información, telecomunicaciones y contratación a distancia con los consumidores o usuarios, incluida la contratación a distancia de servicios financieros*» (art. 29.2 último inciso LCD)<sup>141</sup>.

Las garantías que impone el legislador para respetar los derechos de los consumidores en este tipo de prácticas se basan en la identificación de la lla-

---

(art. 21.1) se contemplan prohibiciones expresas de ciertas comunicaciones por fax o teléfono que se calificarían como prácticas comerciales agresivas.

<sup>140</sup> El término «*spam*» posee un significado genérico, que permite englobar cualquier tipo de envío de publicidad no solicitada por medios electrónicos, como los mensajes de texto o multimedia. También se engloban bajo esta denominación, aunque no utilicen medios electrónicos, las llamadas telefónicas no solicitadas con fines publicitarios. Conociéndose este último supuesto como «*spam telefónico*». Para un estudio en profundidad del *spam* y sus consecuencias jurídicas, puede consultarse, TATO PLAZA, A., «Aspectos jurídicos del *spam*», *op. cit.*, pp. 55-76. También EMPARANZA SOBEJANO, A., «Las propuestas telefónicas o por correo electrónico no deseadas: un supuesto de práctica agresiva por acoso» *op. cit.*, p. 171, reflexiona sobre las propuestas telefónicas no deseadas, advirtiendo que estas pueden desplegar, perjuicios *per se*, por la irrupción no consentida en la esfera individual del consumidor, y también, sobre la actividad de la AGCM contra el *spam* como práctica agresiva desleal, BLASCO, B., «*Spam e pratiche commerciali scorrette*», *Contratto e impresa*, v. 28, n.º 4-5, 2012, pp. 967-988.

<sup>141</sup> En este sentido, LUNAS DÍAZ, M. J., «Art. 28. Prácticas agresivas por coacción» en LEMA DEVE-SA, C. (Dir.), PATIÑO ALVES, B. (Coord.), *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores: Régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29/2009*, Ed. Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2012, pp. 436 y 437.

mada cuando las propuestas comerciales se realicen por vía telefónica<sup>142</sup>. Aunque estas prácticas son habituales, especialmente en el sector de las telecomunicaciones, no se tiene constancia todavía de ningún pronunciamiento judicial que declare alguna de las técnicas como agresivas. Las razones principales vuelven a estar basadas en la prueba diabólica de la agresividad de la práctica y la falta de acciones colectivas que denuncien estas prácticas cuando hay un grupo de consumidores afectados<sup>143</sup>. En este sentido, se ha avanzado, como decimos, en la identificación del número de teléfono a través del cual el empresario realiza sus ofertas insistentes, pero nos encontramos en un terreno en el que es difícil acreditar que la técnica utilizada por el empresario se trata de un comportamiento agresivo y no de una simple conducta molesta que el profesional realiza y que forma parte de su estrategia promocional y que, por consiguiente, no entraría a valorar el Derecho de la competencia desleal.

Pese a todas las dificultades que acompaña la persecución del *spam telefónico*, algunos pronunciamientos recientes advierten una situación cambiante en el contexto objeto de nuestro análisis. Sin embargo, ante la ausencia en España de pronunciamientos judiciales que traten el acoso telefónico o con otros medios de comunicación a distancia con relevancia para el Derecho de la competencia desleal, debemos fijarnos en otros ámbitos en los que estas prácticas no han resultado impunes para los profesionales que las han perpetrado.

En el ámbito de la protección de datos personales, a diferencia del Derecho de la competencia desleal, sí que se han sucedido importantes pronunciamientos que buscan reprimir este tipo de prácticas. Entre los más recientes, destaca la SAN (Sección 1.ª) n.º 387/2017, de 17 de julio de 2018<sup>144</sup>, que confirma la multa impuesta por la Agencia de Protección de Datos a dos empresas subcontratadas por una empresa de telecomunicaciones por no respetar la normativa sobre protección de datos ya que el denunciante había expresado su negativa a recibir llamadas publicitarias y, pese a todo, el denunciado efectuó llamadas con fines comerciales para la promoción de sus productos.

La normativa aprobada recientemente en España para la protección de datos personales contribuirá a que disminuyan las intromisiones ilegítimas en los datos privados de usuarios, como puede ser su número de teléfono, para

---

<sup>142</sup> También el art. 96 TRLGDCU establece la obligatoriedad para el empresario de identificarse en sus comunicaciones electrónicas, así como manifestar la finalidad comercial de la llamada.

<sup>143</sup> Así, SJMerc n.º 1 San Sebastián n.º 26/2016, de 27 enero de 2016 (AC\2016\403) [Ponente: Itziar Otegui Jauregui] en el que se rechaza la posibilidad de incardinar el supuesto de autos en las conductas de los artículos 28 y 29 de la LCD (práctica agresiva por coacción y práctica agresiva por acoso), al no haberse acreditado ningún acto en tal sentido, estableciéndose para su acreditación criterios muy restrictivos.

<sup>144</sup> La referencia completa a la sentencia es SAN (Sección 1.ª) n.º 387/2017, de 17 de julio, de 2018 (contencioso-administrativo) (JUR 2018\222243) [Ponente: Lourdes Sanz Calvo].

que los profesionales sigan perpetrando campañas agresivas, como el *spam telefónico* descrito, que acaban frustrando la confianza de los consumidores en que el sistema funcione correctamente <sup>145</sup>.

### 3) Otras prácticas agresivas por acoso

Otro supuesto clásico de práctica comercial desleal por acoso es el envío masivo y reiterado de publicidad comercial inserta en el buzón de la casa del consumidor pese a manifestar este su negativa a recibir material publicitario <sup>146</sup>. Si bien este supuesto, de cumplirse los requisitos, podría ser perseguido por constituir una práctica agresiva *per se* desleal, consideramos que se debe realizar una interpretación restrictiva del art. 29 LCD y solamente castigar aquellos supuestos más graves, que son los que verdaderamente suponen una merma significativa de la libertad económica del consumidor y una molestia de tal entidad que justifica activar todos los recursos del Derecho de la competencia desleal en favor de los intereses de los consumidores.

Sin embargo, este planteamiento supondría entroncar con el presupuesto básico que rige la regulación actual de las prácticas comerciales desleales con

---

<sup>145</sup> La normativa de protección de datos en España ha sido objeto de una reciente modificación. La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, ha introducido en su Disposición adicional decimosexta, cinco nuevas categorías de prácticas agresivas en materia de protección de datos a los efectos previstos en el art. 8 LCD: «a) Actuar con intención de suplantar la identidad de la Agencia Española de Protección de Datos o de una autoridad autonómica de protección de datos en la realización de cualquier comunicación a los responsables y encargados de los tratamientos o a los interesados. b) Generar la apariencia de que se está actuando en nombre, por cuenta o en colaboración con la Agencia Española de Protección de Datos o una autoridad autonómica de protección de datos en la realización de cualquier comunicación a los responsables y encargados de los tratamientos en que la remitente ofrezca sus productos o servicios. c) Realizar prácticas comerciales en las que se coarte el poder de decisión de los destinatarios mediante la referencia a la posible imposición de sanciones por incumplimiento de la normativa de protección de datos personales. d) Ofrecer cualquier tipo de documento por el que se pretenda crear una apariencia de cumplimiento de las disposiciones de protección de datos de forma complementaria a la realización de acciones formativas sin haber llevado a cabo las actuaciones necesarias para verificar que dicho cumplimiento se produce efectivamente. e) Asumir, sin designación expresa del responsable o el encargado del tratamiento, la función de delegado de protección de datos y comunicarse en tal condición con la Agencia Española de Protección de Datos o las autoridades autonómicas de protección de datos».

<sup>146</sup> El envío de publicidad por correo postal solo constituiría una conducta ilícita si tuviese como destinatario a una persona que expresamente hubiese rechazado la recepción de este tipo de publicidad. En este sentido, TATO PLAZA, A., «Aspectos jurídicos del spam», *op. cit.*, p. 57. Igualmente, el supuesto de entrega de material publicitario a los viandantes no puede reputarse desleal porque no infiere indebidamente en las decisiones de los destinatarios de la publicidad. Por el contrario, sí que sería considerada una conducta desleal abordar a los clientes en la calle y detenerlos para hacerlos entrar en el establecimiento hasta que accedan a las pretensiones del oferente. Así, SCHRICKER, G., «Situación actual y evolución del Derecho de la publicidad en la República Federal de Alemania», *op. cit.*, p. 221.

los consumidores que, como es sabido, presupone un efecto potencialmente distorsionador de la voluntad del consumidor, simplemente por encajar la conducta en el régimen establecido en la LCD de conductas consideradas *per se* desleales. No obstante, consideramos que estos comportamientos solamente se podrían perseguir cuando impliquen una particular invasión de la esfera privada del consumidor que sea susceptible de forzar una decisión irreflexiva del destinatario, y que por consiguiente, justifique reprobar la deslealtad de la práctica, pues en sentido contrario, se estaría considerando desleal una práctica simplemente molesta y frecuentemente extendida en el tráfico, resultado que pretende evitar el legislador comunitario y español.

En relación con las técnicas de marketing directo, al comúnmente denominado *buzoneo* en relación con las técnicas de marketing consistentes en insertar publicidad comercial en los buzones de los domicilios o las llamadas insistentes de teléfono para influir en la libertad de decisión del destinatario, se unen otros métodos más directos e invasivos que son los que proporcionan las nuevas tecnologías, como el supuesto del *phishing*<sup>147</sup>, que suponen un riesgo de límites todavía hoy desconocidos y que su tratamiento representa un reto diario para el Derecho de la competencia desleal.

### B) *La coacción en términos de deslealtad*

La única precisión que efectúa el legislador respecto al concepto de coacción al definir esta técnica agresiva es que también se incluye el uso de la fuerza. Obsérvese que no se efectúa ninguna referencia a que se trate de una fuerza física, permitiéndose, en consecuencia, cualquier tipo de fuerza. Así, pueden darse dos tipos de coacción con relevancia para el Derecho de la competencia desleal que estudiaremos por separado. Por un lado, aquella que se deriva del uso de la fuerza, que es la que implícitamente reconoce el legislador y, por contraste, la coacción en la que no se utiliza la fuerza.

---

<sup>147</sup> El *phishing* es una estafa informática con la que se convence a una persona para que facilite algún tipo de información personal relevante, como puede ser su clave de acceso a la banca electrónica o los datos de su tarjeta de crédito y una vez recabados estos datos empezar a cargarle importes indebidos a su cuenta. De normal, esta práctica empieza con un correo electrónico no deseado como *spam* que el usuario abre y es invitado a facilitar sus datos personales para realizar cualquier operación básica, como activar su cuenta *online*. El usuario cree que está facilitando sus datos al operador oficial, pero en realidad se trata de una página web que imita a la principal. Sobre el fenómeno del *phishing* bancario, puede consultarse el siguiente enlace: <https://www.bbva.com/es/un-ejemplo-de-phishing-paso-a-paso/>

## 1) Coacción sin uso de la fuerza

En el supuesto de que la coacción no se materialice con el recurso a la fuerza, puede identificarse con una presión penetrante u otra forma de condicionamiento psicológico sobre el destinatario con el objeto de que compre o contrate un bien o servicio, admitiéndose, no obstante, un cierto grado de agresividad en el proceso de comercialización del operador, sin que, por ello, deba considerarse desleal su comportamiento <sup>148</sup>.

En este contexto, se situarían, en primer lugar, las amenazas que realiza el profesional al consumidor para forzar su libertad de elección o conducta por tener un temor fundado de que en el supuesto de que no ceda a las propuestas comerciales del profesional, el consumidor tendrá graves consecuencias sobre su esfera privada o, eventualmente, sobre la esfera privada de otros sujetos unidos a este por algún vínculo de parentela u otro vínculo afectivo especial <sup>149</sup>.

En efecto, se podría afirmar que mediante la tipificación de esta conducta se pretende sancionar aquellos supuestos en los que el empresario sitúa al consumidor en la dicotomía del mal menor, es decir, o bien adopta una determinada decisión sobre una oferta comercial o bien pesa sobre él la consecuencia negativa anunciada por el profesional <sup>150</sup>.

Este sería el supuesto de que un empresario ofrezca un servicio de guardería a sus clientes mientras que estos compran en su establecimiento, pero que se impide a los clientes retirar a sus hijos a no ser que realicen alguna compra en sus instalaciones o el mecánico que no devuelve el coche a su propietario hasta haber pagado la cantidad elevada que le pide por la reparación que no es la inicialmente presupuestada. También aquellos supuestos conocidos como «*excursiones comerciales*» en los que el empresario proporciona el medio de transporte al consumidor para llegar a sus instalaciones y se niega a devolverlo a su lugar de origen si no compra el producto que se le ofrece <sup>151</sup>.

Los supuestos más graves de coacción en el ámbito de la contratación han derivado en responsabilidad penal, de ahí que resulte tan difícil la delimitación

<sup>148</sup> Sobre la presión penetrante de compra en relación con la coacción como comportamiento agresivo que describimos, puede consultarse: DE FRANCESCHI, A., «Art. 24. Pratiche commerciali aggressive», en DE CRISTOFARO, G., y ZACCARIA A., *Comentario breve al Diritto dei Consumatori*, Ed. Cedam, Milán, 2010, p. 195.

<sup>149</sup> *Vid.*, Díez BAJO, Á., «Art. 8 LCD», *op. cit.*, p. 218.

<sup>150</sup> TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal op. cit.*, p. 196.

<sup>151</sup> En este sentido, TORRES LANA, J. Á., «Métodos agresivos de venta y multipropiedad», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 20, 2000, p. 10/15 (versión electrónica).

de la coacción como técnica agresiva sancionada por la legislación represora de la competencia desleal, de aquella que se trata de una conducta perseguible por el Derecho penal. En el Título VI del libro II del CP, entre los que se encuentra el delito de amenazas, coacciones, detenciones ilegales o secuestros, se tutela la libertad de actuación en sentido amplio, como una facultad de la persona de decidir lo que quiere o no quiere hacer sin que su decisión se vea constreñida por otras personas<sup>152</sup>, al igual que ocurre con la tutela de las prácticas agresivas desleales. Los distintos criterios jurisprudenciales para entender que la práctica comercial agresiva alcanza relevancia penal, varían en función del tipo de acción de reclamación emprendida, de su insistencia, de su publicidad, y de su capacidad para influir sobre el ámbito de libre determinación del consumidor<sup>153</sup>.

De entre todos los sistemas europeos, interesa destacar la represión pública de las prácticas agresivas que efectúa la AGCM. En el sistema italiano, se vuelven a encontrar las resoluciones más significativas por esta causa. En algunas de las que se van a reproducir, la Autoridad de Competencia Italiana ha sancionado estas conductas como prácticas agresivas desleales y ha reflexionado sobre el particular peligro que conlleva para la tutela de los intereses de los consumidores, la extensión de este tipo de prácticas entre las agencias de recobro. Entre los pronunciamientos de la AGCM por esta causa hemos querido destacar los procedimientos n.º 24117 (PS8215 - Eurorec-recupero crediti) de 12 de diciembre de 2012 y n.º 25033 (PS6549 - Ge.ri. gestione rischi-recupero crediti) de 17 de julio de 2014 por las razones que se expondrán a continuación.

En primer lugar, por las técnicas agresivas utilizadas para amedrentar al afectado y así lograr un pronto pago de la deuda, basadas en la utilización de un lenguaje amenazador de las agencias que, bajo el criterio de la Autoridad, mermaba significativamente la libertad de decisión del destinatario.

En segundo lugar, por la gran similitud que guardan las conductas en estos dos procedimientos que, aunque alejados en el tiempo y pese a la elevada cuantía de la sanción del primero, no sirvió de disuasión suficiente para que unos años más tarde se resolviera un expediente por parte de la AGCM de práctica agresiva desleal de análogas características, demostrando que, en ocasiones, pese a la defensa de la eficiencia del modelo del *enforcement* público

---

<sup>152</sup> Sobre esta cuestión, por todos, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, (21.ª Ed.), pp. 133 y ss.

<sup>153</sup> En este sentido, SAP Zaragoza (Sección 3.ª) n.º 112/2007, de 4 de junio, de 2007, (JUR 2008\209681) [Ponente: M.ª Begoña Guardo Laso].

italiano, les resulta más rentable a los empresarios el recurso a prácticas agresivas que las sanciones a las que se pueden exponer<sup>154</sup>.

En estos dos casos, el *modus operandi* es similar: la utilización de prácticas coactivas que mermaban de manera significativa el comportamiento económico del destinatario para el cobro de unas deudas que, en muchos casos, habían prescrito o simplemente no existían. La práctica agresiva se concretaba en instar al consumidor ante órganos judiciales manifiestamente incompetentes para el pago de una supuesta deuda que no venía suficientemente detallada o que, en muchos casos, había prescrito, con el objeto de intimidar al consumidor y que procediese al pago inmediato de la deuda, a fin de evitar los costes y los inconvenientes derivados de un proceso judicial.

En el procedimiento n.º 24117 examinado por la AGCM, algunas asociaciones de consumidores advertían de la comisión de prácticas comerciales desleales por parte de *Eurorec Agenzia Nazionale Cartolarizzazioni e Recupero Crediti S.r.l.* (en adelante, Eurorec) que, con el objeto de recuperar presuntos créditos que había adquirido de la *Società di telecomunicazioni LTS*, algunos de ellos ya prescritos, habían citado a diversos consumidores, indicando la fecha de una primera audiencia ante un juez territorialmente incompetente, por cuanto se les emplazaba a un juez diverso a aquel que correspondía por ser el lugar de residencia o domicilio habitual del consumidor.

En particular, las asociaciones de consumidores habían presentado varias solicitudes para instar la intervención de la AGCM quejándose del carácter intimidatorio y agresivo de esta práctica frente a un grupo de consumidores en un intento de recuperar las supuestas cantidades que no se adeudaban por parte de los consumidores.

En este caso, la Autoridad de Competencia Italiana consideró que la conducta del operador era susceptible de coactar al consumidor medio, dando paso a la convicción de que, cualesquiera que fuesen las razones que sustentasen su posición, era preferible proceder rápidamente al pago de la cantidad requerida, en lugar de exponerse a las consecuencias que se avisaban por parte del empresario. En consecuencia, la AGCM consideró la conducta idónea para ejercer un grado significativo de presión psicológica sobre el consumidor susceptible de

---

<sup>154</sup> Incluso el comportamiento desleal expuesto ha tenido sucesivas resoluciones de la AGCM en este mismo sentido. Así, puede consultarse el procedimiento AGCM n.º 25586 (PS 9694-Carige assicurazioni-solleciti di pagamento) de 29 de julio de 2015. *Vid.*, GAMBINO, A. M., «Il recupero del credito come pratica commerciale post-vendita. A proposito di AGCM. Provv. 25586/2015», *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n.º 2, 2016, p. 233, que destaca el papel de la Autoridad Italiana de la Competencia en sancionar los comportamientos de los empresarios que, con el objeto de recuperar créditos prescritos, utilizaban una técnica agresiva consistente en emplazar a los clientes ante foros diversos de los consumidores.

alterar su comportamiento económico, pues la conducta ejercida por el profesional le suponía al consumidor una coacción para que realizase el pago de la cantidad que se le requería. Según el criterio de la Autoridad, el propósito perseguido por la empresa infractora mediante el envío de escritos en forma de acciones legales que les emplazaban ante jueces incompetentes era coactar la libertad de elección del consumidor para obligarle a pagar la cantidad requerida, a fin de evitar los gastos adicionales que le podría generar su defensa legal. Con todo, por las razones expuestas, la AGCM consideró que la conducta llevada a cabo por el profesional integraba una práctica comercial agresiva contraria a los arts. 20.2, 24 y 25 apartado 1, letra e) del *Codice del Consumo* que pudo hacer que el consumidor tomase una decisión sobre una transacción que no habría tomado de otra manera. Como consecuencia de la conducta descrita, la AGCM le impuso a Eurorec, una sanción pecuniaria de 100.000 €.

Sin embargo, como ya se ha advertido, la declaración de esta práctica como agresiva por parte de la AGCM en este procedimiento y la significativa sanción impuesta al empresario por llevarla a cabo, no fue motivo suficiente para generar entre los infractores algún efecto disuasorio<sup>155</sup>. Con ello nos referimos al procedimiento que con posterioridad se denuncia ante la AGCM n.º 25033 de 17 de julio de 2014, en el que se examina una práctica agresiva que guarda una gran similitud con la anteriormente citada.

En este caso, se trataba también de una empresa de gestión de cobros que solicitaba el pago de presuntos créditos, muchos de ellos ya prescritos, amenazando que, ante la falta de pago, emprendería acciones legales o especificando que, con el fin de negociar el cobro de la deuda, un trabajador de la empresa acudiría a la dirección del deudor o a su lugar de trabajo. Se trataba esta de una práctica desarrollada en el mismo sector que la anterior y el *modus operandi* era, en esencia, el mismo, este es, la intimidación a través de cartas, SMS, o llamadas telefónicas exigiendo el pago de unas deudas infundadas o insuficientemente detalladas, bajo amenaza de emprender acciones judiciales para hacer afectiva la deuda. En consecuencia, este supuesto se consideró práctica agresiva por ser lesiva para los intereses de los consumidores al generarles la creencia de que, sería preferible el pago de la cantidad requerida por el empresario que enfrentarse a las consecuencias que este anunciaba. La Autoridad Italiana de Competencia, le impuso al empresario infractor una sanción pecuniaria de 84.000 euros.

---

<sup>155</sup> Además de la resolución de 2014 que se cita, también la AGCM había conocido en 2013 un supuesto parecido, (Caso PS8876), en el que la Autoridad alude a la inexactitud de la deuda y confirma la intención del empresario en este caso de intimidar a los consumidores afectados a través de reclamaciones falsas para empujarlos a pagar las cantidades de dinero exigidas.



El escenario en España, con contadas excepciones<sup>156</sup>, es distinto. Aquí se ha recurrido al Derecho penal para reprimir estos supuestos cuando este debería reservarse como último recurso, por el principio de intervención mínima que caracteriza al Derecho penal. Así, algunos pronunciamientos judiciales han declarado las prácticas agresivas utilizadas por algunas empresas de cobro de morosos, como conductas delictivas<sup>157</sup>. Se trata de supuestos en los que las técnicas utilizadas por estas empresas van dirigidas a generar en el deudor una situación de incomodidad que le impulse a pagar un crédito que, de otra forma, no estaría dispuesto abonar, o al menos, no lo haría en el tiempo ni en las condiciones que se le exigen. En estos supuestos, el requerimiento de pago ha ido acompañado de una intimidación o amenaza lo suficientemente grave como para provocar que el destinatario proceda al pago de la cantidad exigida. Además, esta conducta se ha completado con la insistencia de los empleados de estas agencias de cobro, de manera que, con todos estos condicionantes, el destinatario, frente al miedo de enfrentarse a un mal mayor, ha accedido a las pretensiones del agente forzándose a realizar una conducta que en realidad no ha querido hacer, supuesto que recuerda al concepto de práctica agresiva que se defiende en el Derecho de la competencia desleal.

Respecto a la amenaza con emprender acciones judiciales, se ha discutido que pueda considerarse una conducta desleal, por cuanto, en primer lugar, constituiría una práctica ajena, al menos, al periodo de comercialización del producto o servicio que se hubiera realizado sin que concurriesen ninguno de los presupuestos desencadenantes de la deslealtad de la práctica, a saber, el acoso, la coacción o la influencia indebida y, en segundo lugar, porque sería anunciar el ejercicio legítimo de un derecho. No obstante, la configuración del concepto práctica comercial al que se refiere el art. 2.3 de la LCD «*La ley será de aplicación a cualesquiera actos de competencia desleal, realizados antes,*

<sup>156</sup> Por ejemplo, el supuesto descrito por Díez BAJO, Á., «Art. 8 LCD», *op. cit.*, p. 218, con cita a la SJPI Madrid n.º 87, de 2 de marzo, de 2010 (AC/2010/107) que describe la deslealtad de la práctica realizada por una entidad financiera consistente en que sus empleados, mediante llamadas agresivas, compelen a sus clientes a la movilización de sus activos financieros para la adquisición de nuevos productos.

<sup>157</sup> Este el caso de la SAP Granada (Sección 1.ª) n.º 679/2000, de 9 de noviembre, de 2000 (JUR 2001\48364) [Ponente: Carlos Rodríguez Valverde], que al grito de «*te vamos a cortar la cabeza, te vamos a dar una paliza que te vamos a dejar medio muerto si no pagas*» pretendían los trabajadores de la empresa cobrar la deuda del presunto deudor; la SAP Valencia n.º 211/2010, de 31 de marzo, de 2010 (JUR 2010\219481) [Ponente: Carolina Rius Alarcó] en la que los trabajadores acudieron a la casa del denunciante para decirle que «*si no les daba una solución respecto al pago de la deuda se la iban a montar*», o la SAP León (Sección 3.ª), n.º 87/2012, de 2 de febrero, 2012 (JUR 2012\71933) [Ponente: Luis Adolfo Mallo Mallo] en que se dirigieron al deudor con expresiones tales como «*nosotros venimos a cobrarle a ti y por cojones te vamos a cobrar*», mientras lo agarraban por el pecho en presencia de terceras personas. Ver también las reflexiones de FERNÁNDEZ BENAVIDES, M., «Empresas de cobro de morosos al límite de la legalidad», *Centro de estudios de consumo*, n.º 4, 2012.

*durante o después de una operación comercial o contrato, independientemente de que éste llegue a celebrarse o no», o la enumeración de circunstancias que se deberán tener en cuenta para determinar si una conducta constituye una práctica agresiva desleal, en el art. 8.2 letra e): «La comunicación de que se va a realizar cualquier acción que, legalmente, no pueda ejercerse», no deja lugar a dudas de que la amenaza del inicio de acciones legales, pese a ser un derecho legítimo del profesional, puede considerarse desleal por coacción si la amenaza se realiza bajo unas circunstancias que le reportan una situación angustiosa al consumidor.*

También, en muchos supuestos en los que el consumidor se ha negado al pago de la cantidad adeudada por no ser conforme con aquello estipulado en el contrato, se ha visto amenazado por el empresario a que, si no efectuaba el pago en el plazo establecido, se procedería a inscribirlo en un registro de morosos<sup>158</sup> o en los supuestos más graves, al corte del suministro del servicio. En determinados ámbitos, la amenaza de esta última medida resulta claramente perjudicial para satisfacer las necesidades básicas de los consumidores. Así, en sectores de suministros esenciales como el energético o el agua, que implican

---

<sup>158</sup> En relación con la ilegalidad en el tratamiento de datos de carácter personal en la que incurre una empresa que incluye a un consumidor en un registro de morosos si no se procede al pago de la cantidad supuestamente adeudada por el consumidor pero que este había puesto en duda, se pronuncia la STS n.º 174/2018, de 23 de marzo, de 2018 (Civil) (RJ 2018\1151) [Ponente: Rafael Saraza Jimena] en los siguientes términos: «La inclusión de los datos personales de la demandante en los registros de morosos, cuando se habían producido reiteradas irregularidades en la facturación de sus servicios, que provocaron las protestas de la demandante y la emisión de facturas rectificativas, y, en definitiva, determinaron la disconformidad de la cliente con el servicio prestado y con las facturas emitidas, puede interpretarse como una presión ilegítima para que la demandante pagara una deuda que había cuestionado, sin que existan datos que permitan considerar abusiva o manifiestamente infundada la conducta de la afectada». Con anterioridad la STS n.º 176/2013, de 6 de marzo, de 2013 (Civil) (RJ 2013\2587) [Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos] había declarado que: «La inclusión en los registros de morosos no puede ser utilizada por las grandes empresas para buscar obtener el cobro de las cantidades que estiman pertinentes, amparándose en el temor al descrédito personal y menoscabo de su prestigio profesional y a la denegación del acceso al sistema crediticio que supone aparecer en un fichero de morosos, evitando con tal práctica los gastos que conllevaría la iniciación del correspondiente procedimiento judicial, muchas veces superior al importe de las deudas que reclaman». En este campo, la Autoridad Italiana de Competencia ha realizado varias intervenciones en la protección del consumidor frente a prácticas agresivas de los empresarios consistentes en la inclusión en un registro de morosos si el consumidor no accede al pago inmediato de las sumas supuestamente adeudadas y requeridas por los prestadores del servicio. Entre sus últimas intervenciones destacan los Procedimientos n.º 27287 (PS11043-Wind Tre); n.º 27288 (PS 11044-Telecom) y n.º 27289 (PS 11048-Vodafone), todos de fecha 1 de agosto de 2018, en los que la AGCM sanciona con una multa de 3.2 millones de euros a Wind Tre, Telecom y Vodafone, principales operadores de telefonía en Italia, por prácticas agresivas consistentes en amenazar a sus clientes con la inclusión en un registro de morosos (S. I. Mo. I. Tel) si no accedían al pago de las cantidades reclamadas, de manera que, según el criterio de la citada Autoridad indujeron a creer al consumidor que, independientemente de la validez de su deuda, sería preferible pagar rápidamente la cantidad solicitada, para evitar la entrada en la mencionada base de datos, con la posible consecuencia de no poder celebrar contratos con ningún operador telefónico, siendo este un servicio esencial.

una íntima relación con los derechos humanos, la amenaza con la privación del suministro si el consumidor no accede a las peticiones del prestador, sitúa en una posición de especial vulnerabilidad al consumidor que exige algún tipo de intervención pública para garantizar sus derechos <sup>159</sup>.

Pero no únicamente la coacción con amenazas determina la deslealtad de la práctica, sino que también puede recibir esta calificación, la conducta consistente en la imposición de cargas excesivas para evitar el ejercicio de ciertos derechos del consumidor. Esta situación es a la que se refiere el legislador en el art. 8.2 de la LCD cuando al enumerar las circunstancias que pueden tomarse en consideración a la hora de calificar una conducta desleal por coacción, incluye la imposición por el empresario o profesional de cualesquiera obstáculos no contractuales onerosos o desproporcionados cuando la otra parte desee ejercitar derechos legales o contractuales. Así, el hecho de que las cargas u obstáculos impuestos no tengan amparo contractual pone de manifiesto que las presiones a las que se puede enfrentar el destinatario no pueden ser legítimas <sup>160</sup>.

En este sentido, interesa destacar un supuesto de práctica agresiva conocido por los tribunales franceses <sup>161</sup>, en el que un empresario de productos agrícolas vendía sus productos a personas de avanzada edad (ente 75 y 90 años) a un precio muy superior a los habituales en el mercado y utilizaba técnicas agresivas para vender sus productos entre este grupo de sujetos, basadas en la coacción moral para viciar su consentimiento, además de obstaculizar el ejercicio de sus derechos contractuales.

Si bien el sistema francés y su decisión de perseguir mediante el Derecho penal sancionador determinado tipo de prácticas agresivas, entraña como potencial peligro que su represión se quede más en un plano teórico que práctico <sup>162</sup>, el caso analizado demuestra una especial sensibilidad por reprimir este tipo de prácticas que tienen como destinatarios a un público especialmente

<sup>159</sup> En relación con la especial vulnerabilidad del consumidor ante la amenaza del empresario del corte de un suministro esencial si no accede a sus requerimientos, se aconseja consultar, DEFENSOR DEL PUEBLO, *Estudio sobre la protección de los consumidores vulnerables en materia de energía eléctrica*, Madrid, 2017, disponible en: [https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2017/05/Bono\\_social-1.pdf](https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2017/05/Bono_social-1.pdf), p. 20/29.

<sup>160</sup> En este sentido, TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal op. cit.*, p. 198.

<sup>161</sup> *Vid.*, la sentencia de la *Cour de Cassation, Chambre Criminelle*, n.º 13-83204, de 1 abril de 2014.

<sup>162</sup> En este sentido, DE CRISTOFARO, G., «Infringement on the Prohibition of Unfair Commercial Practices and Tort Law», *op. cit.*, p. 119 y FRIANT-PERROT, M., «The vulnerable consumer in the UCPD and Other Provisions of EU Law», *op. cit.*, pp. 102 y 103, y CHANTEPIE, G., «La détermination de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives des pratiques commerciales déloyales», en TERRY, E., y VOINOT, D., *Droit européen des pratiques commerciales déloyales. Evolution et perspectives*, Ed. Larcier, Belgium, 2012, p. 91.

vulnerable, como son el colectivo de personas de avanzada edad que, por sus características, requiere una tutela reforzada.

## 2) Coacción con fuerza

La coacción con uso de la fuerza es, sin duda alguna, el recurso más in cuestionable de deslealtad puesto que demuestra de manera palpable la agresividad del empresario en la comercialización de sus productos o servicios<sup>163</sup>. Sin embargo, a su vez, se trata del supuesto más problemático. Su clara reminiscencia al ámbito penal, fuerza al intérprete a configurar un ilícito civil que, si bien tomará prestado algunos de los elementos a los que se ha sometido la coacción penal<sup>164</sup>, deberá apartarse lo suficiente de ella hasta configurar un precepto autónomo y así dar pleno significado a la consideración de esta figura en el ámbito de la LCD.

Por eso, en la ordenación de las prácticas agresivas como supuesto de deslealtad, la referencia al uso de la fuerza debe entenderse como un concepto amplio, en el que no únicamente se atiende a la fuerza física, supuesto este más cercano al ámbito penal, sino también a otro tipo de «fuerza» como la presión psicológica para que el destinatario acceda a las pretensiones del oferente.

En definitiva, el recurso a la fuerza al que se refiere el legislador en la configuración de la coacción con relevancia para el Derecho de la competencia desleal es el escenario en el que por la presión del empresario a la que queda sometido el destinatario, le emplaza a una situación de zozobra o inseguridad que le lleva a aceptar la oferta presentada si quiere evitar que pese sobre su persona una situación negativa para sus intereses<sup>165</sup>. Por tanto, nos remitimos a las situaciones descritas en el apartado anterior.

## 3) Las prácticas agresivas por coacción *per se* desleales del art. 28 LCD

El art. 28 de la LCD precisa las circunstancias por las que se considera que el consumidor es víctima de una práctica agresiva por coacción que, de

---

<sup>163</sup> Vid., ARROYO APARICIO, A., «Artículo 8. Prácticas agresivas», *op. cit.*, p. 217.

<sup>164</sup> La coacción como delito que describe el art. 172 CP: «*El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados (...)*».

<sup>165</sup> Díez BAJO, Á., «Art. 8 LCD», *op. cit.*, p. 415 que entiende la coacción con relevancia desleal como la aceptación de la oferta comercial o ciertos extremos de esta como condición necesaria para evitarle al consumidor una situación negativa de carácter ilegítimo.

cumplirse, califican automáticamente como desleal el supuesto. Conforme al citado artículo, el consumidor es víctima de una práctica agresiva por coacción cuando se le haga creer que *«no puede abandonar el establecimiento del empresario o profesional o el local en el que se realice la práctica comercial, hasta haber contratado, salvo que dicha conducta sea constitutiva de infracción penal»*.

Del precepto, se pueden distinguir tres partes importantes:

- 1) La referencia al lugar en el que se realice la práctica comercial, esto es, el establecimiento o local del empresario o profesional.

Según la Directiva de prácticas comerciales desleales se considera que el consumidor está ante una práctica agresiva por coacción cuando se cree *«la impresión de que el consumidor no puede abandonar el local hasta haber perfeccionado el contrato»* (Anexo I, punto 24 de la Directiva). Sin embargo, en la transposición de la citada Directiva a nuestro ordenamiento interno, el legislador español decide incorporar en el art. 28 LCD, también como referencia, el *«establecimiento del empresario o profesional»* en el que se realice la práctica. En consecuencia, el legislador español adopta una construcción conceptual más amplia que aquella inicialmente defendida por el legislador comunitario, susceptible de abarcar los supuestos más habituales de comisión de estas prácticas, como son aquellas realizadas a través internet o fuera del establecimiento comercial habitual del profesional. De esta manera, se persigue prevenir el posible fraude de los empresarios agresivos que trasladasen a los consumidores a instalaciones ajenas a su local empresarial con el objeto de burlar la Ley. Recuérdese que esta había sido la tónica seguida en España para la comisión de las por aquel entonces llamadas *«técnicas irregulares de ventas»*, actualmente conocidas como *«prácticas agresivas»*<sup>166</sup>. Se trataba de locales alejados de cualquier núcleo de población, incluso de difícil acceso, cuyo entorno fuese idóneo para la comisión de estas prácticas<sup>167</sup>. Estos locales a los

---

<sup>166</sup> Así sucedía en los supuestos regulados por la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias, a los que ya hemos hecho referencia en este trabajo. Sobre esta cuestión, puede consultarse, MONGE GIL, Á. L., «Art. 28. Prácticas agresivas por coacción» en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 783.

<sup>167</sup> En este sentido se pronuncia, SAP Badajoz (Sección 3.ª) n.º 290/2002, de 30 de septiembre, de 2002 (JUR 2003\60698) [Ponente: Marina Muñoz Acero]: *«(...) la parte actora no pudo examinar la oferta durante un tiempo prudencial para meditar sobre la misma y compararla con otras del mercado, y en ausencia del empresario o su agente decidiendo en realidad con excesiva rapidez y ante la táctica persuasiva de la demandada y sin poder por tanto consultar lo ofertado, en ausencia de la misma, puesto que en una misma tarde y en un marco espacial y temporal tan especial, cual era el hotel donde iniciaba tales actores sus vacaciones, se les entregó por la demandada un premio de una semana de estancia gra-*

que hacemos referencia, solían ser los salones de un hotel o lugares de reuniones en las que después de largas horas de espera, el consumidor se veía abocado a contratar si quería volver a su lugar de origen <sup>168</sup>.

2) La referencia «*hasta haber contratado*».

Como es sabido, la teoría general del contrato establece que los contratos se entienden perfeccionados con el mero consentimiento de las partes sin que sea necesaria la formalización por escrito ni ninguna otra formalidad, tampoco es necesario, sobre la base del art. 1.254 CC <sup>169</sup> que se requiera el cumplimiento de las contraprestaciones pactadas. No obstante, la propuesta de Directiva de prácticas comerciales desleales exigía para la aplicación de la normativa represora de la competencia desleal «*haber firmado el contrato o realizado el pago*». De haberse mantenido la formulación pretendida por el legislador comunitario, se habrían dejado fuera aquellos supuestos en los que pese existir un contrato perfeccionado, entendiéndose por tal, la concurrencia de la voluntad común de las partes para obligarse, no se hubieran cumplido los requisitos formales o no se hubiera producido el pago del precio o entrega de la contraprestación. Por eso, se incluye la referencia «*hasta haber contratado*».

3) La exclusión de aquellos supuestos que supongan una infracción penal.

En el margen con el que cuentan los Estados miembros para decidir sobre la naturaleza de las sanciones a adoptar ante la comisión de prácticas comerciales desleales (art. 13 de la Directiva 2005/29/CE) no se prohíbe la criminalización de estas prácticas <sup>170</sup>. Sin embargo, no consideramos que el

---

*tis en un apartamento de lujo, un taxi gratis para llevarles a otro hotel de distinta población, donde se les ofreció unas copas gratis y hasta una cena después, en otro establecimiento, igualmente invitada, mientras se les hablaba, lógicamente con toda la habilidad estudiada del marketing directo, de una oferta que no esperaban, ni de la que habían pedido siquiera información; colocándoles por tanto de manera imprevista y con indudable sorpresa ante una situación contractual (...)».*

<sup>168</sup> Para LUNAS DÍAZ, M. J., «Art. 28», *op. cit.*, p. 425, le resulta difícil al consumidor en estos supuestos probar que quiso marcharse pero que el comercial efectivamente se lo impidió o que el comercial utilizó técnicas agresivas de venta para la formalización del contrato. A su modo de ver, resultaría posible exigir a los órganos judiciales cierta flexibilidad interpretativa para entender que se han cometido estas prácticas y también a los consumidores y a sus representantes mayor diligencia en la custodia de pruebas para poder acreditar en sede judicial las prácticas agresivas realizadas por el empresario en la comercialización de sus productos o servicios.

<sup>169</sup> Según el art. 1.254 del CC: «*El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio*».

<sup>170</sup> Sobre la posibilidad de persecución de las conductas desleales por la vía penal, OSUJI, O. K., «Business-to-Consumer Harassment, Unfair Commercial Practices Directive and the UK—A Distorted Picture of Uniform Harmonization?», *Journal of Consumer Policy*, diciembre 2011. También sobre el

recurso a la vía penal sea la alternativa idónea para su persecución, pudiendo únicamente tener alguna utilidad en los supuestos de prácticas agresivas más graves, considerando, entre otros factores, la pluralidad de consumidores afectados o que los sujetos perjudicados sean consumidores especialmente vulnerables<sup>171</sup>.

Como se ha apuntado, en España, de entre todas las opciones existentes para reprimir las prácticas desleales, una posible vía es el Derecho penal, en especial, delitos de acoso y coacción de los arts. 169 a 171 CP y art. 172 CP respectivamente, de detenciones ilegales y secuestros de los arts. 163 a 168 CP o, incluso el delito de torturas (arts. 173 a 177 CP). Para evitar la doble tipificación de las prácticas agresivas, el régimen del Derecho de la competencia desleal no entronca con el que, en su caso, establezca la legislación penal<sup>172</sup>. De manera que, en el supuesto de que entre en contradicción un régimen con otro, el legislador deja constancia que primará el régimen penal que se hubiese previsto para este tipo de conductas. Así lo expresa el legislador en la regulación de las prácticas agresivas por coacción (art. 28 LCD) en el que se establece que, para la represión de las prácticas comerciales agresivas desleales, será de aplicación la LCD: «*salvo que sean constitutivas de conductas penales*». Por tanto, se excluyen del régimen previsto en la legislación represora de la competencia desleal, aquellos comportamientos que, por su gravedad, trascienden del ámbito de la disciplina de la competencia desleal y se integran, en el supuesto de acoso y coacción penal<sup>173</sup>.

---

papel que desempeñan los procedimientos penales en las prácticas desleales introducidas por la Directiva 2005/29/CE, se pronuncia: JUNG, P., «UCP-Directive and Swiss Law against Unfair Competition», *Journal of European Consumer and Market Law* n.º 2, 2016, p. 104.

<sup>171</sup> En este sentido, LUNAS DÍAZ, M. J., «Art. 28», *op. cit.*, pp. 421 y 422. También, MONGE GIL, Á. L., «Art. 28. Prácticas agresivas por coacción», *op. cit.*, p. 784, advierte que, una vez verificada la existencia de algún delito por el empresario en la utilización de técnicas agresivas de venta, el posible juicio abierto por un acto de competencia desleal, deberá quedar en suspenso en tanto en cuanto se produzca el fallo penal. Solo si se declarase no existir actividad delictiva, se podría intentar el reconocimiento de una práctica desleal por agresiva en los términos establecidos por la LCD.

<sup>172</sup> MASSAGUER FUENTES, J., «Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal», *op. cit.*, p. 23, critica la precisión que efectúa el legislador español en este sentido, porque según el autor, «*hacer creer que el consumidor no puede abandonar el establecimiento*» no apunta necesariamente a una detención ilegal, y si esta ocurre, es evidente que el reproche de deslealtad no desplaza a la represión penal.

<sup>173</sup> Como advierte TORRES LANA, J. Á., «Métodos agresivos de venta y multipropiedad», *op. cit.*, p. 10/15 (versión electrónica) aunque algunas ocasiones se ha utilizado la vía penal para la satisfacción de los intereses de los consumidores no parece que sea este el cauce adecuado para ello. En su argumentación, se cita el caso «*Atlantic Club Tierra Mar de Matalascañas*» en el que se imputó un delito de estafa por la «*técnica comercial agresiva*» utilizada por los vendedores de un grupo de empresas extranjero en relación con un complejo hotelero.

C) *El ejercicio de «influencia indebida» sobre el destinatario como comportamiento desleal*

El último elemento que el legislador enumera como típico de una práctica agresiva es el de la «*influencia indebida*», que se define como «*la utilización de una posición de poder en relación con el consumidor para ejercer presión, incluso sin usar fuerza física ni amenazar con su uso, de una forma que limite de manera significativa la capacidad del consumidor de tomar una decisión con el debido conocimiento de causa*» [art. 2 j) Directiva 2005/29/CE]. De manera similar, a excepción de la consideración de «*destinatario*» en vez de «*consumidor*», el legislador español incorpora la definición de «*influencia indebida*» del texto comunitario en el apartado segundo del art. 8 de la LCD.

Mediante la inclusión de la influencia indebida como una de las tres conductas tipificadas por la LCD como prácticas desleales por agresivas, se sancionan aquellas situaciones en las que, *de facto*, existe una supremacía del profesional sobre el consumidor y en las que el primero abusa de esta situación extraordinaria para influenciar el comportamiento económico del destinatario de la práctica, de manera que, se impide que este adopte una decisión económica libre respecto a una determinada transacción comercial<sup>174</sup>.

El carácter especial de la relación a la que hacemos referencia puede deberse a una relación de subordinación, dependencia o de otro carácter extraordinario entre ambos sujetos que sitúe al destinatario de la práctica en una posición de especial vulnerabilidad o pleitesía con el agente<sup>175</sup>. De esta manera, además de las relaciones típicas de dependencia como pueden ser las laborales o las docentes, también encajarían en el concepto de influencia indebida con relevancia mercantil, aquellas situaciones en las que exista una marcada asimetría informativa entre el agente y el destinatario, que emplace al segundo a una situación de subordinación respecto del primero a la hora de adoptar una determinada transacción comercial. Esto ocurre especialmente en determina-

---

<sup>174</sup> La influencia indebida como ha sido expuesta en este trabajo se entiende de manera muy similar a como se ha defendido en los principios de Derecho europeo de contratos (art. 4:109: Beneficio excesivo o ventaja injusta). Podría afirmarse entonces que se trataría de una misma figura, con un mismo objeto, pero con dos caras distintas y con necesidad de establecer conexiones entre ambas. Reafirmamos, por tanto, una vieja reivindicación defendida por el Prof. Miranda en muchos de los trabajos en los que ha tratado la necesidad de establecer conexiones normativas entre el Derecho de contratos y el Derecho de la competencia. *Vid.*, en este sentido, MIRANDA SERRANO, L. M., «La protección del consumidor como ariete de la reforma del viejo Derecho privado, en especial, en la fase previa a la contratación de bienes y servicios», *op. cit.*, pp. 55-57.

<sup>175</sup> MASSAGUER FUENTES, J., «Prácticas comerciales agresivas» en COSTAS COMESAÑA, J., FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M., MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., *et al.*, *Publicidad, Defensa de la Competencia y Protección de Datos*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 86.



dos sectores como el financiero<sup>176</sup>, caracterizado por una acusada desigualdad informativa entre el oferente y el destinatario<sup>177</sup> que ha sido objeto de numerosas prácticas agresivas de los operadores con los consumidores basadas en la confianza que depositaba el cliente en la entidad financiera, algunas de estas prácticas han desencadenado la crisis financiera más importante de nuestra historia reciente<sup>178</sup>.

Sin embargo, no basta con que el agente ocupe una posición de poder en relación con el destinatario de la práctica, sino que para que se pueda constatar la existencia de influencia indebida, esta situación de subordinación debe ser explotada por parte de quien ocupa la situación de dominio en la relación jurídica.

### 1) El origen del concepto de la «*Undue influence*»

El origen del término «*influencia indebida*» proviene del Derecho anglosajón. En particular, la *Fair Trading Act* de 1973 utilizaba algunos de los términos que posteriormente configurarán la influencia indebida tal y como es

<sup>176</sup> De entre todas las resoluciones por malas prácticas en el ámbito financiero, destacan los pronunciamientos sobre la contratación de permutas financieras, o más conocidas, como «*swaps*». Este no es el único supuesto, pudiendo destacar el caso de las «*preferentes*». Las resoluciones sobre esta causa se han centrado en la infracción del deber de informar que puede valorarse desde el dolo, pero también podría valorarse desde el efecto propio del error como vicio del consentimiento. Así sucede en las demandas que se presentan por nulidad del contrato de *swaps* en el que se alega que el consentimiento fue prestado con vicio, ya sea por error, ya sea por dolo, en cuanto hubo engaño respecto de los aspectos determinantes de las liquidaciones. Por ejemplo, STS n.º 631/2015, de 26 de noviembre, de 2015 (Civil) (RJ 2015\5486) [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo] y, en este mismo sentido, STS n.º 727/2016 de 19 de diciembre, de 2016 (Civil) (RJ 2016\6269) [Ponente: Pedro José Vela Torres]. Para un estudio más en profundidad sobre esta cuestión, FERRANDO VILLALBA, M. L., «Swap: vicio del consentimiento y anulación del contrato», *La Ley*, n.º 7523, 2010 (versión electrónica); MORALES MORENO, A. M., «Permuta financiera de intereses (SWAP), deberes de información, error e indemnización. Reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 21-11-2012», *RDM*, n.º 289, 2013, pp. 428-440, y BOLDÓ RODA, C., «Nulidad de los contratos de swap», en MIRANDA SERRANO, L. M., (Dir.) PINO ABAD, M. y PAGADOR LÓPEZ, J., (Coord.), *La protección de los consumidores en tiempos de cambio*, Ed. Iustel, Madrid, 2015, pp. 291-301.

<sup>177</sup> Así lo ha manifestado GENOVESE, A., «Il contrasto delle pratiche commerciali scorrette nel settore bancario. Gli interventi dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato», en MELI, V., y MARANO, P. (Dirs.), *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, Ed. G. Giappichelli, Torino, 2011, pp. 41 y 42. También, entre la doctrina italiana, BRODI, E., «Dal dovere di far conoscere al dovere di far “comprendere”: l’evoluzione del principio di trasparenza nei rapporti tra impresa e consumatori», *Banca Borsa Titoli di Credito*, n.º 2, 2011, p. 248.

<sup>178</sup> Un ejemplo de práctica agresiva en el sector financiero, lo constituye la STS n.º 735/2009, de 25 de noviembre, de 2009 (Civil) (RJ2010\145) [Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel]. En esta ocasión, se declara ilícita la práctica agresiva cometida por una academia de enseñanza de idiomas consistente en que la entidad a la firma del contrato de servicio de enseñanza de idiomas, vinculaba otro contrato de financiación del curso, mediante un ofrecimiento de un documento impreso emitido por una entidad financiera, elegida por la prestadora de los servicios de enseñanza, quedando de esta manera anulada la libertad de elección del consumidor para optar por otras posibilidades de financiación.

definida por el legislador comunitario. Así, la *undue influence* o la *statutory protection* de la *undue pressure*, son los conceptos sobre los que se basó el legislador comunitario para elaborar un concepto propio de influencia indebida en la Directiva de 2005<sup>179</sup>.

Si bien en un primer momento la influencia indebida del *Common Law* se limitaba al ejercicio de violencia física sobre el sujeto, pronto se advirtió que debía, a través de la equidad, extenderse el concepto a aquellos supuestos en los que el destinatario de la práctica era víctima de una violencia moral o de otro tipo de presión psicológica, porque en estos casos el resultado sobre el sujeto pasivo podía ser el mismo que el de la violencia física. Por ello, el Derecho inglés hablaba de la *undue influence* como un nuevo concepto que englobaba a todas las prácticas deshonestas con independencia de que se utilizase la violencia física u otro tipo de condicionante<sup>180</sup>.

Conformado el concepto de la *undue influence* en el Derecho inglés con relativa amplitud, debían concurrir ciertos presupuestos para poder catalogar la práctica como ilícita. En primer lugar, la víctima debía probar que se había visto obligada a formalizar el contrato con el agente tras haber ejercido violencia sobre ella. En segundo lugar, se presumía la *undue influence* (*presumed undue influence*) cuando entre las partes existía a la conclusión del contrato alguna relación de parentesco, profesional, de padrino o de sometimiento psicológico que, en definitiva, denotase alguna forma de sujeción de una parte respecto a la otra<sup>181</sup>.

Como decimos, sobre la base de este concepto, el legislador comunitario en la aprobación de la Directiva 2005/29/CE desarrolla un concepto *ex novum* de influencia indebida como técnica de venta agresiva desleal, condicionada a que se cumplan dos presupuestos:

- 1.º La existencia de una posición de poder.
- 2.º Que esta situación sea «*explotada*» por el empresario, en el sentido de prevalerse de esta situación para ejercer presión, entendida esta

---

<sup>179</sup> POELZIG, D., «Private or Public Enforcement of the UCP Directive? Sanctions and Remedies to Prevent Unfair Commercial Practices», *op. cit.*, p. 37.

<sup>180</sup> En este sentido, DI NELLA, L., «Le pratiche commerciali sleali aggressive», en DE CRISTOFARO, G., *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, Ed. G. Giappicelli, Torino, 2007, pp. 248-250.

<sup>181</sup> En el Derecho inglés, la doctrina de la influencia indebida se aplicaba cuando una parte había ejercido, o estaba en posición de ejercer, un alto grado de control sobre la otra, de manera que la libertad de opción de una parte estaba prácticamente anulada, o bien cuando las partes tuviesen una relación de confianza. *Vid.*, MORALES MORENO, A. M., «Los vicios de la voluntad», en ESPIAU ESPIAU, S. y VAQUER ALOY, A. (Eds.), *Bases de un derecho contractual europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 168. También, LANDO, O., y BEALE, H., *Principios de Derecho contractual europeo, Partes I y II*, edición española a cargo de: BARRES BENLLOCH, P., EMBID IRUJO, J. M., y MARTÍNEZ SANZ, F., Ed. Consejo General del Notariado, Madrid, 2003, p. 380.

como el uso de la fuerza física o de otro tipo, como puede ser, la psicológica.

## 2) El «*poder*» como primer presupuesto de deslealtad

La propia definición de influencia indebida exige reconocer una especial relación entre sujeto agente y el destinatario de la práctica agresiva, que permita que se dé el segundo condicionante para que el comportamiento del operador se considere desleal, este es, el influjo sobre la libertad de elección o conducta del destinatario en relación con el bien o servicio.

El carácter singular de la relación entre ambos sujetos intervinientes puede fundarse en una situación de subordinación del destinatario de la práctica respecto del agente basada en la ocupación de una posición jerárquicamente inferior del primero. El ejemplo típico sería la relación de un jefe con sus empleados. Sin embargo, también otros supuestos pueden recibir tal consideración. Así, la relación de sometimiento basada en la dependencia, la proximidad o la confianza entre ambos sujetos intervinientes que le lleve al consumidor a adoptar una determinada decisión comercial a fin de no defraudar las expectativas del sujeto agente. El ejemplo típico de este segundo grupo de supuestos sería la relación de un maestro con su pupilo<sup>182</sup>. Los supuestos anunciados, son dos situaciones paradigmáticas para sustentar la explicación de influencia indebida como comportamiento desleal. Sin embargo, la agresividad fundada en este concepto engloba un amplio elenco de supuestos que, por su carácter casuístico, no pueden ser tratados con exhaustividad en este trabajo.

En efecto, la doctrina<sup>183</sup> se ha esforzado en estudiar los supuestos en los que puede darse esta especial relación entre ambos sujetos intervinientes que condicione la aplicación del régimen de las prácticas comerciales desleales. Sin embargo, ya hemos advertido que se trata de un análisis «*caso por caso*» en el que se tengan en cuenta las circunstancias en las que se produce la práctica, porque la simple presencia de una relación de carácter extraordinario entre ambos sujetos no reputa automáticamente desleal la práctica, sino que, se exige, además, que el sujeto activo explote esta situación para mermar de manera significativa la libertad de elección o conducta del destinatario.

<sup>182</sup> En este sentido, PALAU RAMÍREZ, F., «Prácticas agresivas...», *op. cit.*, p. 151.

<sup>183</sup> En LCD (1991) se consideraban contrarias a la cláusula general de buena fe, las prácticas consistentes en los abusos de autoridad del oferente en el que este se prevalecía de su especial condición para promover la contratación de sus prestaciones. En este sentido, MASSAGUER FUENTES, J., *Comentarios a...*, *op. cit.*, p. 160.

En este sentido, entre las relaciones extraordinarias de los sujetos intervinientes que pueden dar paso a un comportamiento desleal, se incluirían, además de las ya anunciadas, la relación de un experto respecto a un consumidor que precisa sus servicios<sup>184</sup>, la potestad que puede ejercer un familiar sobre algún miembro de la familia, por ejemplo, los progenitores con sus hijos, o los hermanos mayores sobre los menores; la de un niño con personajes de ficción en los que deposita toda su confianza o la relación que se les debe a los agentes de la autoridad.

A modo ejemplificativo, podría considerarse una práctica agresiva por influencia indebida, la comercialización de un producto financiero contrario a los intereses de un consumidor necesitado de financiación; el médico que de forma abusiva le recomienda a un paciente un fármaco económicamente muy costoso como cura inmediata de su patología, en vez de recetar uno de menores costes para este, movido principalmente por los incentivos que le hubiese prometido la farmacéutica por su comercialización y no por la conveniencia del fármaco para el paciente; el profesional que se aprovecha de la circunstancia especial por la que está atravesando un enfermo terminal para ofertarle sus servicios a un precio abusivo<sup>185</sup> o los casos en los que se hace necesaria una especial pericia del profesional para resolver una situación que le está generando incomodidad y ansiedad al consumidor y que el profesional aprovecha para cobrar un precio abusivo por sus servicios. Este último supuesto podría ser el de aquel cerrajero que se sirve de una situación molesta por la que atraviesa el consumidor, como puede ser la situación generada tras un robo, para aprovecharse de la dependencia de su pericia en resolver la situación y exigirle al consumidor cantidades desorbitadas de dinero por la prestación de sus servicios.

Frente a este modelo tradicional de relaciones en las que su abuso puede dar lugar a un supuesto de práctica agresiva desleal por influencia indebida, entendemos que también encajaría el llamado *influencer*, «*influenciador*» o «*personaje influyente*» en su posible traducción al español<sup>186</sup>. El éxito de esta

---

<sup>184</sup> Por ejemplo, el fontanero que presupuesta la reparación de un radiador estropeado por 80 euros, pero al final el importe de la factura asciende a 450 euros. Cuando el consumidor se niega a pagar esa cantidad, el fontanero le corta el suministro de agua caliente. Vid. COMISIÓN EUROPEA, *Directiva sobre Prácticas Comerciales Desleales. Nuevas leyes para poner fin a las conductas desleales que afectan a los consumidores*, Bélgica, 2006, disponible en: [http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/unfair-trade/unfair-practices/is-it-fair/pdf/ucp\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/unfair-trade/unfair-practices/is-it-fair/pdf/ucp_es.pdf), p. 15.

<sup>185</sup> En este sentido, MOURA DOS SANTOS, T., «A tutela do consumidor entre os contratos de adesão e as práticas comerciais desleais», *Revista Electrónica de Direito*, n.º 1, 2016, p. 14.

<sup>186</sup> Los *influencers*, según definición de Fundeu son aquellas «*personas con conocimiento, prestigio y presencia en determinados ámbitos en los que sus opiniones pueden influir en el comportamiento de otras muchas personas*». <http://www.fundeu.es/recomendacion/influidor-alternativa-a-influencer/>. Sobre la deslealtad en la que puede incurrir este nuevo fenómeno, puede consultarse UNZUÉ ROSSI, J., «Publici-

figura comúnmente utilizada en el ámbito publicitario se basa en el gran número de personas que le siguen y que depositan su confianza<sup>187</sup>. Este vínculo que se genera entre el personaje influyente y su *follower* (seguidor) puede hacer que este adopte una determinada decisión en relación con una transacción comercial que de otra manera no hubiese tomado, por ejemplo, cuando se afirme que la educación de sus hijos o su salud depende de la compra de un producto sin que el personaje influyente sea un experto en la materia y el origen de sus afirmaciones sea puramente comercial. Como decimos, estos supuestos, podrían constituir un supuesto de práctica agresiva desleal por influencia indebida.

### 3) La presión ejercida sobre el destinatario. Especial consideración a las prácticas agresivas en relación con los menores

Como no basta la mera presencia de una situación de carácter extraordinario para valorar la existencia de una práctica comercial desleal por influencia indebida, se impone analizar el segundo de los requisitos, este es, que la presión ejercida sobre el destinatario se revele idónea para afectar a su comportamiento económico, como así exige el art. 8.1 LCD.

En definitiva, se trata de que el agente se aproveche de la especial vinculación que le une con el destinatario para ejercer presión sobre este y así ser susceptible de alterar sus decisiones comerciales. Esta explotación de la relación de dependencia, sumisión o lealtad a la que hacemos referencia, puede hacerla directamente el empresario o profesional, o, siendo este el supuesto más habitual, a través de personas interpuestas, conocidas como prescriptores indirectos, que serán los sujetos que tengan la relación extraordinaria con el destinatario para ejercer sobre este una influencia indebida<sup>188</sup>. Ambos casos, tanto aquellos en los que la influencia la ejerce directamente el empresario o

---

dad nativa mediante influencers», en TATO PLAZA, A., COSTAS COMESAÑA, J., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. I., *et al.* (Dirs.), *Nuevas tendencias en el Derecho de la competencia y de la propiedad industrial*, Ed. Comares, Granada, 2017, pp. 203-225.

<sup>187</sup> El número de «likes» (en Facebook) o «followers» (en Twitter) demuestra el número de usuarios que están directamente conectados con el operador de la página. Para terceras personas este dato indica la relevancia, popularidad o reputación del *influencer*. En este sentido, LICHTNECKER, F., «Specific types of internet advertising and recent German case law», *Journal of Intellectual Property Law & Practices* v. 9, n.º10, 2014, p. 862.

<sup>188</sup> Así, TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, *op. cit.*, p. 201, que, en el ámbito de la publicidad reconoce que no existe en la LCD ningún elemento que permita afirmar que la posición de poder deba ser ocupada directamente por el anunciante. También Díez BAJO, A., «Artículo 8. Prácticas agresivas», *op. cit.*, p. 218, entiende que los supuestos de los prescriptores indirectos podrán ser calificados como supuestos de competencia desleal por prácticas comerciales agresivas por influencia indebida.

bien se ejercita mediante prescriptores indirectos, recibirán el calificativo de prácticas agresivas desleales si se cumplen los requisitos que marca la Ley.

En este sentido, especial atención merece el ejercicio de la influencia indebida del empresario en la publicidad dirigida a los menores. La LCD prohíbe expresamente la 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 (art. 30). El término que utiliza el precepto es el de «padres u otros adultos», mucho más amplio que el que maneja la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (en adelante, LGP) para definir la publicidad ilícita dirigida a los menores que hace referencia a «padres o tutores» (art. 3). En el primer caso, abarca a todo tipo de personas que se encuentren en contacto con el menor, mientras que, en el segundo supuesto, de manera innecesaria a los padres o tutores en sentido jurídico y por consiguiente deja fuera a los abuelos, cuidadores o profesores que pueden no ser los tutores legales pero que igualmente se les puede persuadir para adquirir los bienes o servicios anunciados<sup>189</sup>.

De esta manera, se protege a los menores frente a las injerencias ilegítimas de los empresarios en la formación de sus preferencias de compra, por ser este colectivo especialmente vulnerable frente a las técnicas de publicidad agresiva de los empresarios<sup>190</sup>. Se considera que, en estos supuestos, 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 presión indebida, con el fin de alterar sus decisiones de compra o bien influir en las decisiones de sus familiares. Se prohíbe en consecuencia, la utilización de prescriptores frente al niño, especialmente, personas en las que aquel tenga depositada su confianza ya sea por la relación afectiva (familiar o escolar), ya sea un personaje de ficción o cualquier otro que tenga alguna autoridad moral respecto al niño.

---

<sup>189</sup> En este sentido, ZUBIRI DE SALINAS, M., «Art. 30. Prácticas agresivas en relación con los menores» en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 812 y 813.

<sup>190</sup> También la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, prevé algunas normas de protección al menor en el ámbito publicitario. En concreto, el art. 7.3 prevé, «Las comunicaciones comerciales no deberán producir perjuicio moral o físico a los menores». Se trata este de un supuesto que desarrolla la previsión del art. 3 LGP y 30 de la LCD de prohibición de la publicidad que exhorte directamente a los menores a la compra de un bien o servicio. Sobre la represión pública de la competencia desleal en el sector audiovisual, puede consultarse, MARTÍ MOYA, V., «El piecemeal approach de la tutela pública del consumidor contra prácticas desleales en España frente al modelo italiano», *op. cit.*, pp. 211 y 212. En particular, sobre la protección que dispensa la Ley General de Comunicación Audiovisual a los menores, puede consultarse, MORILLAS FERNÁNDEZ, M., «El menor consumidor y su protección ante la publicidad televisiva» en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), y SUÁREZ LÓPEZ, J. M., (Coord.), *Derecho y Consumo. Aspectos penales, civiles y administrativos*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013, pp. 721-725.

En estos casos, se habla de una doble utilización<sup>191</sup>. En primer lugar, el uso de los personajes, ídolos, profesores o, más modernamente, *influencers*, en los que el menor hubiese depositado su confianza por constituir un referente para él y que son utilizados por el empresario para que el mensaje publicitario sea más persuasivo. En segundo lugar, la utilización del menor para convencer a los padres u otros adultos sobre la conveniencia de la compra del producto anunciado.

La exhortación directa a los niños para que adquieran bienes o usen servicios o para que convencen a los adultos de que contraten los bienes o los servicios anunciados, ha sido una de las prácticas ilícitas más extendidas entre aquellas consideradas desleales *per se* con los consumidores y por las que se ha mostrado mayor sensibilidad por parte de las autoridades para atajar el problema<sup>192</sup>. Así, el Caso Stardollen Suecia<sup>193</sup> en el que una comunidad de jugadores *on line* permitía a los niños vestir muñecas virtuales y se les exhortaba a comprar productos con expresiones tales como «*Comprar más*», «*Comprar aquí*», «*Actualizar ahora*» y «*Convertirse en superestrella*»<sup>194</sup>.

Como ha declarado la doctrina para que este tipo de prácticas reciban la consideración de desleales, la exhortación debe ser directa a los niños a que compren el producto ofertado por el empresario mediante la utilización de expresiones tales como «*compra*», «*colecciona*», «*hazte con todos*», es decir, expresiones que impliquen cierta coacción a que, si no se adquiere el producto, el menor estará en una situación de insatisfacción<sup>195</sup>.

También ha sido considerada desleal por el Consejo Noruego del Mercado, la práctica agresiva desarrollada por un organizador de conciertos que, al

<sup>191</sup> En este sentido, TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, *op. cit.*, p. 202 y LUNAS DÍAZ, M. J., «Art. 30 LCD», *op. cit.*, p. 455.

<sup>192</sup> Entre las iniciativas de las autoridades nacionales para atajar el problema de las prácticas agresivas en relación con los menores en la publicidad, puede consultarse OFFICE OF FAIR TRADING, *The OFT's Principles for online and app-based games*, de 30 de enero de 2014, disponible en: [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/288360/oft1519.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/288360/oft1519.pdf). El documento se publica después de un estudio realizado en el sector del juego por la *Office of Fair Trading* (en adelante, OFT) en el que demostraba la proliferación de prácticas engañosas y agresivas en la comercialización de estos productos, y en especial, la exhortación directa a los niños para que persuadan a los padres de la conveniencia de la compra de determinados juguetes.

<sup>193</sup> Las resoluciones que a continuación se citan están extraídas del documento COMISIÓN EUROPEA, *Guía para la implementación/aplicación de la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales*, 2016, disponible en: [http://ec.europa.eu/consumers/consumer\\_rights/unfair-trade/unfair-practices/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/consumer_rights/unfair-trade/unfair-practices/index_en.htm).

<sup>194</sup> El Tribunal sueco prohibió tales prácticas porque las declaraciones eran exhortaciones directas a los niños en el sentido del punto 28 del Anexo I de la Directiva de prácticas comerciales desleales. MD 2012:14, Marknadsdomstolen, 6 de diciembre de 2012.

<sup>195</sup> En este sentido, TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal* *op. cit.*, p. 403 y ZUBIRI DE SALINAS, M., «Art. 30. Prácticas agresivas en relación con los menores», *op. cit.*, p. 812.

publicitar las entradas para el concierto de un conocido cantante para público juvenil, en sus redes sociales utilizó expresiones como «*Belibers, sigue habiendo tarjetas RIMI disponibles en muchas tiendas. Corre, coge la bici o dile a alguien que te lleve*» y «*Recuerda comprar también entradas para el Biebrexpress al comprar hoy las entradas en RIMI*».

En otros sectores distintos al ámbito del juego, también han proliferado prácticas agresivas en relación con los menores. Un ejemplo, lo constituye la decisión del Defensor del Consumidor Finlandés que consideró que el hecho de que un banco enviara una carta en la que se invitaba a los niños a obtener una tarjeta Visa Electron personal con el fin de conmemorar el décimo aniversario de la entidad, constituía un supuesto de práctica agresiva por influencia indebida.

También podría constituir una práctica agresiva desleal en relación con los menores, la participación de estos en concursos infantiles de dibujo, cuentos o similares, patrocinados por entidades privadas, cuyo «*premio*» hay que recoger en un acto en el que se exponen todos los trabajos premiados, para cuya entrega, en la que debe estar presente necesariamente el menor, se ha de pasar por una oferta promocional de libros u otra clase de material educativo<sup>196</sup>.

#### 4) El suministro no solicitado de productos como práctica agresiva

La asimetría que caracteriza la relación entre comerciantes y consumidores puede dar lugar a situaciones, como hemos estudiado, especialmente incómodas, si se cumplen determinados requisitos. Sobre esta base, el legislador ha decidido calificar como automáticamente desleales determinados comportamientos que le generan al consumidor una intolerable molestia en su actividad comercial. Este sería el caso de que el comerciante exija el pago inmediato o aplazado, la devolución o la custodia de productos suministrados por él, pero que no hayan sido solicitados por el consumidor. Esta práctica, más conocida como «*suministro no solicitado*» se trata de una práctica agresiva considerada *per se* desleal por el Anexo I de la Directiva 2005/29/CE de prácticas comerciales desleales. Por su parte, el art. 31.2 LCD que reproduce el apartado 29 del Anexo I de la Directiva sobre prácticas comerciales

---

<sup>196</sup> En este sentido, MARTORELL ZULUETA, P., *Competencia desleal: prácticas desleales con consumidores. Las técnicas comerciales (¿prácticas agresivas por acoso?) en las ventas fuera de establecimiento mercantil, op. cit.*



desleales, considera desleal en los mismos términos: «*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 servicios en cuestión sea un bien o servicio de sustitución suministrado de conformidad con los establecido en la legislación vigente sobre contratación a distancia con los consumidores y usuarios*».

A su vez, en España la vigente normativa de consumo (art. 100.1 TRLGCU) considera como infracción grave «*la conducta consistente en suministrar al consumidor y usuario bienes o servicios no pedidos por él cuando dichos suministros incluyan una petición de pago de cualquier naturaleza*». Por tanto, podría afirmarse, que la prohibición del art. 31.2 de la LCD viene a complementar aquella prohibición en relación con los suministros no solicitados de productos del TRLGCU porque en esta ocasión se va a considerar desleal bajo cualquier circunstancia la práctica descrita<sup>197</sup>.

En el ámbito de la práctica desleal conocida como «*suministro no solicitado*», recientemente el Tribunal de Justicia, en sentencia de 13 de septiembre de 2018 (Asuntos acumulados C-54/17, AGCM/ Wind Tre SpA y C-55/17, AGCM/Vodafone Italia SpA), ha considerado que la práctica desarrollada por algunas operadoras de telefonía, consistente en comercializar tarjetas SIM (*Subscriber Identity Module*) con servicios de pago preinstalados y preactivados, cuyos gastos de utilización se facturan al usuario a menos que este solicite expresamente su desactivación, y ello sin informar previamente de la existencia de dichos servicios o de que no son gratuitos, es una práctica agresiva desleal de acuerdo con el citado punto del Anexo I de la Directiva de prácticas comerciales desleales.

Si bien este pronunciamiento, pionero a nivel comunitario, no se detiene en el análisis del concepto de influencia indebida de los arts. 8 y 9 de la Directiva 2005/29/CE, como se cuestionaba por parte del órgano remitente, consideramos oportuno si quiera tratarlo brevemente porque confirma, en primer lugar, la actualidad de la materia que en este trabajo abordamos y, en segundo lugar, el activismo de la Autoridad de Competencia Italiana en la represión de las prácticas agresivas más graves.

En efecto, el citado supuesto es uno de los últimos pronunciamientos del TJUE en materia de prácticas agresivas desleales y se produce a raíz de una

---

<sup>197</sup> Así, CARBAJO GASCÓN, F., «Art. 31. Otras prácticas agresivas», *op. cit.*, p. 837 que destaca el papel preventivo que cumple el art. 31.2 LCD frente a este tipo de prácticas porque los empresarios pueden quedar sometidos a un doble régimen de represión. No obstante, la dificultad de recabar información se convierte en el principal obstáculo para la efectividad del precepto.

cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado Italiano que conoció el asunto en apelación, después de que la AGCM declarase como agresivas las prácticas desarrolladas por los operadores de telefonía italianos<sup>198</sup>.

Con la reciente sentencia del TJUE se espera un replanteamiento de las técnicas de marketing que se han generalizado especialmente en el sector de las telecomunicaciones fruto de la posición de superioridad que ocupa el operador respecto del destinatario de la práctica, que le generan al consumidor una merma significativa de su comportamiento económico, al constreñirle a hacer frente a cobros injustificados de servicios sobre los que no ha tenido suficiente información.

## 2. **Circunstancias determinantes del acoso, coacción o influencia indebida**

El art. 8, apartado segundo, de la LCD advierte una serie de circunstancias comunes que se tendrán en cuenta para determinar si la conducta hace uso del acoso, la coacción o la influencia indebida, y, por tanto, se considera desleal.

En este trabajo ya se ha hecho referencia a algunas de las circunstancias que denotan el carácter agresivo de la práctica, ya que al definir cada uno de los comportamientos agresivos se convierte en un requisito ineludible para clasificar como desleales determinadas conductas, atender a criterios como el momento en el que se produce la práctica, su persistencia, el tono amenazador o insultante que emplea el empresario o la explotación por parte de este de cualquier infortunio que está atravesando el consumidor.

No obstante, en este apartado se volverá a prestar atención a algunos aspectos que no han quedado suficientemente detallados en el tratamiento generalizado de las circunstancias en las que se produce el acoso, la coacción y la influencia indebida, siguiendo el orden que marca el legislador. Esta labor interpretativa, se ve nuevamente empañada por la ausencia de resoluciones judiciales en España que aclaren los conceptos que describe el legislador. No obstante, se analizarán algunas resoluciones de otros países, que, a modo ejemplificativo, ayudan al intérprete a afrontar el tratamiento de la cuestión.

---

<sup>198</sup> Procedimientos n.º 23557 (PS7000 – Tim- attivazioni sim presso punti vendita); n.º 22556 (PS7001 – Vodafone- attivazioni sim presso punti vendita); n.º 23557 (PS7002 – Wind- attivazioni sim presso punti vendita); n.º 23558 (PS7003 – H3- attivazioni sim presso punti vendita), todos ellos del año 2012.

## 2.1 EL MOMENTO Y EL LUGAR EN QUE SE PRODUCE LA PRÁCTICA, SU NATURALEZA O SU PERSISTENCIA

En este primer grupo de circunstancias que describe el legislador para considerar desleal una práctica agresiva, prevalece una vez más la idea de que las prácticas agresivas buscan generarle al consumidor una situación especialmente angustiada para que acabe cediendo a las exigencias del oferente.

En definitiva, se trata de situaciones en las que la pericia del consumidor para detectar la deslealtad de la práctica del operador se encuentra significativamente disminuida por las circunstancias que está atravesando, la impertinencia del ofrecimiento, o la actitud que adopta el operador al realizar la oferta.

En estas circunstancias, el nivel de diligencia que se espera del consumidor al valorar la conveniencia de la oferta presentada está seriamente afectado, convirtiéndose así en un blanco fácil para ser víctima de una práctica agresiva. Las situaciones que describe el legislador pueden ser muy diversas. Si atendemos a la primera circunstancia que describe el precepto, es decir, la inoportunidad del momento, podemos encontrarnos en dos escenarios.

En primer lugar, aquellos ofrecimientos comerciales realizados en horas intempestivas, como puede ser, a primera hora del día o la finalización de la jornada laboral del consumidor, en el que el estado de relajación de su mente o el cansancio acumulado le convierten en una persona fácilmente influenciable<sup>199</sup>. También, se encontrarían aquí las prácticas realizadas en momentos límite en los que el consumidor no tiene otra alternativa que aceptar las condiciones impuestas por el operador si quiere hacer uso de su derecho.

En este último supuesto se encontraría, por ejemplo, una práctica comúnmente desarrollada por los operadores aéreos, especialmente entre aquellos que operan en el modelo *low cost*, consistente en omitir en su página web, que recordemos es el principal canal de comercialización de sus servicios, la información relativa al concreto importe que debe satisfacer el consumidor por disfrutar del servicio de *check-in* en el aeropuerto. De manera que, solo una vez se produce la llegada del consumidor al aeropuerto, a pocas horas de la salida de su vuelo, este es consciente del importe adicional que debe pagar por efectuar esta modalidad de registro para embarcar.

La práctica descrita se consideraría agresiva por ser particularmente contraria al nivel de diligencia que se espera del prestador del servicio<sup>200</sup>. El pro-

<sup>199</sup> DIEZ BAJO, A., «Artículo 8. Prácticas agresivas», *op. cit.*, p. 219.

<sup>200</sup> El operador está obligado por el art. 23.1 del Reglamento n.º 1008/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de septiembre de 2008, sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad, a indicar el precio final del billete de manera clara, transparente y sin ambigüedades al

fesional obliga al consumidor a afrontar un coste, en ocasiones considerablemente elevado, del que previamente no le ha informado y en un momento en el que el consumidor no tiene elección si quiere hacer uso de su billete<sup>201</sup>.

En segundo lugar, se encontrarían aquellos supuestos en los que el operador se aprovecha de la circunstancia personal que está atravesando el consumidor para condicionar su libertad económica, de manera que adopte una decisión en relación con una transacción comercial que de otra manera no hubiese tomado.

En este último contexto, se han sucedido algunos interesantes pronunciamientos sobre prácticas agresivas. Por ejemplo, en el sector funerario, se han perseguido determinadas prácticas consistentes en «cazar» a clientes en los hospitales y residencias de ancianos, en momentos posteriores al fallecimiento de un familiar. Este es el caso que reproduce la SAP Madrid de 23 de junio de 2009<sup>202</sup> que consideró desleal, por ser un acto contrario a la cláusula general de deslealtad del ex art. 5 LCD (1991), la práctica cometida por una empresa funeraria consistente en el ofrecimiento de sus servicios en momentos inoportunos, es decir, cuando los consumidores se encontraban atravesando situaciones especialmente penosas, como el fallecimiento de un ser querido, para aprovecharse de esta situación de especial debilidad emocional y así forzar la libertad de elección o conducta de estos<sup>203</sup>.

---

comienzo de cualquier proceso de reserva, de modo que, el consumidor, inmediatamente pueda percibir el importe efectivo final del billete ofertado por el operador. El tenor literal del citado precepto es el siguiente: «1. Las tarifas y fletes aéreos ofrecidos o publicados bajo cualquier forma, incluso en Internet, para servicios aéreos con origen en un aeropuerto situado en el territorio de un Estado miembro al que se aplique el Tratado disponibles para el público en general incluirán las condiciones aplicables. Se indicará en todo momento el precio final que deba pagarse, que incluirá la tarifa o flete aplicable así como todos los impuestos aplicables y los cánones, recargos y derechos que sean obligatorios y previsibles en el momento de su publicación. Además de la indicación del precio final, se precisará al menos lo siguiente: a) la tarifa o flete; b) los impuestos; c) las tasas de aeropuerto, y d) otros cánones, recargos o derechos, tales como los relacionados con la seguridad extrínseca o el combustible, cuando se hayan añadido a la tarifa o flete los conceptos contemplados en las letras b), c) y d). Los suplementos opcionales de precio se comunicarán de una manera clara, transparente y sin ambigüedades al comienzo de cualquier proceso de reserva, y su aceptación por el pasajero se realizará sobre una base de opción de inclusión».

<sup>201</sup> La AGCM consideró desleal en el procedimiento n.º 26020 (PS-Volotea-Supervolotea), de 11 de mayo de 2016, la práctica desarrollada por Volotea, S. A. (compañía aérea de bajo coste con sede legal en España) consistente en omitir en su página web la información relativa al coste del servicio de *check-in* realizado en el aeropuerto. Una vez el consumidor llegaba al aeropuerto, se le informaba del elevado coste que debía satisfacer por hacer uso del servicio, en concreto, 30 euros. La AGCM en el citado procedimiento reflexiona sobre el particular carácter agresivo de la práctica porque en el momento en que se produce, el consumidor no tiene otra opción que pagar el importe que se le reclama. Como consecuencia, le impuso una sanción a la compañía de 380.000 euros. Destaca en este procedimiento la voluntad del operador por llegar a un compromiso con la AGCM para eludir la sanción, pero la citada autoridad declina esta opción por el particular carácter agresivo de la práctica y su impacto sobre los consumidores.

<sup>202</sup> SAP Madrid (Sección 28.ª) n.º 168/2009, de 23 junio, de 2009 (AC 2009\1912) [Ponente: Rafael Saraza Jimena].

<sup>203</sup> TATO PLAZA, A., «Una primera aproximación al régimen jurídico de las prácticas agresivas en la Directiva sobre prácticas comerciales desleales con los consumidores», *ADI*, n.º 27, (2006-2007), p. 436.

Esta sentencia es especialmente significativa en el ámbito de las prácticas agresivas en España porque se trata de uno de los pocos pronunciamientos judiciales que reflexiona sobre la posible aplicación del régimen de prácticas agresivas que prevé la LCD. Sin embargo, como los hechos objeto de la demanda se habían producido cuando la Directiva 2005/29/CE no se había transpuesto al ordenamiento español, es más, ni siquiera había vencido el plazo de transposición, que conforme al art. 19 de la Directiva 2005/29/CE finalizaba el 12 de junio de 2007, no se consideró que se trataba de un supuesto de práctica agresiva desleal contrario al art. 8 de la actual LCD y el Tribunal consideró que se trataba de una práctica contraria a la cláusula general de deslealtad, que recordemos era uno de los instrumentos jurídicos que se empleaban con anterioridad a la modificación de la LCD para reprimir los supuestos hoy constitutivos de prácticas agresivas desleales.

También sobre las especiales circunstancias en las que se encuentra el destinatario de la oferta en el momento de contratar los servicios funerarios, se ha pronunciado el Oberlandesgericht Frankfurt am Main, en el caso n.º 6 U 90/08<sup>204</sup> de 29 de enero de 2009, que consideró contraria a la diligencia profesional la campaña publicitaria realizada por una empresa de lápidas en las que mandaba cartas a los familiares de personas fallecidas, poco tiempo después de haberse producido su fallecimiento. En este supuesto, la Corte consideró que la práctica comercial del profesional constituía una práctica agresiva desleal contraria al art. 7.1 de la UWG. Para la calificación de deslealtad de la conducta, se tuvo en cuenta el corto espacio de tiempo que había transcurrido entre el fallecimiento y el ofrecimiento comercial (dos semanas), periodo en el que el destinatario de la práctica, generalmente un familiar, se encuentra en duelo, afligido y especialmente vulnerable, situación que el profesional había aprovechado para ofrecer sus servicios. Merecen especial atención las reflexiones del Tribunal sobre el momento en el que se efectúa el ofrecimiento del servicio, solamente unas semanas después de haberse producido el fallecimiento del familiar del destinatario de la práctica.

De esta manera, el Tribunal establece una suerte de regla de *minimis* en la calificación de la agresividad de la práctica. En consecuencia, decide considerar desleal la conducta llevada a cabo por el agente por haberse realizado la oferta comercial entre las dos semanas después de haberse producido el falle-

---

Se refiere a la publicidad en el lecho de muerte como la visita personal a los familiares de una persona en los momentos previos e inmediatamente posteriores a su fallecimiento con el fin de comercializar los servicios funerarios.

<sup>204</sup> Resolución citada por FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., «Aggressive Commercial Practices in the Case Law of EU Member States», *op. cit.*, p. 257.

cimiento. Sin embargo, como pone de manifiesto el Tribunal esta misma conducta hubiera recibido otra calificación si el agente hubiese remitido esas cartas después del citado transcurso de tiempo.

Partiendo de la base de que consideramos que no procede argumentar a favor de la diligencia empleada por el profesional en la utilización de una técnica comercial tan invasiva como es el envío de una carta al domicilio del familiar de la persona fallecida para el ofrecimiento de sus servicios, a nuestro entender, resulta discutible el establecimiento de un periodo tan breve de tiempo por parte del tribunal (dos semanas después del fallecimiento) para considerar que el destinatario está en condiciones de adoptar una decisión reflexiva sobre la contratación de servicios fúnebres.

En efecto, aunque el transcurso del tiempo en la contratación, es determinante de la validez de la misma y el establecimiento de un periodo prolongado de tiempo para no considerarse práctica comercial desleal, supondría dejar sin efecto la razón de ser del ofrecimiento, esta es, la contratación de un servicio para atender a una necesidad que es la de dar sepultura al familiar y así cerrar el particular duelo del destinatario, resulta discutible el establecimiento de un tiempo tan breve para superar una pérdida sentimental y considerarse plenamente capacitado para adoptar una decisión consciente de contratación de servicios funerarios.

Consideramos que la fijación de una regla de *minimis* para la interpretación de la primera circunstancia que alude el legislador para considerar una práctica desleal por agresiva, puede ser problemática y desaconsejable. Aquí, atendiendo nuevamente al carácter casuístico al que se circunscribe la interpretación del Derecho de la competencia desleal, se tendrán que valorar las circunstancias concurrentes en cada ofrecimiento para determinar si el supuesto puede ser considerado agresivo por producirse en un momento inoportuno.

También el precepto se refiere al lugar que se realiza el ofrecimiento comercial para valorar la posible concurrencia de deslealtad en la conducta. Por ejemplo, supuestos en los que la oferta comercial se realiza en ambientes en los que el destinatario se muestra especialmente relajado, como puede ser, su lugar de vacaciones o recreo. En estos escenarios, el agente puede aprovechar esta circunstancia para forzar al consumidor a contratar determinados productos o servicios no deseados por este<sup>205</sup>. Este fue el presupuesto que la jurisprudencia tuvo en cuenta en las múltiples resoluciones que han calificado de técnicas de contratación agresivas las prácticas comerciales utilizadas en el sector

---

<sup>205</sup> Vid., las reflexiones de TORRES LANA, J. Á., «Métodos agresivos de venta y multipropiedad», *op. cit.*

inmobiliario español de los años noventa para las ventas de multipropiedad y al que ya hemos aludido en este trabajo. En efecto, en ese periodo, el agente se servía de que el destinatario se encontraba en un ambiente relajado, como es el de un hotel, para abordarle en sus vacaciones e intentar venderle productos inmobiliarios de difícil salida, como el uso compartido de inmuebles que, en otras circunstancias, difícilmente hubiera asumido ya que implica pagar un precio muy elevado por un producto del que solamente podían disfrutar un tiempo muy breve<sup>206</sup>.

Las técnicas de venta utilizadas en la promoción del régimen de la multipropiedad se han basado en métodos agresivos para forzar al destinatario a adoptar una pronta e irreflexiva decisión de compra y han situado al sector inmobiliario en el foco de las prácticas comerciales agresivas durante años.

Otra técnica agresiva frecuentada en este sector, es la basada en la reunión de un grupo de personas de similares características para el ofrecimiento de un producto, de manera que uno de los asistentes a la promoción del mismo, muchas veces previo acuerdo con el vendedor, procede a aceptar la oferta de modo que, inmediatamente el resto de integrantes del grupo animados por el que primero ha aceptado, proceden a contratar en masa el producto sin reflexionar sobre su conveniencia ante la dificultad de rechazar la oferta porque sería revelarse contrario a un grupo del que se consideran iguales<sup>207</sup>. En estas situaciones se ha considerado que el destinatario de la práctica se encuentra forzado a contratar porque se presenta esta como la opción más simple para liberarse de la situación incómoda que le ha creado el empresario<sup>208</sup>.

Por último, el legislador hace referencia a la insistencia del operador como circunstancia que determina la deslealtad de la práctica. En este supuesto se encontrarían las llamadas telefónicas persistentes del agente pese al rechazo del consumidor o las visitas del operador al domicilio de este ignorando sus peticiones para que lo abandone, dos de los supuestos que se consideran automáticamente desleales por el art. 29 de la LCD.

---

<sup>206</sup> Así lo refleja la SAP Las Palmas (Sección 2.ª), n.º 173/1999, de 5 de junio de 1999 (AC 1999/1243) [Ponente: Nicolás Martí Sánchez], o también sobre este mismo objeto, la SAP Valladolid (Sección 3.ª) n.º 309/2009, de 10 noviembre, (JUR\2010\8470) [Ponente: José Jaime Sanz Cid] en las que se decretaba la nulidad radical de los contratos de transmisión por aprovechamiento por turnos, por entender que faltaba, como consecuencia de las técnicas agresivas de venta utilizadas por los agentes, la prestación de un verdadero y válido consentimiento por parte de los adquirentes.

<sup>207</sup> Como señala MASSAGUER FUENTES, J., «Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal», *op. cit.*, p. 28, «son situaciones que ponen al consumidor en el compromiso (no jurídico) de contratar la prestación ofrecida o atender a la oferta realizada para evitar la vergüenza, embarazo o incomodidad que tendría no hacerlo».

<sup>208</sup> *Vid.*, Díez BAJO, Á., «Artículo 8. Prácticas agresivas», *op. cit.*, pp. 220 y 221.

Respecto a la insistencia del agente y la inoportunidad del momento, se ha pronunciado la *Cour d'appel* de Douai (Francia), de 3 de julio de 2014<sup>209</sup>, en el que se considera práctica agresiva la realizada por un empresario que se desplazó hasta catorce veces, en menos de dos meses, al domicilio de una persona enferma para obligarle a firmar contratos de todo tipo.

## 2.2 EL EMPLEO DE UN LENGUAJE O UN COMPORTAMIENTO AMENAZADOR O INSULTANTE

Uno de los criterios que se tienen en cuenta para considerar la comisión de una conducta agresiva desleal, es la utilización por parte del operador de un lenguaje o comportamiento amenazador o insultante capaz de afectar o ser susceptible de afectar el comportamiento económico del destinatario. Se trata, en definitiva, del reconocimiento como desleal de una práctica que sitúa al destinatario en un escenario hostil o humillante en el que debe decidir entre acceder a la oferta comercial del agente en los términos que este le ha planteado, o bien, hacer frente a la situación con la que se le amenaza.

Aunque no se discute su reconocimiento como una práctica agresiva, resulta muy difícil que una técnica de comercialización de estas características, más cercana al ámbito penal que al mercantil, tenga algún tipo de encaje en el Derecho de la competencia desleal<sup>210</sup>.

No obstante, existe algún pronunciamiento de práctica agresiva desleal considerando esta circunstancia. Nos referimos a la resolución de la Autoridad de Competencia Italiana en el Procedimiento n.º 21773 (PS6013 *Easy Download-Attivazione non richiesta*), de 3 de noviembre de 2010, en el que se condenó a *Euro Content Limited*, empresa inglesa con sede en Alemania y que operaba en Italia, por la comisión de una práctica agresiva consistente en enviar correos electrónicos a sus clientes, después de que manifestasen su intención de ejercitar su legítimo derecho de desistimiento, advirtiéndoles de una serie de riesgos, no solo económicos, sino también en términos de reputación, en el supuesto de hacerse efectivo.

---

<sup>209</sup> Cour d'Appel Douai, n.º 2014-017675, de 3 de julio de 2014.

<sup>210</sup> Sin embargo, se advierte una situación cambiante a raíz de la reciente aprobación de la Directiva 2019/633 de 17 de abril de 2019, que en relación con un ámbito específico como son las asimetrías de poder entre las empresas que intervienen en la cadena de suministro agrícola y alimentario, se considera desleal la amenaza del comprador con llevar a cabo actos de represalia contra el proveedor cuando este ejerza sus derechos contractuales o legales.



La citada empresa, se servía de un tono en el lenguaje que según la AGCM era idóneo para hacer creer al consumidor medio de que cualesquiera que fueran los argumentos en los que basase su oposición, era preferible proceder al abono de la cantidad requerida, antes que exponerse a las consecuencias que le amenazaba la mercantil<sup>211</sup>. Entre estas amenazas figuraba la posibilidad de emprender acciones legales por la falta de pago de la cantidad indicada y la remisión a las agencias de cobro de crédito con el fin de ejercer sobre el destinatario un grado considerable de presión psicológica para hacerle tomar decisiones comerciales que de otro modo no habría tomado.

También en el Procedimiento de la AGCM n.º 26149 (PS3330 Agos-*problematiche varie*), de 4 de agosto de 2016, se sanciona la práctica agresiva realizada por la entidad dedicada al crédito al consumo, consistente en requerir el pago inmediato de las cuotas adeudadas por esta causa, con métodos considerados agresivos, basados en llamadas telefónicas insistentes o en recordatorios de pago al financiado y a terceros relacionados con este, incluidos su empleador y los miembros de su familia<sup>212</sup>.

### 2.3. LA EXPLOTACIÓN POR PARTE DEL EMPRESARIO O PROFESIONAL DE CUALQUIER INFORTUNIO O CIRCUNSTANCIA ESPECÍFICOS LO SUFICIENTEMENTE GRAVES

La tercera circunstancia que enumera el legislador en el art. 8.2 LCD para considerar que se está ante una práctica agresiva desleal resulta ambigua. El precepto alude a: «*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*».

Si bien el legislador precisa que las circunstancias de las que se aprovecha el operador tienen que ser lo suficientemente graves como para mermar la

---

<sup>211</sup> En particular el mensaje del correo amenazante que recibía el cliente que quería ejercitar su derecho de desistimiento era el siguiente: «Avviso Urgente - ULTIMO SOLLECITO: include una maggiorazione di 5 euro sul canone relativo alla prima annualità del presunto abbonamento, l'avvertimento che, in caso di mancato pagamento, la società eserciterà azioni legali per il recupero del credito, con ulteriori consistenti oneri economici per il consumatore, nonché l'avviso circa la possibile notifica del mancato pagamento a «diverse agenzie di credito».

<sup>212</sup> Recientemente la AGCM ha confirmado en la Resolución del Procedimiento n.º 27069 (PS330-Agos-*problematiche varie*), de 7 de marzo de 2018, la cuantía de la sanción impuesta a la entidad por las prácticas agresivas descritas que se concreta en 378.000 euros cada una.

capacidad de discernimiento del destinatario, se trata este de un concepto jurídico indeterminado.

En esta sede, se precisaría del análisis de resoluciones de prácticas agresivas que atiendan al citado inciso para configurar un grupo de supuestos que se considerarían especialmente graves para determinar la deslealtad de la práctica de acuerdo con el criterio anunciado por el legislador. Sin embargo, la ausencia de pronunciamientos sobre estas prácticas dificulta nuestra labor.

No obstante, consideramos que el legislador con la introducción del citado inciso, se refiere a situaciones de debilidad basadas en la propia naturaleza del destinatario, como las derivadas de una dolencia física, una situación de estrés psicológico o postraumático y también aquellas derivadas de la explotación de cualquier infortunio o circunstancia grave por el que esté atravesando el destinatario, como puede ser, un accidente, la muerte de un familiar o una enfermedad grave, para comercializar productos o servicios para solucionar sus problemas<sup>213</sup>. En definitiva, de vuelta, situaciones que sitúan al destinatario en una posición de extraordinaria fragilidad y que le impiden adoptar una decisión libre respecto a la oferta comercial.

A estas circunstancias extraordinarias se referiría el legislador en el art. 31, bajo el título «*Otras prácticas agresivas*», que aglutina una serie de prácticas agresivas no expresamente enunciadas en los preceptos anteriores, que buscan explotar la situación de dependencia del consumidor derivada del acontecimiento de un siniestro con el objeto de exigirle para resarcirse de los daños causados, la presentación de documentación que no guarde relación con el objeto de la reclamación para generarle tal molestia que desista de su pretensión; o advertirle que el sustento del empresario o profesional peligra en el supuesto de que el consumidor no acceda a la oferta comercial presentada.

#### 2.4 CUALESQUIERA OBSTÁCULOS NO CONTRACTUALES ONEROSOS O DESPROPORCIONADOS

Son frecuentes las prácticas agresivas con consumidores en las que el prestador del servicio interpone una serie de obstáculos no contractuales para que el destinatario de la práctica pueda hacer valer sus derechos, sobre todo si

---

<sup>213</sup> En este sentido, DÍEZ BAJO, Á., «Artículo 8. Prácticas agresivas», *op. cit.*, p. 224.

se atiende al ámbito de las telecomunicaciones, sector energético y al sector financiero<sup>214</sup>.

Un ejemplo de práctica agresiva por esta causa, lo constituye el Procedimiento n.º 18971 (PS 1313-Bluenergy group-*richiesta morositàpregressa*) de 9 de octubre de 2008. En este caso, la empresa Bluenergy realizaba un comportamiento agresivo que se materializaba en que condicionaba la activación del suministro de gas al nuevo inquilino, a que, en su caso, pagase la morosidad del inquilino precedente. Además, la empresa prestadora del servicio obstaculizaba el paso del nuevo inquilino al nuevo suministrador mientras no se producía el pago de la deuda del antiguo inquilino.

La AGCM consideró en este supuesto que la empresa Bluenergy con su actuación, habría ejercido sobre el consumidor una influencia indebida, al haberlo situado en la encrucijada de o bien pagaba la deuda del otro usuario o renunciaba totalmente al suministro de gas, ya sea con el mismo suministrador o con otro competidor. En el caso del propietario del inmueble, en particular, esta práctica comportó la imposibilidad de alquilar el mismo inmueble, con el consiguiente daño económico. La Autoridad sostiene en la citada resolución que el profesional no puede en modo alguno hacer que el consumidor asuma las consecuencias del incumplimiento de otro consumidor, obligándole a pagar, en consecuencia, servicios que no fueron por él solicitados.

## 2.5 LA COMUNICACIÓN DE QUE SE VA A REALIZAR CUALQUIER ACCIÓN QUE, LEGALMENTE, NO PUEDA EJERCERSE

Este supuesto generalmente se complementa con «*El empleo de un lenguaje o un comportamiento amenazador o insultante*» (art. 8. 2 b LCD), puesto que habitualmente la comunicación de que se van a emprender acciones ilegítimas viene precedida del empleo de un lenguaje amenazador para hacer creer al consumidor de que no tiene más alternativa que ceder a las exigencias del empresario, aunque estas sean infundadas.

En esta ocasión, si bien el legislador quiso configurar el precepto de la manera más amplia posible, entendemos que el supuesto más frecuente será la amenaza de emprender acciones judiciales<sup>215</sup>. Por tanto, admitida la deslealtad

<sup>214</sup> Sobre las prácticas agresivas en el sector del gas y la electricidad en Italia, puede consultarse: ESPOSITO, F. M., «The ICA's intervention against "inertia selling" in the electricity and natural gas retail supply», *Italian Antitrust Review*, n.º 1, 2016.

<sup>215</sup> Para TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, op. cit., p. 198, el término «acción» al que hace referencia el precepto,

de esta práctica, aunque sea en un momento posterior a la contratación, cabría distinguir dos situaciones con consecuencias jurídicas distintas.

En primer lugar, conviene recordar que la amenaza del inicio de acciones legales que son las que legítimamente le corresponde ejercer al operador por un incumplimiento del consumidor, se trata de un supuesto que no quedaría bajo la represión del Derecho de competencia desleal, por considerarse una conducta legítimamente admisible. Por ejemplo, es legítimo que el empresario amenace al consumidor con la inclusión en un registro de morosos si este incumple con el pago de sus obligaciones. Sin embargo, no se consideraría legítimo la práctica de informar al consumidor moroso que, de no proceder al pago, su nombre será publicado por defecto en los medios de comunicación locales<sup>216</sup>.

El segundo escenario, es otro bien distinto. Se trataría de la amenaza de acciones que no guardan relación con la adquisición del producto o del servicio. Este supuesto sí que podría considerarse una conducta desleal al amparo del art. 8.2 e) LCD. Entre estos supuestos se encontraría la amenaza de emprender acciones legales por deudas contraídas por otros productos o servicios si no se realizan nuevas adquisiciones o bien aquellos supuestos en los que se pretende cobrar una deuda inexistente bien porque hubiese prescrito o porque no esté suficientemente identificada. En este último grupo de supuestos, se situarían las técnicas de cobro agresivas utilizadas por algunas agencias de recobro como hemos descrito en este trabajo.

También los supuestos en los que las empresas obtienen la firma de un contrato de adhesión, por ejemplo, en el que el consumidor adquiere un número concreto de ejemplares de libros de una colección y una vez servidos todos los volúmenes, la empresa continúa enviando accésits, hasta que el consumidor se niega al abono de las cuotas por tales ejemplares suplementarios. Entendemos que recibiría la consideración de desleal la conducta de la empresa que, ante esta situación, le comunicase al consumidor el inminente inicio de acciones frente a la negativa de este de no proceder al pago de los ejemplares de más suministrados por el empresario pero no consentidos por el consumidor<sup>217</sup>.

---

debe entenderse en sentido amplio, que englobe no solo el ejercicio de acciones judiciales sino también el ejercicio de acciones de otra naturaleza entre las que podría encuadrarse la inclusión en un registro de morosos por el impago de las deudas.

<sup>216</sup> Así, el Tribunal Slovaco en el Caso *Krajsky sud v Presove*, de 27 de octubre de 2011, (2Co/116/2011) resolvió que la práctica descrita desarrollada por la empresa constituía un supuesto de práctica agresiva desleal.

<sup>217</sup> En este sentido, DÍEZ BAJO, Á., «Artículo 8. Prácticas agresivas», *op. cit.*, p. 224.

#### IV. REFLEXIÓN FINAL

Una vez se han identificado las prácticas agresivas como comportamientos desleales con los consumidores, en este apartado se ha llevado a cabo una labor de integración de los elementos tipológicos que configuran el ilícito, a saber, el acoso, la coacción y la influencia indebida con las circunstancias determinantes de su deslealtad, hasta configurar una categorización autónoma de comportamientos reprochables de los empresarios en la lucha por la competencia.

Esta labor en el Derecho español se ha visto empañada por el problema principal que presentan estas prácticas, que se concreta en que tradicionalmente han sido perseguidas por otros cauces distintos al Derecho de la competencia desleal, o incluso en este ámbito, la ausencia durante años de un régimen especial sobre el que fundamentar la deslealtad de estas prácticas, ha provocado incertidumbre en la construcción de las bases sobre las que se asienta este, no tan nuevo ya, ilícito.

Pasado un tiempo desde la aprobación del régimen comunitario aplicable a las prácticas agresivas y sobre todo fijándonos en otros sistemas próximos a nuestra tradición jurídica que se caracterizan por una represión firme y decidida de las prácticas desleales en beneficio de los consumidores, se han redefinido los conceptos sobre los que se asientan las prácticas agresivas, escapando, en la medida de lo posible, del ámbito penal, al margen de que algunos de los supuestos nos recuerden a concepciones más penalistas que mercantilistas.

Sobre esta base se podría afirmar que el empresario agresivo es aquel que invade la esfera privada del consumidor en la formación de su decisión de compra de un producto o de contratación de un servicio, de manera que, en contra de la diligencia profesional que cabría esperar, le fuerza a adoptar una decisión económica en relación con una transacción comercial que no está lo suficientemente meditada y que puede ser contraria a los intereses económicos del consumidor.

Pese al carácter heterogéneo de las prácticas agresivas, del análisis del fundamento de su deslealtad pueden extraerse, a su vez, dos conclusiones:

1) Por un lado, el reconocimiento de un cierto grado de aprovechamiento por parte del empresario de la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentra el consumidor. De ahí la necesidad de enfatizar que el reproche de deslealtad de las prácticas agresivas no pretende perseguir simples molestias que pueda sufrir el consumidor en la contratación de bienes o servicios, sino que para que la conducta sea considerada ilícita se debe estar ante un

## ■ PRÁCTICAS AGRESIVAS Y TUTELA DEL CONSUMIDOR

supuesto en el que el consumidor ha sufrido o podría haber sufrido una alteración significativa de su comportamiento económico.

2) Por otra parte, lo relevante en estos supuestos es que mediante la conducta del sujeto activo se hayan reducido las alternativas que el destinatario tiene para elegir en relación con una determinada operación comercial, de ahí la expresión «*merma (...) de la libertad de elección o conducta del destinatario*», sin que la norma exija para considerar la conducta desleal que se le ofrezca al destinatario una única opción en relación al bien o servicio.

### CAPÍTULO III

## MECANISMOS DE DERECHO PRIVADO PARA LA REPRESIÓN DE LAS PRÁCTICAS AGRESIVAS DESLEALES

#### I. PRESENTACIÓN

La tutela procesal civil frente a la competencia desleal presenta algunas especificidades que es importante estudiar a fin de conocer las posibilidades y remedios que se le presentan al perjudicado por estos actos desde la vía judicial.

Este capítulo nos permitirá denunciar los escasos incentivos con los que han contado tradicionalmente los consumidores, principales víctimas de las prácticas agresivas, para acudir a los tribunales y pedir legítimamente la tutela de sus derechos como así lo avalan los escasos pronunciamientos judiciales en la materia. Sin embargo, como venimos advirtiendo en este trabajo, es una materia que en breve sufrirá una profunda transformación de aprobarse la llamada Directiva ómnibus en la que se introducen acciones para proteger de forma más eficaz a los consumidores ante situaciones que les son desfavorables<sup>218</sup>.

Este capítulo también se ocupará de estudiar las conexiones entre el Derecho de la competencia desleal y el Derecho de las obligaciones y contratos. En efecto, la vaguedad con la que se ha configurado el régimen de las prácticas agresivas en la LCD implica que, en un análisis completo del fenómeno desde

---

<sup>218</sup> Nos referimos nuevamente a la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, la Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la UE. [COM (2018) 185 final]*.

el punto de vista del Derecho privado, más pronto que tarde, se plantee la necesidad de relacionar el régimen allí establecido con el previsto en el CC para garantizar la libertad contractual, sobre todo porque los conceptos utilizados para definir a las prácticas agresivas con relevancia para el Derecho de la competencia desleal toman prestados elementos del ya asentado régimen de vicios del consentimiento del CC.

## II. ACCIONES CONTRA LAS PRÁCTICAS AGRESIVAS DESLEALES

Las acciones que la Ley concede por la comisión de una práctica agresiva desleal son de carácter civil. Se interponen ante los Jueces de lo Mercantil<sup>219</sup>, sin que, en principio, se puedan ejercitar acciones penales por dichos actos<sup>220</sup>. Aquí nuevamente subyace la idea del principio de intervención mínima del Derecho penal que limita su actuación a las vulneraciones más graves del bien jurídico protegido. No obstante, si mediante estos comportamientos se ha cometido algún delito, también sería posible acudir a la vía penal para su represión<sup>221</sup>.

En concreto, en el caso de las prácticas agresivas desleales, se podría acudir, como hemos ya anunciado, a los delitos de lesiones (art. 147 CP), amenazas (art. 169 CP), coacciones (art. 172 CP) o detención ilegal (art. 163 CP). De hecho, en los últimos tiempos en el que el nivel de agresividad utilizado por algunas entidades financieras para la comercialización de sus productos ha aumentado, esta ha sido la vía utilizada en la represión de las prácticas desleales más graves. Así ha sucedido en el caso BFA-BANKIA, en el que se ha exigido responsabilidad penal sobre la OPS de acciones en el mercado bancario. En este supuesto, los empleados de la entidad, con informaciones totalmente engañosas, les prometían a los suscriptores que iban a obtener una ganancia inmediata porque el precio de las acciones según balance era superior al precio de suscripción establecido. Además, también les informaron erróneamente que debido a la gran demanda de acciones que estaba teniendo lugar, iba a ser necesario practicar un prorrateo en la adjudicación, y que, en consecuen-

---

<sup>219</sup> De acuerdo con lo dispuesto en el art. 86 ter de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, de Poder Judicial, será competencia de los Jueces de lo Mercantil, las demandas que se entablen como consecuencia del ejercicio de estas acciones civiles.

<sup>220</sup> Entiende LEMA DEVESA, C., «Posibilidades y remedios para reprimir la competencia desleal», *Derecho de los Negocios*, n.º 6, 1991, p. 205 y VEGA VEGA, J. A., «Artículo 32. Acciones», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 886.

<sup>221</sup> En este sentido, VALLS PRIETO, J., «Delimitación conceptual y legitimidad de la intervención penal», en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), y SUÁREZ LÓPEZ, J. M., (Coord.), *Derecho y Consumo. Aspectos penales, civiles y administrativos*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013, p. 53.



cia, era aconsejable suscribir una cantidad superior a la realmente deseada por el cliente<sup>222</sup>.

En cuanto al régimen de acciones civiles previsto en general por actos de competencia desleal, la LCD realiza una enumeración detallada de aquellas que podrán ejercerse. Sin embargo, de la redacción del art. 32 que establece el citado régimen de acciones en la LCD, se desprende que no ha sido el objetivo perseguido por el legislador delimitar un *numerus clausus*<sup>223</sup>.

Por lo que respecta a las reformas que han afectado al régimen de acciones que se prevé por competencia desleal, no ha sufrido grandes cambios desde su aprobación. No obstante, algunas de las reformas que ha auspiciado la Ley 29/2009 sí merecen ser destacadas, especialmente en relación con la unificación del régimen de acciones por publicidad desleal. En este sentido, se modifica el régimen de acciones por publicidad ilícita de la LGP para unificarlo con el previsto por la LCD y así disponer de un mismo cuerpo de acciones y remedios contra las prácticas que perjudican a los intereses de los consumidores. A tal efecto, se procedió a derogar el Título IV de la LGP, que queda actualmente vacío de contenido al hacer una remisión en bloque a las acciones por competencia desleal previstas en el art. 32 de la LCD, sin perjuicio de las especificidades previstas en materia de legitimación por la LGP en aquellos supuestos en los que la publicidad utilice de forma vejatoria o discriminatoria la imagen de la mujer<sup>224</sup>.

El concreto catálogo de acciones por competencia desleal, siguiendo el orden en que aparecen en la Ley, es el siguiente: 1.º Acción declarativa; 2.º Acción de cesación; 3.º Acción de remoción; 4.º Acción de rectificación; 5.º Acción de resarcimiento de daños y perjuicios y 6.º Acción de enriquecimien-

---

<sup>222</sup> En este sentido, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Responsabilidad penal sobre OPS de acciones en el mercado bancario: el caso BFA-BANKIA», en MARIMÓN DURÁ, R. (Dir.), *La oferta pública de suscripción de acciones desde la perspectiva judicial. Análisis de la OPS de Bankia de 2011*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 21-41.

<sup>223</sup> La no utilización de formas verbales imperativas en la redacción del precepto, así lo ha dejado entender. Otras acciones que podrían ejercerse 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 que llevan a producir ilícitos concurrenciales, si bien el ejercicio de estas acciones estaba pensado para aplicarse residualmente y solo en aquellos supuestos en los que resultase difícil obtener una tutela efectiva mediante el ejercicio de las acciones especiales que se preveían en la Ley, y, en consecuencia, las posibilidades apuntadas podían ejercitarse, aunque no sin importantes excepciones. 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*, Ed. Tecnos, Madrid, 2009, p. 305 y VEGA VEGA, J. A., «Artículo 32. Acciones», *op. cit.*, p. 884.

<sup>224</sup> Sobre la deficiente técnica legislativa utilizada para lograr reconducir la publicidad desleal al ámbito de la LCD, se pronuncia QUINTANA CARLO, I., «Artículo 18. Publicidad ilícita», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 511-514.

to injusto. Para esta última, la Ley reserva su ejercicio a aquellas situaciones en las que el acto desleal lesionara «una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico»<sup>225</sup>.

En la práctica, es habitual que en el ejercicio de las acciones por competencia desleal se dé una acumulación de acciones, de manera que, en una única demanda, se interpongan varias pretensiones entre un demandante y un demandado o entre varios demandantes y/o varios demandados<sup>226</sup>. Así, por ejemplo, puede suceder que el sujeto perjudicado por una práctica agresiva desleal le interese que ese acto se declare desleal y además que se produzcan algunos de los efectos que el resto de las acciones del art. 32 LCD contemplan, por ejemplo, la cesación de la práctica agresiva, la remoción de los efectos que ha producido o el resarcimiento de los daños y perjuicios que ha provocado al sujeto que los ha tenido que soportar.

El estudio de cada una de estas acciones excede de las pretensiones propias de este trabajo. Somos conscientes que debe centrar nuestra atención aquellas acciones que un consumidor perjudicado por una práctica agresiva puede entablar, por ser este el objeto de la obra. A nuestro juicio, estas acciones se concretan en: la acción declarativa de deslealtad, la de cesación, la de remoción y la de indemnización por daños y perjuicios.

No obstante, este trabajo tampoco puede olvidar aspectos relevantes en el procedimiento por competencia desleal, como es el régimen de la legitimación activa y las posibilidades que plantea un recurso efectivo a la acción colectiva para la defensa de los intereses de los consumidores, sobre todo después del último impulso que se pretende dar a esta figura a nivel comunitario<sup>227</sup>.

---

<sup>225</sup> En relación con la acción de enriquecimiento injusto, no se planteaban dudas respecto a la posibilidad de ejercitar esta acción en supuestos en los que el lesionado era el titular de un derecho de exclusiva (por ejemplo, un Derecho de patente o de marca) pues la reserva venía impuesta por la Ley. Sin embargo, presentaba mayores problemas interpretativos la situación también descrita por la norma, en que se lesionase derechos de análogo contenido económico. En este sentido, se debían entender los derechos incluso notorios, no amparados por un registro, como podrían ser el diseño comunitario no registrado o la marca renombrada no registrada. Sobre este asunto, puede consultarse, SAP Granada (Sección 4.ª) n.º 415/2006 de, 8 de septiembre, de 2006 (AC 2007\797) [Ponente: Moisés Lazuen Alcón]. También sobre esta cuestión se pronuncia, VILATA MENADAS, S., «La nueva Ley de Competencia Desleal. Modificaciones en materia de legitimación y procedimiento», en RUIZ PERIS, J. I., (Dir.), *La reforma de la Ley de Competencia Desleal (Estudios sobre la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para mejora de la protección de los consumidores y usuarios)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 185 y 186.

<sup>226</sup> En el ámbito de la acumulación de pretensiones cabe distinguir entre la acumulación exclusivamente objetiva, que es aquella en la que el actor interpone varias pretensiones frente a un único demandado (así, art. 71.2 LEC) y la acumulación objetivo-subjetiva, que consiste en que entre varios actores y/o varios demandados se interpongan varias pretensiones, respecto a cada una de las cuales cada una de las partes está individualmente legitimada (así, art. 72 LEC).

<sup>227</sup> Nos referimos al nuevo marco jurídico europeo para la protección de los consumidores. Vid. EUROPEAN COMMISSION, *The New Deal for Consumers. What benefits Will I get as a consumer?* de abril de 2018.

## 1. La acción declarativa de deslealtad

Mediante el ejercicio de la acción declarativa, el interesado pretende que el juez declare expresamente que el acto cumple con los requisitos preestablecidos para recibir la consideración de práctica comercial desleal. Centrándonos en un supuesto de una potencial práctica agresiva, con la interposición de esta acción, el perjudicado conseguiría una resolución judicial en la que se constata la existencia de un ilícito de competencia desleal por ser la conducta contraria al art. 8 LCD o a los arts. 28 a 31, estos últimos considerados desleales *per se*.

Por tanto, en el supuesto de prosperar la acción mero-declarativa de deslealtad, el interesado solo obtendría un pronunciamiento constatando la deslealtad de la práctica, pero no se condenaría al demandado a que realizase ninguna acción al respecto, a no ser que, siendo este el supuesto más frecuente, se acumule esta acción con algunas que la Ley enumera a continuación en el art. 32. En los supuestos que se opte por un ejercicio acumulado de la acción declarativa con las acciones de condena que a tal efecto se prevén en la Ley, la declaración de deslealtad del acto se presenta como un *prius* lógico para resolver sobre la estimación del resto de pretensiones acumuladas<sup>228</sup>.

Ahora bien, la duda se plantea sobre la posible incongruencia en la que podría incurrir aquel pronunciamiento en que el demandante interponga exclusivamente una pretensión de condena sin alegar propiamente la acción declarativa del art. 32.1 LCD. Si bien este caso sería anecdótico, pues lo lógico será, por cautela, que el demandante acumule la acción declarativa y la de condena, pensamos que en este supuesto si el Juzgador se pronunciase sobre la citada pretensión declarativa sin ser solicitada por el actor, no supondría incurrir en incongruencia alguna<sup>229</sup>. Entendemos que, en este caso que reproducimos, más bien típico de manual, surge la necesidad de que el Juzgador se pronuncie sobre la declaración de deslealtad de la conducta enjuiciada, porque este presupuesto constituirá el antecedente necesario para el correspondiente pronunciamiento de condena.

---

<sup>228</sup> En este sentido, SAP Vizcaya (Sección 3.ª), n.º 550/1999, de 11 de noviembre, de 1999 (AC 1999/2414) [Ponente: María Carmen Keller Echevarría]. También, MARIMÓN DURÁ, R., «La OPS como acto de competencia desleal. Fundamentación de una acción colectiva», en MARIMÓN DURÁ, R. (Dir.), *La oferta pública de suscripción de acciones desde la perspectiva judicial. Análisis de la OPS de Bankia de 2011*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 89.

<sup>229</sup> Véase STS n.º 689/2002, de 9 de julio, de 2002 (Civil) (Roj: STS 5127/2002) [Ponente: José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez]. En este mismo sentido, SAP Baleares (Sección 4.ª) n.º 365/2004, de 1 de septiembre, de 2004 (Roj: SAP IB 1195/2004) [Ponente: Juana María Gelabert Ferragut].

Con todo, se presenta como un requisito indispensable para que prospere la acción declarativa de deslealtad, que quien la alegue acredite la existencia del ilícito concurrencial en base a los criterios establecidos en los preceptos de la Ley<sup>230</sup>. En el supuesto de la comisión de una práctica agresiva, se exigirá que el comportamiento sea susceptible de mermar de manera significativa, mediante las conductas que se enumeran en el art. 8 de la LCD, la libre elección o conducta del destinatario en relación con el bien o servicio y, por consiguiente, afecte o pueda afectar a su comportamiento económico. En cambio, si se trata de una de las prácticas agresivas que se consideran desleales en todo caso por los arts. 28 a 31 de la LCD, el demandante solo tendría que acreditar que la práctica en cuestión es de las incluidas en este listado, al gozar de presunción de deslealtad las prácticas allí reconocidas<sup>231</sup>.

La LCD (1991) subordinaba la admisibilidad de la acción declarativa a que el demandante acreditase que se trataba de una conducta activa, es decir, que mediante el acto de competencia desleal se estaba produciendo un perjuicio directo sobre sus intereses económicos, de ahí que en la Ley se introdujera la expresión: «*si la perturbación creada por el mismo subsiste*» [ex art. 18.1 LCD (1991)]<sup>232</sup>. Sin embargo, la Ley 29/2009 suprime, con acierto, la necesidad de probar tal extremo para la estimación de la acción declarativa. La conveniencia de su supresión había sido reivindicada por la doctrina desde antes de su aprobación. En efecto, la introducción de este inciso había sido cuestionada durante toda la tramitación parlamentaria de la Ley. Al aprobarse finalmente en esos términos, se siguió un intenso debate doctrinal sobre las dudas que el citado inciso planteaba en términos interpretativos<sup>233</sup>. Finalmente, por los inconvenientes que generaba, se opta por su derogación en la reforma de la LCD.

No obstante, en la práctica la citada modificación no ha tenido ninguna relevancia, puesto que el éxito de la acción declarativa sigue dependiendo de la acreditación por el demandante de un perjuicio o amenaza directos sobre su esfera patrimonial. Con todo, se debe calificar la iniciativa de positiva, pues la

---

<sup>230</sup> En opinión de TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, op. cit., p. 352, para que la acción declarativa prospere «*ha de existir o haber existido un ilícito concurrencial (...) sin que sea suficiente demostrar la probabilidad de su comisión*».

<sup>231</sup> Vid. ARPIO SANTACRUZ, J., «Artículo 19. Prácticas comerciales desleales con los consumidores», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia desleal*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 541 y 542.

<sup>232</sup> La redacción del art. 18 de la LCD (1991), era la siguiente: «*Contra el acto de competencia desleal podrán ejercitarse las siguientes acciones: 1) Acción declarativa de la deslealtad del acto, si la perturbación creada por el mismo subsiste*».

<sup>233</sup> GUALDE CAPÓ, P., y BORRÁS CEBRIÁN, P., «Artículo 18...», op. cit, p. 307.

redacción del antiguo precepto era desafortunada y confusa, de manera que una interpretación restrictiva podía conducir a resultados ilógicos. Así, en determinados supuestos podía ocurrir que, aunque no existiese tal perturbación en el momento de interponer la demanda o en el momento de la solicitud de medidas cautelares, fuese aconsejable recurrir a la acción declarativa para evitar reiteraciones futuras de la conducta<sup>234</sup>.

Si bien desde una perspectiva dogmática, las pretensiones declarativas se pueden clasificar en: positivas o negativas, es decir, se puede solicitar la acción declarativa para que el juez constate la deslealtad del acto o, por el contrario, que el acto no es ilícito por no cumplir con los requisitos exigidos por la Ley para considerarse desleal, en la disciplina de la competencia desleal se ha cuestionado la viabilidad de la pretensión declarativa negativa de deslealtad<sup>235</sup>, que sí que es ampliamente admitida en otros ámbitos afines al de la competencia desleal, como el Derecho de patentes<sup>236</sup> o en el Derecho de marcas<sup>237</sup>.

En sede de competencia desleal, si atendemos al tenor literal del art. 32.1 LCD y el art. 5 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), ambos preceptos reconocen la posibilidad de que el demandante obtenga mediante la interposición de esta acción, una decisión del Juzgado en la que se declare que una determinada conducta es desleal por ser contraria a cualquier acto de competencia desleal que la Ley enumera, pero no que exista la opción inversa, es decir, la declaración de que el comportamiento

<sup>234</sup> De esta manera actuaría como un apercibimiento que le sirve de disuasión al infractor para que en un futuro no repitiese el comportamiento declarado anticoncurrencial. *Vid.* entre otros, GIMENO OLCINA, L., «Algunos problemas en la Ley de Competencia Desleal», *La Ley*, n.º 2, 1993, pp. 951 y ss.; OTAMENDI RODRÍGUEZ-BETHENCOURT, J. J., *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1994, p. 266 y BELLIDO PENADÉS, R., *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*, *op. cit.*, p. 94.

<sup>235</sup> A favor de la tutela declarativa negativa se han pronunciado, PANTALEÓN PRIETO, F., «La acción de cesación o de prohibición en la Ley de competencia desleal», en IGLESIAS PRADA, J. L. (Coord) *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 966; BELLIDO PENADÉS, R., *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*, *op. cit.*, pp. 102 y 103; BARONA VILAR, S., *Competencia desleal, tutela jurisdiccional –especialmente proceso civil– y extrajudicial*, p. 711 o VEGA VEGA, J. A., «Artículo 32. Acciones», *op. cit.*, p. 855. En contra, entre otros, BACHARACH DE VALERA, S., *La acción de cesación para la represión de la competencia desleal*, *op. cit.*, p. 96; MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a...*, *op. cit.*, pp. 529 y 530 o TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, *op. cit.*, pp. 351 y ss.

<sup>236</sup> Art. 127, apartado primero de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes: «*Cualquier interesado podrá ejercitar una acción contra el titular de una patente, para que el Juez competente declare que una actuación determinada no constituya una violación de esa patente*» o más recientemente, el art. 121.1 de la actual Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes, que se pronuncia de la misma manera sobre lo que denomina «*acción negatoria*».

<sup>237</sup> Art. 40 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas: «*El titular de una marca registrada podrá ejercitar ante los órganos jurisdiccionales las acciones civiles o penales que correspondan contra quienes lesionen su derecho y exigir las medidas necesarias para su salvaguardia, todo ello sin perjuicio de la sumisión a arbitraje, si fuere posible*».

no es desleal. Por consiguiente, si se atiende a una interpretación restrictiva de los preceptos, no habría ninguna posibilidad de poder solicitar la tutela declarativa negativa en el sentido de instar a la autoridad judicial que se pronuncie sobre la lealtad de la conducta que se está llevando a cabo o que puede llegar a materializarse en un futuro. No obstante, en determinadas ocasiones, ante el indicio de la comisión de una posible práctica agresiva desleal del empresario a los consumidores, le puede interesar al primero, sobre todo si atiende a criterios reputacionales, instar la pretensión declarativa en tal extremo, esto es, obtener un pronunciamiento judicial de que la conducta que se está desarrollando o pretende desarrollarse no es desleal y así salvaguardar la confianza de los consumidores<sup>238</sup>.

Sin embargo, desde una perspectiva práctica, pensamos que la acción declarativa negativa de deslealtad tendría para las prácticas agresivas una eficacia limitada. Como es sabido, para la calificación de deslealtad de una práctica agresiva del art. 8 LCD, se tendrán que examinar las circunstancias que concurren en cada caso y sobre esta base, creemos que es poco probable que un juez se aventure a no considerar desleal una conducta, porque después, por las circunstancias en las que se desenvuelve, puede acabar siendo desleal aquello que inicialmente se consideraba una práctica lícita. Pensemos, por ejemplo, en la posibilidad de que un empresario plantee una acción declarativa negativa para constatar que su técnica de venta basada en el ofrecimiento de ciertos obsequios en la compra de un producto no es desleal. Sin embargo, más tarde, el agente, para incrementar sus ventas, decide combinar esta técnica con prácticas agresivas que le supongan al destinatario una presión indebida de compra y que, por tanto, el comportamiento inicialmente lícito, acabe siendo desleal.

## 2. La acción de cesación del acto o de prohibición de este

Tradicionalmente se ha afirmado que esta acción ocupa un lugar preeminente entre el catálogo de acciones que se le presentan al perjudicado por una actuación desleal<sup>239</sup>. Sin embargo, ante la comisión de una práctica agresiva, la

---

<sup>238</sup> En este sentido, VEGA VEGA, J. A., «Artículo 32. Acciones», *op. cit.*, p. 855 que reconoce que, aunque el precepto no contemple la posibilidad de que pueda plantearse la acción declarativa negativa, tampoco la prohíbe. Por ello entiende que no existirían impedimentos para admitir la tutela declarativa negativa en este tipo de procesos. Además, el autor recuerda que el catálogo de acciones que el legislador enumera en el art. 32 de la LCD es meramente enunciativo.

<sup>239</sup> En este sentido, LEMA DEVESA, C., «Posibilidades y remedios para reprimir la competencia desleal», *op. cit.*, p. 206; STUYCK, J., TERRY, E., y VAN DYCK, T., «Confidence through fairness? The new Directive on unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market», *op. cit.*, p. 136;

atención se desplaza hacia la acción de remoción porque con ella se eliminaran los efectos perniciosos derivados de la actuación desleal y, en el supuesto más frecuente que, como consecuencia de la utilización de técnicas de venta agresivas se hubiese conseguido *arrancar* el consentimiento del consumidor para la suscripción de un determinado contrato especialmente gravoso para sus intereses, con esta acción se podría conseguir la invalidación del mismo y, por consiguiente, la liberación del consumidor de las cargas onerosas que le comporte.

Sin embargo, interesa ahora analizar la eficacia de la acción de cesación en el supuesto de la comisión de una práctica agresiva. En esta sede, se afirma que puede constituir una solución efectiva para resolver los problemas que ha arrastrado el comportamiento desleal en base a dos circunstancias.

En primer lugar, porque mediante su ejercicio se consigue poner fin de manera efectiva a las disfuncionalidades y efectos negativos que genera el acto de competencia desleal <sup>240</sup>. Este cese inmediato se presenta de vital importancia si tenemos en cuenta que generalmente un comportamiento desleal no consiste en una actuación esporádica, sino en un conjunto de supuestos que se dilatan en el tiempo y de los que cabe esperar su reiteración futura.

En segundo lugar, porque la acción de cesación va a prosperar con independencia de que el autor del acto hubiese actuado con dolo o negligencia <sup>241</sup>. Por tanto, para su interposición no se precisa ninguna prueba *ex ante* de dolo o culpa en la conducta desleal que se pretende impedir.

La acción de cesación (art. 32.1. 2.º de la LCD) aglutina, a su vez, varias acciones, haciéndose necesaria la distinción entre:

i) El supuesto en el que ya se ha iniciado el acto desleal y se insta su cese. En esta circunstancia, con el ejercicio de esta acción se pretendería evitar que el comportamiento desleal siga persistiendo en el tiempo. En consecuencia, para que la acción de cesación pueda prosperar, el comportamiento ha de considerarse desleal y por tanto estimarse ilícito.

ii) Un segundo escenario lo encontramos en aquellos supuestos en los que se ha terminado la conducta desleal, pero se teme la reiteración futura de un acto idéntico o similar. Por tanto, la esencia del ejercicio de la acción descansa

MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a...*, op. cit., p. 531 y TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, op. cit., p. 355.

<sup>240</sup> Así, LEMA DEVESA, C., «Posibilidades y remedios para reprimir la competencia desleal», op. cit., p. 207.

<sup>241</sup> Vid. STS n.º 802/1997, de 25 de julio, de 2002 (Civil) (Roj STS 5700/2002) [Ponente: Clemente Auger Liñán] que, en relación con este requisito, estableció que: «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». También, GUALDE CAPÓ, P., y BORRÁS CEBRIÁN, P., «Artículo 18...», op. cit, p. 311.

en impedir que ese comportamiento pueda volver a producirse. Por eso, se configura como un presupuesto para que esta acción pueda prosperar que el comportamiento desleal se realice de una manera efectiva y que peligre su continuación o repetición. Bastará con que exista un riesgo potencial de que la conducta pueda cometerse. Por su parte, el demandado tendrá que probar la inexistencia de ese peligro de reiteración. Si lograra defender que su actuación fue de buena fe o que cesó en su conducta en el momento en el que tuvo conocimiento de la deslealtad de la práctica o de una reclamación extrajudicial, el ejercicio de esta acción carecería de sentido y el juez debería desestimar la acción<sup>242</sup>.

iii) El último supuesto que contempla la Ley para la interposición de esta acción, es el escenario en que el acto de competencia desleal no se ha puesto en práctica, pero se pretende impedir su realización futura. Por eso, será decisivo convencer al juez de la comisión inminente de un acto desleal. La prueba puede consistir en las manifestaciones vertidas por el empresario amenazando sobre la próxima comisión de una conducta desleal o bien en una declaración de intenciones. En este sentido, la actividad probatoria del actor habrá de dirigirse a evidenciar los elementos que demuestren que la actuación está próxima y que, de producirse, podrá considerarse desleal de acuerdo con las normas de la LCD. No obstante, este es el presupuesto más difícil de probar, por lo que se debe fijar el foco de atención en aquellos elementos o indicios en los que se basa el peligro. En efecto, para conseguir el convencimiento del tribunal se deberá acreditar la existencia de actos preparatorios relevantes que denoten la inequívoca voluntad de que el actor quiera realizar un acto de competencia desleal. Este sería el caso del diseño de folletos informativos que oculten información relevante en el caso de una práctica engañosa por omisión, o en el supuesto de las prácticas agresivas, la formación que imparte el empresario a sus agentes sobre técnicas de venta agresivas.

### 3. La acción de remoción

La acción de remoción va dirigida a eliminar o reducir aquellos efectos negativos que hubiese provocado la conducta desleal del competidor<sup>243</sup>. A

---

<sup>242</sup> Tal es la opinión de BACHARACH DE VALERA, S., *La acción de cesación para la represión de la competencia desleal*, op. cit., p. 84; VEGA VEGA, J.A., «Artículo 32. Acciones», op. cit., p. 857 y TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, op. cit., p. 360

<sup>243</sup> El ex art. 18.3 LCD (1991) al regular la acción de remoción utilizaba la expresión «efectos producidos por el acto». Con la nueva redacción, fruto de la reforma operada por la Ley 29/2009, para acotar el significado de la acción, el legislador opta por emplear la expresión «efectos producidos por la conduc-



efectos prácticos, en los supuestos en los que se alega la comisión de una práctica agresiva desleal no constituirá remedio suficiente, ni la interposición de una acción declarativa ni tampoco la petición de cesación de la conducta, en estos supuestos, es necesario, además, la restauración del *statu quo* anterior al momento en el que se produjo la práctica desleal. Esta consecuencia será especialmente interesante si la práctica trae causa de un negocio jurídico que se ha concluido por la agresividad del empresario en la negociación que ha merma-do la libertad de decidir del consumidor sobre la conveniencia de la oferta en los términos presentados por el operador<sup>244</sup>.

Por tanto, en estos supuestos la acción de remoción también abarca la posibilidad de declarar ineficaces los contratos que por esta causa se hayan concluido, siempre y cuando se respeten los derechos de terceros de buena fe. La anterior afirmación no significa que se pueda recurrir a una nulidad automática de los contratos concluidos por prácticas agresivas de los empresarios, pero sí que, constatada la comisión de una práctica agresiva desleal tenga alguna repercusión en el plano contractual. De manera que, se presuma la existencia de un vicio del consentimiento del contratante, pues la práctica agresiva que ha ejercido el empresario sobre el consumidor, ha anulado su voluntad de contratar por lo que el consentimiento contractual difícilmente se habrá prestado de manera libre e inequívoca como exige nuestro Derecho de obligaciones y contratos<sup>245</sup>.

Al tratarse de ilícitos objetivos, no se exige para la interposición de la acción de remoción, que el actor pruebe que el agente infractor ha actuado con dolo o culpa, a diferencia de lo que ocurre con la acción de indemnización de

---

*ta desleal*». Con este cambio se pretende abarcar no solo una acción determinada, sino una forma de actuar que incluya una reiteración de actos, que serán, por otra parte, aquellos a los que con mayor frecuencia deberá atender la regulación de la competencia desleal. Vid. VEGA VEGA, J. A., «Artículo 32. Acciones», *op. cit.*, p. 859.

<sup>244</sup> La posibilidad de anular los negocios jurídicos que se hayan constituido a raíz de la actuación desleal de un competidor es una opción que ha sido defendida por gran parte de la doctrina que ha afirmado que esta posibilidad forma parte del contenido de la acción de remoción. Así, MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a...*, *op. cit.*, p. 136. También lo defiende, en particular en el supuesto de la OPS de Bankia, en el que, como se ha apuntado, se cometieron actos de engaño desleales en la difusión de información inexacta sobre la solvencia de la entidad, MARIMÓN DURÁ, R., «La OPS como acto de competencia desleal. Fundamentación de una acción colectiva», *op. cit.*, pp. 89 a 92.

<sup>245</sup> Entendemos la conexión entre ambos planos: el contractual y el concurrencial, como ha sido defendida por los Profesores MIRANDA y PAGADOR que han denunciado en numerosos estudios la falta de conexiones normativas entre ambos planos que están condenados a entenderse. Así, entre las últimas reflexiones, puede consultarse MIRANDA SERRANO, L. M., «Retos y tendencias en materia de disposiciones generales sobre obligaciones y contratos mercantiles. Aportaciones del Derecho Mercantil a una regulación unitaria de la teoría general del Derecho de obligaciones y contratos (I)», en MIRANDA SERRANO, L. M., y PAGADOR LÓPEZ, J., (Difs.), SERRANO CAÑAS, J. M., y CASADO NAVARRO, A., (Coords.) *Retos y Tendencias del Derecho de la contratación mercantil*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 41-90.

daños y perjuicios que a continuación se estudiará, ni tampoco que se hubiese producido una lesión individualizada y susceptible de resarcimiento<sup>246</sup>.

La pluralidad de consecuencias que pueden derivarse de la comisión de un acto desleal no aconseja optar por una enumeración de medidas concretas de remoción que pueden solicitarse, puesto que el contenido de esta acción puede ser muy diverso en función de las circunstancias en las que se produce la actuación desleal. Así, las medidas concretas van a depender en cada caso de los efectos negativos que el comportamiento desleal hubiese provocado y de aquellos que se pretendan eliminar mediante la interposición de esta acción<sup>247</sup>. Será en el suplico de la demanda cuando el actor deberá concretar sus pretensiones, especificando los efectos que ha producido el acto desleal y que deben ser eliminados mediante la acción de remoción y, además, deberá solicitar las medidas idóneas para que se proceda a su eliminación<sup>248</sup>. Siguiendo con el ejemplo anterior, en el supuesto de que el consumidor como consecuencia de ser víctima de una práctica agresiva suscriba un contrato que en otras circunstancias no hubiese hecho, la acción de remoción podría consistir en pedir la invalidez del contrato.

#### 4. La acción de indemnización de daños y perjuicios

Por último, la acción de indemnización del art. 32.1. 5.<sup>a</sup> LCD se fundamenta en la reparación de los daños y perjuicios que se han producido como consecuencia de la conducta desleal y que le resultan imputables al demandado, siempre que hubiese actuado con dolo o culpa.

En efecto, mediante la interposición de esta acción, el actor pretende que se condene al causante del acto desleal a compensarle por los efectos económicos y perjudiciales que ha sufrido en su patrimonio como resultado de la

---

<sup>246</sup> En este sentido, TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, op. cit., p. 368 y Vid. GUALDE CAPÓ, P., y BORRÁS CEBRIÁN, P., «Artículo 18...», op. cit., p. 313.

<sup>247</sup> MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a...*, op. cit., p. 536 o en este mismo sentido, la SAP Vizcaya (Sección 3.<sup>a</sup>) n.º 300/1999, de 14 de junio, de 1999 (Roj: SAP BI 2083/1999) [Ponente: *María Carmen Keller Echevarría*], recoge la necesaria formulación abstracta que debe adoptar la norma al regular la acción de remoción, y que reproducimos: «el art. 18.3 LCD, norma que adopta una formulación abstracta, que prescinde de concretar siquiera sea, por vía enunciativa modos determinados de eliminar los efectos. Esta indeterminación se cohonesta perfectamente con la versatilidad de consecuencias que pueden derivarse de los distintos actos desleales, comprendiendo en su seno un proteico haz de medidas que permite instar y adoptar en cada hipótesis las que resulten adecuadas a la individualidad y peculiaridades del caso particular. Destacándose que tal remoción ha de ser igualmente a instancia de parte».

<sup>248</sup> Por todos, BELLIDO PENADÉS, R., *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*, op. cit., p. 121 y VILLAGÓMEZ RODIL, A., *Competencia desleal*, Ed. Comares, 2.<sup>a</sup> Edición, Granada, 2006, p. 19.

conducta desleal que ha llevado a cabo el agente con una actuación dolosa o culposa. Por tanto, junto a los tres presupuestos típicos de toda reclamación por daños y perjuicios y que se recogen en el art. 1902 CC, estos son, la conducta ilícita, el daño patrimonial y la relación de causalidad, se exige, además, que concurra en la conducta desleal del sujeto agente, dolo o culpa<sup>249</sup>.

Al contrario de lo que cabría deducir, la comisión de una conducta anti-competitiva no implica *per se* la existencia de un daño<sup>250</sup>. Por eso, la necesidad de que el demandante pruebe su existencia, concrete su efectividad y la cuantía<sup>251</sup>. En efecto, para la estimación de la acción de resarcimiento, el demandante deberá probar la efectiva producción de un daño y/o perjuicio en su acervo patrimonial, es decir, que su patrimonio se ha visto perjudicado, de manera real y cierta, por la actividad anticompetitiva, y que, en consecuencia, debe ser jurídicamente tutelado<sup>252</sup>. Con todo, la cuantificación del daño por un ilícito de competencia desleal es compleja.

En el supuesto de que mediante la comisión de una práctica agresiva se hubiese forzado la celebración de un contrato, la cuantificación de los daños causados sobre el patrimonio del que ha soportado la práctica agresiva, se podría calcular en función del importe que ha tenido que pagar el consumidor para suscribir un contrato que, en otras circunstancias, no hubiese aceptado.

Los daños y perjuicios indemnizables comprenderán la pérdida que directamente ha producido el acto desleal y los perjuicios serán los beneficios dejados de obtener como consecuencia del acto de competencia desleal (art. 1106 CC). Entre las pérdidas sufridas como consecuencia de la actuación desleal, también cabe incluir junto a los daños patrimoniales, el daño moral.

<sup>249</sup> Sin embargo, GUALDE CAPÓ, P., y BORRÁS CEBRIÁN, P., «Artículo 18...», *op. cit.*, p. 317, no descartan en esta sede la aplicación de la doctrina jurisprudencial relativa a la responsabilidad basada en el riesgo en supuestos de reparación de los daños y perjuicios ocasionados a los consumidores mediante un acto de competencia desleal, pero entienden que resultaría improcedente en los casos de daños y perjuicios causados a otros competidores.

<sup>250</sup> La *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, la Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la UE. [COM (2018) 185 final]*, exige que los Estados miembros garanticen que los consumidores perjudicados por prácticas comerciales desleales tengan acceso, al menos, a la medida no contractual de indemnización por daños y perjuicios.

<sup>251</sup> Véase, MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a...*, *op. cit.*, p. 541. También, MARIMÓN DURÁ, R., «La OPS como acto de competencia desleal. Fundamentación de una acción colectiva», *op. cit.*, p. 94, que recuerda que, en sede de competencia desleal, será de aplicación el art. 219 de la LEC, que impide las sentencias con reserva de liquidación, por tanto, se deberán concretar los daños y perjuicios ocasionados en la demanda y su cuantificación, sin que este defecto se pueda subsanar en el acto de la audiencia previa ni el acto del juicio.

<sup>252</sup> GUALDE CAPÓ, P., y BORRÁS CEBRIÁN, P., «Artículo 18...», *op. cit.*, p. 316.

No obstante, en la prueba del daño causado por un ilícito de competencia desleal, es de aplicación la doctrina jurisprudencial «*ex re ipsa*»<sup>253</sup> en virtud de la cual la acreditación del daño no es necesaria cuando el mismo es la consecuencia implícita de la conducta desleal o cuando resulta difícilmente imaginable que estos comportamientos anticompetitivos no hayan sido para nada perjudiciales para quien promueve el litigio<sup>254</sup>. Por tanto, se debe considerar que, en virtud de la aplicación de esta doctrina, existen algunas situaciones de hecho en las que, constatada la comisión de un acto de competencia desleal, los perjuicios han de considerarse producidos, y, por tanto, cabrá la admisión de la condena a satisfacerlos sin un razonamiento sobre las pruebas que acrediten la existencia del perjuicio, teniéndolo en estos casos por evidente.

Ahora bien, de acuerdo con los postulados del Derecho de la competencia desleal, la aplicación de la doctrina «*ex re ipsa*» no puede fundarse en una presunción legal que excluya en todo caso la necesidad de prueba. Su aplicación tendrá lugar en supuestos evidentes en los que se hubiese producido un daño derivado del ilícito de competencia desleal, correspondiendo al juzgador la apreciación de la existencia o no de dicha situación excepcional o singular que aconseje la aplicación de la citada doctrina<sup>255</sup>.

### III. MECANISMOS SUSTANTIVOS Y PROCESALES PARA LAS PRÁCTICAS AGRESIVAS

#### 1. Legitimación activa

En la actual LCD se reconocen como sujetos legitimados activamente para entablar acciones por competencia desleal, las personas físicas o jurídicas que participen en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directa-

---

<sup>253</sup> En relación con la aplicación de la doctrina jurisprudencial «*ex re ipsa*» en los supuestos de competencia desleal, se pronuncian la STS n.º 339/2005, de 28 abril, de 2005 (Civil) (RJ 2005\3944) [Ponente: Clemente Auger Liñán]; o la STS n.º 541/2012, de 24 de octubre, de 2012 (Civil) (Roj: STS 8024/2012) [Ponente: Antonio Salas Carceller].

<sup>254</sup> Sobre este aspecto, puede consultarse CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, A., «Artículo 32. Acciones», en LEMA DEVESA, C. (Dir.), PATIÑO ALVES, B. (Coord.), *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores: Régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29/2009*, Ed. Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2012, p. 503. En este mismo sentido se pronuncia la STS n.º 351/2011, de 31 de mayo, de 2011 (Civil) (Roj: STS 3148/2011) [Ponente: Jesús Eugenio Corbal Fernández].

<sup>255</sup> VEGA VEGA, J. A., «Artículo 32. Acciones», *op. cit.*, p. 869 que reitera la regla general de probar la existencia del daño y su importe en los procedimientos de competencia desleal, sin perjuicio de que cabe admitir que en alguna ocasión proceda la aplicación de la doctrina «*ex re ipsa*».

mente perjudicados o amenazados por la conducta desleal (art. 33.1). Además, para la acción declarativa, de cesación, de remoción y de rectificación de las informaciones engañosas, se concede legitimación a las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos, cuando resulten afectados los intereses de sus miembros (art. 33.2). También se prevé que ostentan legitimación activa para el ejercicio de las citadas acciones previstas en el artículo 32.1, 1.<sup>a</sup> a 4.<sup>a</sup>, en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos de los consumidores y usuarios, los órganos de la Administración del Estado, esto es, el Instituto Nacional del Consumo (actual AECOSAN<sup>256</sup>), y, en su caso, los órganos competentes de la Administración de la Comunidad Autónoma (art. 33.3 LCD). Por último, se reconoce al Ministerio Fiscal la posibilidad de ejercer la acción de cesación en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios (art. 33.4 LCD).

A pesar de la amplitud de la configuración del precepto que regula la legitimación activa para entablar las acciones por competencia desleal, hasta el momento, la intervención individual de los consumidores en los procedimientos por competencia desleal ha sido escasa. En efecto, por ahora, un consumidor potencial víctima de una práctica agresiva, aisladamente no ejercita acciones de competencia desleal para denunciar estos abusos. La causa la encontramos principalmente en que las reclamaciones suelen ser de perjuicios de escasa cuantía que cuestionan el recurso a la vía judicial como mecanismo de tutela de los perjudicados por los actos de competencia desleal<sup>257</sup>. Pensemos, por ejemplo, en el consumidor que ha sufrido un perjuicio económico de 50 euros por la comisión de una práctica agresiva consistente en exigir el pago inmediato de un servicio no solicitado en su factura de la luz o teléfono o de una comisión bancaria no pactada. En términos de eficiencia, al consumidor no le resulta rentable interponer, de manera individual, una demanda por competencia desleal si el alcance del perjuicio de la práctica agresiva no es muy elevado<sup>258</sup>. Sin embargo, estas prácticas no suelen manifestarse de mane-

---

<sup>256</sup> Aunque la LCD hace referencia al Instituto Nacional del Consumo, actualmente debe atenderse a la AECOSAN que es la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición. Se trata de un organismo autónomo, adscrito al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad a través de la Secretaría General de Sanidad y Consumo y es el resultado de la fusión entre el citado Instituto Nacional del Consumo y la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición.

<sup>257</sup> En este sentido, MARTÍ MOYA, V., «La represión pública de la competencia desleal: una perspectiva de futuro para la aplicación del art. 3 de la ley de defensa de la competencia», *RDM*, n.º 291, 2014, pp. 495-500.

<sup>258</sup> Como advertía la COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde sobre recurso colectivo de los consumidores*, [Bruselas, 27 de noviembre de 2008], COM (2008) 794 final], uno de cada cinco consumidores europeos no llevaría un caso ante los tribunales por una cantidad inferior a 1000 euros y la mitad de las personas consultadas declaran que renunciarían a acudir a la justicia por cantidades inferiores a 200 euros. Sobre la

ra aislada sobre un consumidor, porque el perjuicio sobre una pluralidad de sujetos es el elemento determinante para que el empresario se arriesgue a realizar un comportamiento desleal. Por eso, en la práctica, estas conductas contrarias a la diligencia profesional suelen tener una incidencia sobre una colectividad de sujetos, y, en consecuencia, tienen un notable efecto adverso sobre el mercado, cual es, mermar de manera considerable la confianza de los consumidores en el sistema competitivo.

Una de las soluciones que se propone para recobrar la confianza del consumidor, es otorgarle mecanismos procesales efectivos que posibiliten el ejercicio de las acciones que la LCD prevé por la comisión de los actos desleales<sup>259</sup>. Para ello se defiende, por un lado, la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios para la defensa de estos ante las prácticas comerciales desleales que potencialmente hayan sufrido, así como la conveniencia de optar por la acción colectiva en aquellos supuestos que, por su dimensión económica o social, implican graves perjuicios para los consumidores y usuarios<sup>260</sup>.

En efecto, la acción colectiva se convierte, en casos jurídicos complejos en los que el comportamiento desleal del empresario afecta a un gran número de consumidores, en un instrumento jurídico idóneo para incentivar a los consumidores a interponer una acción judicial por competencia desleal. Sin embargo, no siempre el recurso a este régimen procesal resulta sencillo, como así lo han demostrado los conocidos intentos fallidos en los que se ha recurrido a esta vía pero que no ha sido aceptada por los tribunales<sup>261</sup>. Hasta la fecha, estas acciones se han reservado para supuestos en los que se impugnen condiciones generales de la contratación abusivas o carentes de transparencia, pero no han sido empleados para interponer una demanda por prácticas agresivas desleales que afecten a un número elevado de consumidores, como puede ser, exigir el pago inmediato de servicios no deseados en la factura de teléfono o de electricidad o cuando los consumidores se ven forzados o inducidos a la celebración de un contrato que de otra forma no se hubiese llevado a cabo<sup>262</sup>.

---

escasa cuantía como principal obstáculo para que los consumidores denuncien las prácticas comerciales desleales de las que han sido víctimas se pronuncia, ROTT, P., «Effective enforcement of consumer law: the comeback of public law and criminal law», *op. cit.*, p. 70.

<sup>259</sup> *Vid.*, recientemente, EUROPEAN COMMISSION, *The New Deal for Consumers. What benefits Will I get as a consumer?* de abril de 2018.

<sup>260</sup> Por todos, RIBÓN SEISDEDOS, E., «Acción civil frente a las prácticas comerciales desleales», en RIBÓN SEISDEDOS (Coord.) *Las prácticas comerciales desleales*, Ed. CEACCU, 2010, p. 111.

<sup>261</sup> En este campo, puede consultarse el análisis sobre la eficacia que presentan las acciones colectivas con motivo del lanzamiento de la OPS de Bankia que efectúa MARIMÓN DURÁ, R., «La OPS como acto de competencia desleal. Fundamentación de una acción colectiva», *op. cit.*, pp. 67-104.

<sup>262</sup> *Vid.* la SJMerc n.º 2 A Coruña n.º 117/2017, de 20 de febrero, de 2018 (Civil) (AC 2018\177) [Ponente: Ana María Barral Picado] en la que el Ministerio Fiscal en ejercicio de la acción de cesación en

Estas son, sin embargo, las prácticas más habituales en el tráfico, y que, en multitud de ocasiones, la escasa cuantía considerada de manera individual no motiva a los consumidores a acudir a la vía judicial, pero que considerada la práctica desde una vertiente colectiva, sí que puede servir de estímulo a los consumidores para denunciar los abusos a los que se ven sometidos por los operadores.

El resultado es que el consumidor se encuentra desprotegido. Por eso, la necesidad de una reacción legislativa en este sentido con el objeto de empoderar al consumidor a denunciar todos los abusos producidos por empresarios desleales y con ello recuperar su confianza en las transacciones comerciales. En esta línea se está trabajando desde las instituciones europeas. Así, con la aprobación del llamado «*Nuevo marco para los consumidores*»<sup>263</sup> se les permitirá a las entidades habilitadas sin ánimo de lucro, defender los intereses colectivos de los consumidores en casos de perjuicio masivo. Se prevé con este mecanismo que el consumidor individual encuentre los incentivos necesarios para reclamar sus derechos.

## 2. Prescripción

Podría afirmarse que la configuración del régimen de prescripción de las acciones por competencia desleal (art. 35 LCD), es el principal obstáculo por el que el perjudicado por una práctica agresiva decide no acudir a la tutela judicial prevista en la LCD y decantarse por los mecanismos que a tal efecto establece el Derecho común. En este último supuesto, como se sabe, el plazo de prescripción de las acciones por vicios del consentimiento es mucho mayor<sup>264</sup>.

---

defensa de intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios, promueve una demanda contra una compañía de telecomunicaciones que emitía reiteradamente facturas contra los consumidores y usuarios en las que «*les reclama la cuota correspondiente al periodo completo de facturación previamente determinado (generalmente mensual) a pesar de que el servicio prestado a los clientes haya finalizado antes de que se complete ese periodo; en definitiva, requiere a los consumidores para que abonen un servicio de telecomunicaciones que no ha prestado efectivamente en lugar de reducir proporcionalmente la cuota al periodo de tiempo efectivamente consumido*». La conducta consistente en emitir y girar facturas por el periodo completo preestablecido en los casos en que el servicio se haya dejado de prestar antes de que concluya ese periodo, como recuerda la sentencia, es abusiva y, por tanto, ilícita. También, se considera abusiva, «*la inclusión en un fichero de solvencia patrimonial de los clientes que no abonen las mencionadas facturas*».

<sup>263</sup> Vid. EUROPEAN COMMISSION, *The New Deal for Consumers. What benefits Will I get as a consumer?* de abril de 2018.

<sup>264</sup> La prescripción de la acción de anulabilidad por vicio del consentimiento basada en la intimidación y la violencia es, conforme al art. 1301 CC de cuatro años «*desde el día en que éstas hubiesen cesado*».

Además, el cómputo del plazo de prescripción se presenta como una de las cuestiones más complejas de la LCD, sin embargo, en este campo se han realizado notables esfuerzos para configurar una redacción cada vez más clara del precepto. Así, el ex art. 21 de la LCD (1991) contemplaba para el conjunto de acciones ejercitables en materia de competencia desleal, un régimen específico de prescripción en el que se establecían dos plazos excluyentes para que el afectado por un acto de competencia desleal pudiese interponer la preceptiva demanda ante los tribunales.

En primer lugar, el ex art. 21, hacía referencia al plazo de un año que se computaba «*desde el momento en que las acciones pudieron ejercitarse y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal*». Paralelamente, en segundo lugar, se establecía otro plazo de tres años que, según el citado precepto, se debía computar «*desde el momento de la realización del acto*». Estos dos plazos prescriptivos actuaban de forma autónoma y excluyente y no de manera sucesiva<sup>265</sup>.

Así, si había transcurrido más de un año desde que se pudo interponer la acción con conocimiento del presunto infractor y todavía no se había ejercitado, había prescrito el plazo, puesto que en estos supuestos no entraba en juego el cómputo del término de tres años que el art. 21 preveía en la regla segunda. En sentido inverso, si el perjudicado había agotado el plazo de tres años sin ejercitar su acción, también operaba la prescripción prevista en el art. 21 LCD, puesto que a tal efecto era inaplicable el plazo de un año, aunque todavía no hubiesen acontecido las circunstancias necesarias para el inicio del cómputo de este que la Ley establecía. De modo que, si se cumplían las condiciones de cualquiera de los dos, operaría la prescripción y el perjudicado por la conducta desleal habría visto extinguido su derecho a ejercitarlas.

No obstante, doctrina y jurisprudencia, habían criticado la redacción de los plazos de prescripción en la LCD (1991), sobre todo en lo que se refería a la determinación del *dies a quo* prescriptivo en aquellos supuestos de carácter continuado o repetido, que eran, por su parte, la mayoría<sup>266</sup>. Efectivamente, la desafortunada expresión «*desde el momento de la realización del acto*», había hecho avivar un intenso debate doctrinal en relación con la fijación del momento de inicio del cómputo del plazo en aquellos supuestos en los que el ilícito de competencia desleal tuviese un carácter duradero.

---

<sup>265</sup> BORRÁS CEBRIÁN, P., «Artículo 21. Prescripción de acciones», en MARTÍNEZ SANZ, F. (Dir.), *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Tecnos, Madrid, 2009, p. 348.

<sup>266</sup> Por todos, MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a...*, op. cit., p. 776 y TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, op. cit., p. 473.



Sobre este asunto, la jurisprudencia no mantenía un criterio unánime<sup>267</sup>. En la práctica, existían pronunciamientos que argumentaban que el cómputo de la prescripción se iniciaba en el momento en que finalizaba la actividad<sup>268</sup>. Mientras otros, apelaban a la interpretación literal del precepto y defendían que, una vez conocida por el actor la concurrencia de las dos circunstancias que enumeraba el precepto, debía iniciarse el plazo de prescripción, sin que fuese necesario distinguir entre los supuestos en los que se tratase de una actuación continuada en el tiempo de aquellos que no lo eran<sup>269</sup>.

A la situación de inseguridad jurídica descrita, pretendió poner fin la Ley 29/2009 que además de introducir en el Derecho español las prácticas

<sup>267</sup> Resulta interesante a modo de resumen de las dos posiciones en relación con la interpretación de la prescripción, traer a colación la STS n.º 871/2009, de 21 enero, de 2010 (Civil) (RJ2010\1275) [Ponente: Jesús Corbal Fernández] que reflexiona sobre los supuestos especialmente problemáticos de actuaciones desleales de tracto sucesivo consistentes, bien en una actuación continuada, bien en una actuación permanente que persiste al tiempo de interponerse la demanda. Efectivamente, la sentencia se hace eco de estas dos concepciones a la hora de interpretar los respectivos «*dies a quo*». Así, por un lado, apunta la primera interpretación consistente en entender que las acciones deberán ejercitarse, tal y como señala el precepto, desde el momento en que pudieron ejercitarse, siempre y cuando se tuviere conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal, para el plazo de un año, o en el caso de aplicarse el plazo de tres años, desde el momento en el que se realizó el acto inicial. En favor de esta primera postura, se argumenta que es la más acorde con el tenor literal del precepto y que esta interpretación otorga seguridad jurídica. Por otro lado, también recoge la interpretación doctrinal que sostiene que, en los supuestos de actos duraderos, el tiempo no comienza a computarse mientras se continúe cometiendo la conducta ilícita. En este sentido, se remite a la doctrina jurisprudencial dictada sobre el «*daño continuado*» en aplicación de los arts. 1968, apartado segundo, y 1969 del CC, argumentando además que con el criterio de interpretación estricta del precepto terminaría por sanar conductas desleales o tolerar distorsiones del mercado, puesto que se consolidaría una especie de derecho a competir deslealmente, por el hecho del transcurso del tiempo. Aunque la citada sentencia resume ambas interpretaciones, al final, adopta la más acorde con los intereses de la LCD, esta es, que cuando se trata de actos de competencia desleal de duración continuada, la prescripción extintiva de las acciones de competencia desleal no comienza a correr hasta la finalización de la conducta ilícita.

<sup>268</sup> *Vid.* entre otras, la STS n.º 593/2000, de 16 de junio, de 2000 (Civil) (Roj: STS 4966/2000) [Ponente: Pedro González Poveda] o, en este mismo sentido, STS n.º 1348/2006, de 29 de diciembre, de 2006 (Civil) (Roj: STS 8692/2006) [Ponente: Vicente Luis Montes Penadés]. Aunque el apoyo a la doctrina de los actos continuados no fue constante y así se sucedieron en contra varios pronunciamientos. El TS realizó un esfuerzo unificador de esta doctrina en la STS n.º 872/2009 de, 18 enero de 2010 (Civil) (RJ 2010\1401) [Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel] y STS n.º 871/2009, de 21 enero de 2010 (Civil) (RJ 2010\1275) [Ponente: Jesús Corbal Fernández]. En estos pronunciamientos el Tribunal hace un breve resumen de la trayectoria jurisprudencial de la doctrina de los actos continuados y se pronuncia expresamente sobre su aplicabilidad, en detrimento de las corrientes contrarias a su aplicación. No obstante, el criterio volvió a no ser unánime y se emitió un voto particular suscrito por cuatro magistrados, en el que se resumió las críticas que tal doctrina había también recibido.

<sup>269</sup> Por todas, STS n.º 802/1997, de 25 de julio de 2002 (Civil) (Roj: STS 5700/2002) [Ponente: Clemente Auger Liñán] considera prescrita la acción de cesación puesto que se interpuso la demanda en fecha 27 de julio de 1995, habiéndose acreditado que desde septiembre de 1993 el actor ya tenía conocimiento del acto desleal y del autor del mismo, por tanto, en la fecha de interposición de la demanda ya había transcurrido el plazo de un año que señala el precepto como el inicio del cómputo del plazo de prescripción. También se pronuncia sobre esta cuestión la SAP La Coruña (Sección 1.ª) n.º 31/2002, de 23 de enero de 2002 (AC 2002\794) [Ponente: Miguel Herrero de Padura] o SAP Castellón (Sección 2.ª) n.º 312/2003, de 12 de noviembre de 2003 (AC 2003\1918) [Ponente: José Luis Antón Blanco].

agresivas como comportamientos desleales, supuso el reconocimiento de la doctrina de los actos continuados en el cómputo del plazo trienal, al referirse expresamente a que el momento que marcará el comienzo del cómputo del plazo prescriptivo será «*desde el momento de la finalización de la conducta*» (art. 35) quedando de esta manera zanjado el debate en torno a la determinación del *dies a quo*.

Sin embargo, con esta ocasión, se incorpora otra remisión que complica nuevamente la fijación de los plazos de prescripción de las acciones derivadas de la competencia desleal. El actual precepto se remite al art. 56 del TRLGCU para determinar la prescripción de las acciones en defensa de intereses generales, colectivos o difusos, de consumidores o usuarios (art. 35 *in fine*).

En consecuencia, en estos supuestos se confirma una regla especial de prescripción más favorable a los consumidores, pues se establece la imprescriptibilidad de las acciones del art. 32 de la LCD que persigan la cesación de actos de competencia desleal y sean impuestas como acción colectiva por múltiples consumidores o por entidades que representen los intereses generales o difusos de estos.

Se ha discutido si la citada remisión debe entenderse o no a la prescripción de todas las acciones que se enumeran en el art. 32 de la LCD. No obstante, creemos que la remisión que efectúa la Ley es contundente. Así, abarca todas las acciones del art. 32 que pueden ser objeto de una demanda colectiva, estas son: la acción declarativa, la de cesación, la de remoción y la de rectificación de informaciones engañosas<sup>270</sup>. Puede suscitar algunas dudas la aplicación de este régimen especial también para la acción de indemnización de daños y perjuicios derivados de una conducta desleal. Sin embargo, consideramos que, si se atiende a la literalidad del precepto, las dudas quedan totalmente despejadas, pues solamente se prevé la remisión al art. 56 TRLGCU en las acciones de cesación, en ningún caso puede entenderse que la acción de reclamación de daños y perjuicios derivados de una conducta desleal sea imprescriptible, aunque se imponga de forma colectiva por múltiples consumidores o usuarios, ya que esta acción no se menciona en el precepto remitido<sup>271</sup>.

---

<sup>270</sup> En este sentido, TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, *op. cit.*, pp. 482-485, y MARIMÓN DURÁ, R., «La OPS como acto de competencia desleal. Fundamentación de una acción colectiva», *op. cit.*, pp. 102 y 103.

<sup>271</sup> Han negado la imprescriptibilidad de la acción de daños y perjuicios por un acto de competencia desleal, BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., «Artículo 35. Prescripción», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Thomsom Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 981, que entiende que esta es la manera más lógica de interpretar el precepto ya que, de otro modo, la norma remitente iría más allá que la norma remitida y esto no puede presumirse. Además, esta interpretación resulta coherente con la jurisprudencia que limita los daños que pueden solicitarse según el

### 3. Diligencias preliminares

Como es sabido, se conciben las diligencias preliminares como actos previos al proceso, destinados a su preparación<sup>272</sup>. Su misión es proporcionar información al futuro actor para la preparación y configuración de una demanda por competencia desleal, o bien de una solicitud de medidas cautelares previa a la demanda. En efecto, con el recurso a las diligencias preliminares, se pretende desarrollar una serie de actividades ante el órgano judicial tendentes a preparar un juicio plenario posterior. Estas pueden consistir en la obtención de datos que resultan necesarios para la recta presentación de la demanda o para considerar la procedencia de su propia presentación.

La instrumentalidad de las diligencias preliminares se agota, no obstante, en el proceso principal, no pudiendo tener valor fuera de él. Se trata, en definitiva, de un mecanismo medidor de la conveniencia de interponer una acción judicial por competencia desleal. Por ello, ocupan un lugar preeminente en el Derecho de la competencia desleal porque, como es sabido, en la práctica, en la ponderación del beneficio-coste que supone el inicio de un procedimiento por competencia desleal, para el consumidor individual la balanza acaba inclinándose por rechazar la posibilidad de interponer tal acción.

Pensemos, por ejemplo, en la comisión de un supuesto típico de prácticas comerciales desleales con consumidores y usuarios, en el que el suministrador de servicios eléctricos hubiera cometido una potencial práctica agresiva consistente en exigir el pago inmediato de un suministro no solicitado a un grupo de consumidores que son los que tienen contratada una determinada tarifa de electricidad. En estos supuestos, existe una marcada asimetría informativa entre el empresario y los consumidores que, de no ser subsanada, dificulta en gran medida que el consumidor pueda interponer alguna de las acciones del art. 32 LCD por el acto de competencia desleal cometido. Por eso, al futuro actor, previamente a la interposición de la demanda por competencia desleal, le convendrá saber cuál es el alcance de la práctica perpetrada, es decir, el número de consumidores afectados por el pago inmediato de un servicio que no han contratado. Con objeto de concretar a los integrantes del grupo de afectados en los supuestos en los que se pretenda iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios, en aplicación

---

periodo temporal en el que se hubiesen generado, computando desde la fecha de reclamación hacia atrás. También, TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, op. cit., p. 483.

<sup>272</sup> Vid. VILATA MENADAS, S., «Artículo 24. Diligencias Preliminares», en MARTÍNEZ SANZ, F. (Dir.), *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Tecnos, Madrid, 2009, p. 379.

del art. 256.1.6.º de la LEC<sup>273</sup>, 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.

No obstante, no siempre le resulta fácil al demandante disponer de pruebas que acrediten la comisión de un ilícito desleal. Además, el perjudicado por una práctica agresiva desleal, no suele prevenirse guardando pruebas fehacientes de la agresividad con la que el empresario le ha obligado a aceptar una determinada oferta comercial. Por ello, el legislador español, consciente del problema, introdujo en el articulado de la LCD ya desde sus orígenes, el régimen aplicable a la práctica de diligencias preliminares en un procedimiento de competencia desleal. Sin embargo, el resultado tampoco ha sido positivo.

Las razones del fracaso en la adopción de diligencias preliminares en un proceso de competencia desleal se concretan fundamentalmente<sup>274</sup> en una interpretación jurisprudencial demasiado rígida del precepto que ha frustrado cualquier intento de adopción<sup>275</sup>. En efecto, se ha requerido en algunas resolu-

---

<sup>273</sup> Las diligencias preliminares a las que hace referencia el art. 36 de la LCD coexisten y se complementan con las previstas con carácter general y supletorio en los arts. 256 a 263 de la LEC. En el caso hipotético que hemos reproducido, pensamos que se podría adoptar la diligencia preliminar propuesta en base al art. 256.1. 6.º LEC, que a tal efecto establece que: «Por petición de quien pretenda iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios al objeto de concretar a los integrantes del grupo de afectados cuando, no estando determinados, sean fácilmente determinables. A tal efecto el tribunal adoptará las medidas oportunas para la averiguación de los integrantes del grupo, de acuerdo a las circunstancias del caso y conforme a los datos suministrados por el solicitante, incluyendo el requerimiento al demandado para que colabore en dicha determinación».

<sup>274</sup> También se ha apuntado a una sobreinterpretación del derecho que asiste al secreto empresarial. En relación con este motivo, se advierte un desmesurado celo de nuestros tribunales en la protección de la información interna de las empresas como pretexto para que no se sometan a examen judicial multitud de comportamientos potencialmente ilícitos con consumidores y usuarios. Así lo denuncia HERRERA PETRUS, C., «Algunas reflexiones sobre diligencias preliminares y litigación en materia de competencia desleal», en TATO PLAZA, A., COSTAS COMESAÑA, J., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. I., *et al.* (Dirs.), *Nuevas tendencias en el Derecho de la competencia y de la propiedad industrial*, Ed. Comares, Granada, 2017, p. 187, quien pide a los tribunales que salgan de la zona de confort que proporciona el deber de protección del *core business* empresarial y que se dé una lectura menos rígida por parte de la judicatura mercantil para su adopción.

<sup>275</sup> La adopción de las diligencias preliminares en un procedimiento de competencia desleal se sujeta a un doble requisito (art. 36 LCD) que interpretado de manera restrictiva acaba frustrando su finalidad. Por un lado, se exige que el Juez esté persuadido de la existencia de un acto de competencia desleal o del peligro de su comisión inmediata, para cuyo conocimiento o comprobación, sea necesaria la diligencia solicitada. Por otro lado, se impone la acreditación del carácter objetivamente indispensable de la diligencia preliminar para la preparación del juicio, es decir, que no exista posibilidad de comprobar la comisión de la deslealtad del acto de otra manera. Sobre la rigidez con la que se han interpretado tradicionalmente los condicionantes para que prospere la adopción de diligencias preliminares en un procedimiento de competencia desleal, se pronuncian: LEMA DEVESA, C., «Posibilidades y remedios para reprimir la competencia desleal», *op. cit.*, p. 209; VILATA MENADAS, S., «Artículo 24. Diligencias Preliminares», *op. cit.*, p. 382, y HERRERA PETRUS, C., «Algunas reflexiones sobre diligencias preliminares y litigación en materia de competencia desleal», *op. cit.*, p. 175.

ciones que se demuestre la infructuosidad de las medidas que se han adoptado para tener acceso a la información pretendida, requerimiento que excede de las pretensiones en las que se fundamenta la diligencia preliminar<sup>276</sup>.

A pesar de todos los condicionantes a los que se ha sometido a las diligencias preliminares, queremos reivindicar el papel preminente que cumplen en los litigios por competencia desleal, aunque exista manifiesta reticencia por nuestros tribunales a su otorgamiento. En efecto, un sistema basado esencialmente en la aplicación privada del Derecho de la competencia desleal como el nuestro, solamente será efectivo si las personas interesadas tienen libre acceso a la información necesaria para probar su caso y, en la actualidad, este supuesto no se cumple<sup>277</sup>.

#### IV. LAS PRÁCTICAS COMERCIALES AGRESIVAS Y EL RÉGIMEN DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

En el estudio de los mecanismos de Derecho privado para reprimir las prácticas agresivas desleales, cobra especial importancia la reflexión sobre la

---

<sup>276</sup> De esta manera se han pronunciado AAP Barcelona (Sección 15.<sup>a</sup>), n.º 106/2012, de 31 julio, 2012 (AC 2013\302) [Ponente: Juan Francisco Garnica Martín] que desestima la solicitud de diligencias preliminares porque «No hace referencia al solicitante a los medios de investigación que ha puesto en marcha para averiguar la existencia de los ilícitos concurrenciales que estima que se han cometido, ni a las dificultades que ha encontrado para ello. Y lo cierto es que entre que ocurren los hechos constitutivos del ilícito concurrencial y que se realiza la solicitud ha transcurrido un plazo muy dilatado (3 años) para un ilícito de esta naturaleza, de manera que no se explica que esas circunstancias no se justifiquen. (...) Por consiguiente, no acreditada la necesidad o justa causa de las diligencias interesadas, se procede desestimar íntegramente la solicitud», o en este mismo sentido, se pronuncia el AJMerc n.º 3 de Pontevedra n.º 107/2010, de 11 de junio, de 2010 (AC 2011\1678) [Ponente: José María Blanco Saralegui] que también desestima la solicitud de diligencias preliminares propuestas consistentes en la designación de un perito ingeniero técnico para que localizase y realizase una copia en papel de los correos electrónicos y archivos adjuntos entre diversas direcciones de correo electrónico pertenecientes a personas que intervinieron en las negociaciones del posible acto de competencia desleal. En consideración del magistrado, la diligencia propuesta adolecía del requisito de indispensabilidad objetiva, porque: «Se trataba de documentos que custodiaba el Sr. Notario, obtenidos por la parte, a disposición de la propia parte, y encriptados a instancias de la propia parte. Lo único que pretende la demandante es salvaguardar, a través de la intervención judicial, cualquier tacha de ilicitud del medio de prueba aportado, lo que es muy diverso del objetivo con el que se regulan las diligencias de comprobación; será el propio demandante quien deberá aportar dichos documentos en el proceso posterior; elegir cuáles de ellos son relevantes para la acción de competencia desleal propuesta, cuáles pertenecen al ámbito de intimidad de las personas afectadas, y en qué términos pactó la empresa el uso de correo electrónico con sus empleados». Además, al margen de la ausencia de indispensabilidad objetiva, «es forzoso para el Tribunal reconocer que cualquier pronunciamiento al respecto en estas medidas condicionaría la respuesta, necesariamente autónoma, que se haya de dar en el proceso principal respecto a la admisión o no de dicha documental, en caso de su impugnación por los demandados».

<sup>277</sup> Como señala, POELZIG, D., «Private or Public Enforcement of the UCP Directive? Sanctions and Remedies to Prevent Unfair Commercial Practices», *op. cit.*, p. 257, el éxito de la denuncia de las prácticas engañosas derivadas de los anuncios publicitarios es porque son fácilmente identificadas por los consumidores.

relación existente entre el Derecho de la competencia desleal y el Derecho de las obligaciones y contratos, pues, aunque nuestro ordenamiento tradicionalmente las ha concebido como dos categorías jurídicas distintas, las últimas reformas han demostrado que se trata de dos realidades muy próximas con importantes elementos de conexión. Entre todos, puede destacarse que los dos Derechos han tratado de poner solución a situaciones en las que un marcado desequilibrio entre las partes contratantes ha propiciado un aprovechamiento de la parte fuerte, en este caso el empresario, frente a la débil posición del consumidor.

Así, el Derecho de los contratos se encuentra fuertemente influenciado por la instauración del Derecho de consumo que, con el objeto de regular las relaciones entre empresarios o profesionales y consumidores, introduce importantes novedades tendentes a restaurar la desigualdad apreciable en las relaciones económicas y jurídicas entre ambos. En esta situación, también se exige que se garantice el correcto funcionamiento del libre mercado en que los empresarios compiten y los consumidores pueden elegir. Es aquí cuando entra en juego el influjo del Derecho de la competencia, que al igual que hizo el Derecho de la contratación, también ha adoptado medidas tendentes a asegurar que los intereses de los consumidores en sus relaciones comerciales con las empresas no se vean conculcados.

En efecto, la denominada «*reforma de consumo*» de la LCD en 2009, ha abogado por devolver al consumidor la soberanía de sus decisiones comerciales y que este no se vea influenciado indebidamente por el empresario mediante técnicas comerciales ilegales antes, durante o después de la contratación<sup>278</sup>. Con todo, como se ha demostrado, el Derecho de la competencia desleal es insuficiente para proteger los intereses de los consumidores en sus relaciones comerciales con los empresarios o profesionales. A su vez, el Derecho de los contratos también debe ser complementado por el Derecho de la competencia desleal. Por tanto, se trata de dos materias con elementos comunes que requieren de una reflexión unitaria.

Sin embargo, no resulta sencillo establecer, de acuerdo con la regulación actual, elementos de conexión entre el Derecho de las obligaciones y contratos y el Derecho de la competencia desleal, como se ha encargado de denunciar la más prestigiosa doctrina<sup>279</sup>. Así, la constatación de un ilícito anticompetitivo

---

<sup>278</sup> Vid. art. 2 LCD que al definir el ámbito objetivo de la Ley atiende a «*los actos realizados antes, durante o después de una operación comercial o contrato*».

<sup>279</sup> Esta situación ha sido denunciada por el Prof. MIRANDA SERRANO que defiende que resulta necesario establecer conexiones entre el Derecho de los contratos y el Derecho contra la competencia desleal porque la relación entre ambos debe ser de complementariedad y no de oposición. Una solución que

no tiene automáticamente reflejo en el plano negocial y a la inversa. En otras palabras, puede darse el caso que, constatada la infracción de la LCD, este comportamiento no tenga reflejo en el Derecho de los contratos.

Efectivamente, al margen de que la LCD contemple algunos elementos de conexión con el Derecho de los contratos, por ejemplo, considerar como un ilícito contrario a la leal competencia la infracción de la normativa contractual (art. 14)<sup>280</sup> o, más relacionado con el objeto de nuestro trabajo, considerarse desleal la interposición por parte del empresario de obstáculos al ejercicio del derecho contractual del consumidor (art. 8.2 d) o el hecho de exigir al consumidor o usuario que reclama 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*» (art. 31), por parte del Derecho de las obligaciones y contratos, no existe tal reciprocidad. En esta sede, la conexión con el Derecho de la competencia desleal, solo la encontramos en la relevancia de las declaraciones públicas emitidas por los empresarios a lo largo del proceso de comercialización del bien o servicio en el mercado.

Precisamente es la ausencia de previsiones respecto a la conexión entre ambos derechos, el principal reto que afronta la doctrina y la jurisprudencia en el tratamiento de las prácticas comerciales agresivas. El estudio de las prácticas agresivas desleales y sus presupuestos, han demostrado que se trata de un fenómeno que no es ajeno a la clásica doctrina del vicio del consentimiento del Derecho contractual, de ahí que nos reafirmemos en que sirven algunos de sus elementos para configurar el régimen de las prácticas agresivas desleales.

---

aporta el profesor para establecer la conexión entre ambos ordenamientos es considerarlo al igual como se hizo con la doctrina de las restricciones accesorias en el Derecho *antitrust* elaborada por la jurisprudencia norteamericana, según la cual, las limitaciones de la competencia necesarias para que se celebren entre otros, los contratos de venta de empresas, de franquicia o cooperativas, no pueden ser prohibidos por el Derecho *antitrust*, pues en caso contrario este sector actuaría como obstáculo del Derecho de contratos. Entre sus últimos trabajos, en los que vuelve a reflexionar sobre esta cuestión, MIRANDA SERRANO, L. M., «Retos y tendencias en materia de disposiciones generales sobre obligaciones y contratos mercantiles. Aportaciones del Derecho Mercantil a una regulación unitaria de la teoría general del Derecho de obligaciones y contratos (I)», *op. cit.*, pp. 80-83. También en el Derecho comparado se ha reflexionado sobre esta cuestión, así ZORZI, N., «Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta», *Contratto e Impresa*, n.º 4-5, 2011, pp. 921-954 o WHITTAKER, S., «The Relationship of the Unfair Commercial Practices Directive to European and National Contract Laws», en WEATHERILL y BERNITZ (Eds.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29: New Rules and New Techniques*, Oxford, 2007, p. 146.

<sup>280</sup> No obstante, el incumplimiento contractual no es *per se* constitutivo de un acto de competencia desleal. Con carácter general, no resultaría legítimo recurrir al Derecho contra la competencia desleal para solventar conflictos cuya vía natural de resolución es el Derecho de contratos. Así, GARCÍA PÉREZ, R., *Ley de Competencia Desleal*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 111 y 112.

## 1. Las complejas relaciones entre el Derecho de la competencia desleal y el Derecho de los contratos

Garantizar la libre decisión del consumidor no es un principio del que solamente se ocupe el Derecho de la competencia desleal, sino que también la autonomía decisional del contratante se ha venido defendiendo desde el Derecho de los contratos, si bien este último ha adoptado una perspectiva más amplia que aquella que solamente atiende a la figura del consumidor.

En efecto, para un correcto entendimiento del Derecho de los contratos y para un saneado funcionamiento del mercado, resulta exigible que el sistema garantice que las decisiones que toman los consumidores a la hora de contratar sean libres e informadas. De ahí, que la libre formación del consentimiento del contratante sea un presupuesto del Derecho de las obligaciones y contratos y que también se defienda esta autonomía decisional desde el Derecho de la competencia desleal al tipificar como comportamientos desleales, en particular, ciertas técnicas de venta agresivas que emplean algunos operadores y que merman de manera significativa la libre elección del destinatario en sus transacciones comerciales.

Así, desde dos planos distintos, el Derecho de los contratos y el Derecho de la competencia desleal, se protege al consumidor con el objeto de evitar los posibles abusos al que pueda quedar sometido por parte de los empresarios o profesionales. En efecto, el legislador, mediante una u otra vía penaliza las interferencias indebidas en la libertad de decisión del consumidor, bien calificándolas de práctica desleal por agresiva (art. 8 LCD) o engañosa (art. 5 y 7 LCD), bien considerando que se está ante un vicio del consentimiento por error, dolo, violencia o intimidación que tienen por efecto invalidar el contrato (art. 1265 CC).

Las similitudes entre estos dos ámbitos disciplinares diversos, no se detienen en el mismo bien jurídico protegido. Además, la tutela a la libertad de elección del destinatario, en ambas disciplinas se presta en todo el íterin contractual, esto es, antes, durante o después de una operación comercial o contrato<sup>281</sup>. Así, la LCD, después de la reforma de 2009, al definir su ámbito objetivo (art. 2.3) expresamente establece que: *«La ley será de aplicación a cualesquiera actos de competencia desleal, realizados antes, durante o después de una operación comercial o contrato, independientemente de que éste llegue a celebrarse o no»*.

---

<sup>281</sup> Como así se desprende expresamente de los arts. 2.3 o art. 28 LCD. También el Derecho de las obligaciones y contratos establece normas tuitivas para el consumidor en las etapas previas a la celebración del contrato, durante la misma y con posterioridad a haberse celebrado.



Sin embargo, los dos regímenes con grandes similitudes entre ellos, materializadas en la protección del contratante y en el otorgamiento de esa protección en todas las etapas de la contratación, no coinciden en su elemento más significativo, cual es, el establecimiento de las condiciones que deben concurrir para entender que se ha vulnerado la libertad de elección del destinatario en relación al bien o servicio y que, por consiguiente, se ha afectado o podido afectar a su comportamiento económico.

La consecuencia de no existir en la actualidad mecanismos de conexión entre el Derecho de la competencia desleal y el Derecho de los contratos, es que en el supuesto de que se persigan estas prácticas por actos de engaño o agresivos contrarios a los postulados de la LCD mediante los remedios y sanciones que esta contempla, se puede llegar a resultados contradictorios, quebrantando, en consecuencia, la unidad del sistema<sup>282</sup>. Como decimos, se presenta como uno de los principales retos con los que el legislador deberá mediar en los próximos tiempos, la necesidad de interrelacionar estas dos materias, por ahora desconectadas, pero condenadas a entenderse<sup>283</sup>.

Por eso, una vez analizado el régimen aplicable a las injerencias que puede recibir el destinatario de una práctica agresiva en su decisión comercial desde la perspectiva del Derecho de la competencia desleal, se debe estudiar el régimen que dispensa el Derecho de las obligaciones y contratos. El objeto de este análisis comparativo es establecer los puntos de conexión entre ambos derechos, la constatación de las ya apuntadas divergencias y las posibles soluciones al problema.

## 2. El sistema de vicios del consentimiento en el ámbito contractual: ¿Una realidad distinta del plano concurrencial?

Como ya adelantamos al analizar los elementos que configuran las prácticas agresivas desleales, se advierte un cierto paralelismo con el régimen de vicios del consentimiento desde el plano negocial. En efecto, la LCD en su tipificación de las prácticas comerciales agresivas trata de preservar que el destinatario de la práctica sufra un menoscabo importante en su libertad de

---

<sup>282</sup> En este sentido, MIRANDA SERRANO, L. M., «La protección del consumidor como ariete de la reforma del viejo Derecho privado; en especial, en la fase previa a la contratación de bienes y servicios», *op. cit.*, pp. 55-58. También, DI NELLA, L., «Le pratiche commerciali sleali aggressive», *op. cit.*, p. 239.

<sup>283</sup> En este sentido, MIRANDA SERRANO, L. M., y PAGADOR LÓPEZ, J., «La necesidad de establecer conexiones entre el Derecho de la competencia desleal y el Derecho de los contratos», *Diario La Ley*, 22 enero de 2015.

decisión comercial por parte de las injerencias indebidas del empresario. A su vez, esta misma esencia también habría inspirado el régimen de vicios del consentimiento del Derecho de las obligaciones y contratos, que le concede al contratante víctima de una práctica de esta naturaleza, la facultad de invalidar el contrato concluido bajo error, dolo, violencia o intimidación. Se entienden estas últimas como cualquier tipo de amenaza, violencia física, coacción moral o, en definitiva, cualquier otra situación, que cree el temor fundado, de que la seguridad física, el honor, o el patrimonio del sujeto que contrata o de cualquier persona próxima a este, estén en peligro y que, como consecuencia, se vea constreñido a contratar un determinado bien o servicio que en otras circunstancias no hubiese contratado. Se trata, en definitiva, de una misma cuestión, esta es, la penalización de las injerencias indebidas en la libertad contractual que llevan a considerar que el consentimiento no se ha prestado de manera libre.

El resultado es que el Derecho de los contratos puede suplir las lagunas del Derecho contra la competencia desleal y viceversa. No obstante, no se trata de dos regímenes que puedan reemplazarse, sino que actúan en planos paralelos<sup>284</sup>. El problema se encuentra en su delimitación.

Con anterioridad a la aprobación de la Directiva de prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores, la delimitación entre ambos sistemas no dejaba lugar a dudas: la simple perfección del contrato implicaba la completa abstención del Derecho de la competencia desleal a favor del Derecho de las obligaciones y contratos, aunque en las circunstancias que precedieran a la celebración del contrato, se hubiesen utilizado prácticas engañosas o agresivas para *arrancar* el consentimiento del consumidor. En este caso, se venía considerado que la posible invalidez del contrato por vicios del consentimiento debía ser juzgada de acuerdo con el Derecho de las obligaciones y contratos y no a través del Derecho de la competencia desleal, aunque el primero hubiese configurado normas de protección del consentimiento más rígidas que el segundo<sup>285</sup>.

Así, se distinguían dos planos jurídicos. Por un lado, los vicios del consentimiento, manifestados en la fase contractual, es decir, la relativa a la perfección del contrato, y en la fase posterior a la misma, esto es, su ejecución, a los que resultaba de aplicación el Derecho de las obligaciones y contratos. Por otro lado, las prácticas desleales producidas en la fase precontractual, en la que

---

<sup>284</sup> HENNING-BODEWING, F., *Unfair Competition Law: European Union and Member States*, Ed. Kluwer Law International, La Haya, 2006, p. 6.

<sup>285</sup> En este sentido, LANDINI, S., *Travel and Tourism Contracts. Design of Sustainable Tourism Systems*, Ed. Antezza, Roma, 2013, p. 132.

el empresario o profesional mediante técnicas agresivas, trataba de persuadir al consumidor para que alterase su decisión comercial sobre un determinado bien o servicio de manera que adoptase una decisión económica que de otra manera no hubiese adoptado. A este segundo supuesto se aplicaba el régimen de competencia desleal que, aunque no contemplase previsión alguna de las prácticas agresivas desleales como categoría autónoma de deslealtad, algunas de sus disposiciones podían ser aplicables para la represión de estas conductas, como la ya estudiada cláusula general de deslealtad del ex art. 5 LCD (1991).

Sin embargo, la situación descrita cambia con la aprobación de la Directiva 2005/29/CE que delimita el ámbito de aplicación de esta, a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores, «antes, durante y después de una transacción comercial en relación con un producto» (art. 3.1). El legislador español en su transposición, en cambio, decide en este punto apartarse de la Directiva y contempla como una previsión expresa en su ámbito de aplicación, la tutela de aquellas prácticas comerciales desleales que se hayan producido «antes, durante o después de una operación comercial o contrato, independientemente de que éste llegue a celebrarse o no» (art. 2.3 LCD). Al margen de esta apreciación, lo que ahora aquí interesa es que la mayoría de los contratos, a excepción de aquellos que se celebren entre particulares, son a su vez prácticas comerciales, y, por tanto, quedan sujetos al régimen de prácticas desleales establecido en la Directiva 2005/29/CE.

En la transposición de la citada Directiva al ordenamiento español, se optó por no modificar el Derecho contractual. Para la correcta transposición de la Directiva no era necesario. Así lo había manifestado expresamente el legislador comunitario en su articulado que recordemos decidió dejar fuera del ámbito de aplicación de la Directiva el Derecho contractual<sup>286</sup>. En este sentido, en el Considerando noveno de la citada Directiva y en el art. 3.2 se enfatiza la idea de que la armonización perseguida por la Directiva no afecta a «las normas relativas a la validez, la formación o el efecto de los contratos» del Derecho nacional.

Pero el régimen de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales sí ha tenido en la práctica un impacto en el Derecho de los contratos. Un ejemplo, es el relativo a la información precontractual. Así, el art. 7 de la Directiva que regula las omisiones engañosas indirectamente introduce una obligación

---

<sup>286</sup> El legislador comunitario, era consciente de esta repercusión cuando redactó la citada Directiva, de ahí el especial énfasis en especificar que la Directiva se entenderá sin perjuicio de las normas nacionales relativas a la validez de los contratos porque inciden en los dos tipos de prácticas reconocidas como desleales por la Directiva, cuales son la omisión de información precontractual relevante como un supuesto de práctica engañosa por omisión y el uso de una presión de compra indebida, como un tipo de práctica agresiva. Así, WHITTAKER, S., «The Relationship of the Unfair Commercial Practices Directive to European and National Contract Laws», *op. cit.*, p. 146.

de información precontractual que tendrá un efecto indirecto en la invalidez del contrato. Otro ejemplo, esta vez en relación con las prácticas agresivas, es que la Directiva (Anexo I, 27) establece como una práctica desleal «*exigir al consumidor que desee reclamar una indemnización al amparo de una póliza de seguro que presente documentos que no puedan razonablemente considerarse pertinentes para determinar la validez de la reclamación o dejar sistemáticamente sin responder la correspondencia al respecto, con el fin de disuadirlo de ejercer sus derechos contractuales*». En este caso, cuando un empresario decide actuar con esta mala praxis, además de la repercusión que tendría esta práctica desde el punto de vista del Derecho de la competencia desleal al considerarse una práctica *per se* agresiva, también podría tener consecuencias desde el punto de vista del Derecho de los contratos, al suponer un incumplimiento contractual por parte del empresario que, actuando de mala fe, se niega a que el consumidor ejerza sus derechos contractuales.

En este punto, nos cuestionamos la forma de articular la conexión entre estos dos planos jurídicos. La respuesta, constituye todavía hoy en día una incógnita desde el punto de vista del Derecho de los contratos, con los problemas que ello puede acarrear, principalmente por lo que respecta a soluciones contradictorias.

En las próximas líneas, se estudiarán los instrumentos que el Derecho de los contratos pone a disposición del contratante afectado por el vicio para denunciar su falta de libertad contractual por las técnicas agresivas empleadas por los empresarios o profesionales.

## 2.1 LA TEORÍA GENERAL DEL RÉGIMEN DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO DEL CC

Según la teoría general, para que pueda hablarse de contrato, los contratantes deben prestar válidamente su consentimiento para obligarse. En este sentido, se entiende por consentimiento válido el que se presta de manera seria, espontánea y libre. La voluntad se presume consciente y libre a no ser que se pruebe que existe un vicio. Si se afirma que el consentimiento está viciado, se aplica el régimen de vicios del consentimiento que el legislador ha previsto en los arts. 1265 y ss. del CC. En estos preceptos, se tasan un elenco de causas por las que se puede considerar que el consentimiento se ha prestado de manera viciada y que de concurrir en el supuesto de hecho que se examina, permitirá al interesado invalidar el contrato. Así, en particular, el art. 1265 del CC establece que «*será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo*».

Observando la enumeración de los vicios del consentimiento del contratante, se aprecia un cierto paralelismo respecto a la regulación de las prácticas agresivas en la legislación represora de la competencia desleal. Es más, con toda exactitud se podría afirmar, que ambos sistemas están emparentados y deben entenderse como reglas mínimas de conducta a respetar por los empresarios oferentes en la formación de la voluntad del contratante.

En efecto, tras el reconocimiento de ciertas injerencias tolerables del empresario en la libertad de decisión de contratar del consumidor, hay ciertos límites que los oferentes de bienes o servicios en el mercado no deben sobrepasar, si no quieren incurrir en la sanción que a tal efecto contempla el régimen de vicios del consentimiento, a saber, la invalidez del contrato. Así pues, forma parte del sistema competitivo la utilización de ciertas argucias, o si se prefiere molestias, por parte del oferente de bienes y servicios para captar la atención del consumidor y que no merecen reproche legal alguno. Por ello, se parte de la idea de que no todas las restricciones de la voluntad merecen amparo, sino solamente aquellas injerencias de los empresarios que no respeten las reglas mínimas establecidas al efecto por el ordenamiento. En sentido contrario, de existir una situación jurídicamente tutelable en todos los casos, se le permite al contratante la posibilidad de anular el contrato y desvincularse de este afectando a la estabilidad de los contratos.

En definitiva, en el plano negocial, al igual que sucedía en el plano concurrencial, vuelve a plantearse el equilibrio entre la necesidad de observar reglas mínimas de conducta que deben respetar los empresarios en sus operaciones comerciales con consumidores y ciertas restricciones en la formación de la voluntad del contratante propias del sistema competencial que deben ser admitidas, puesto que de no ser así, se estaría coartando la libertad de competir de los operadores que, como sabemos, es igualmente digna de protección.

Por eso, en la aplicación del régimen de vicios del consentimiento se defienda<sup>287</sup> que se deberán ponderar en el supuesto de hecho concreto las circunstancias en las que se desarrolla la conducta por el oferente en orden a la valoración de si se sitúa en el límite de la legalidad o si por el contrario sobrepasa los límites mínimos que ha establecido el legislador para declarar la conducta contraria a Derecho y que, por tanto, se deberán aplicar las sanciones legalmente previstas.

El régimen de vicios del consentimiento del CC (arts. 1265 a 1270) se estructura, con carácter general, sobre dos grandes bloques. No obstante, cabe

---

<sup>287</sup> En este sentido, GARCÍA VICENTE, J. R., «Artículo 1265», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 9.094. También, SOLÉ FELIU, J., «La intimidación o amenaza como vicio del consentimiento contractual: textos, principios europeos y propuestas de reforma en España», *InDret*, n.º 4, 2016, p. 9/32 (versión electrónica).

advertir que todos los supuestos tienen en común la falta de correlación entre la voluntad interna del sujeto y la voluntad declarada, que se presenta como el presupuesto para invalidar el contrato.

De la inicial clasificación de los supuestos invalidantes del contrato, se distinguen, en primer lugar, los vicios en los que incurre el contratante derivados de la falta de conocimiento de la verdadera realidad. Estos serían los supuestos en los que el consentimiento se presta por dolo o error. En segundo lugar, se distinguen los vicios que afectan a la libertad de saber del contratante. Con ello nos estamos refiriendo a los supuestos en los que el vicio del consentimiento se deriva de una situación de intimidación o violencia a la que se ha sometido a la contraparte. Este último grupo de supuestos son los que se encuentran emparentados con los elementos que integran la noción de práctica agresiva desleal y a los que prestaremos atención.

## 2.2 LA VIOLENCIA Y LA INTIMIDACIÓN COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO

La violencia y la intimidación como presupuestos invalidantes del contrato celebrado por esta causa, al menos desde el plano teórico, se perciben como dos realidades distintas, recordemos que reciben un tratamiento diferenciado en el art. 1267 del CC. Así también lo ha entendido la doctrina mayoritaria<sup>288</sup>, que ha considerado que al hablar de intimidación sí que se percibe cierta voluntad del sujeto afectado por el vicio, pues este elige contratar antes que padecer el mal sobre el que se amenaza, mientras que en la violencia sucede todo lo contrario, pues en esta sede, no es reconocible ninguna voluntad del sujeto violentado al quedar totalmente anulada por el sujeto que la ejerce sobre el que padece el vicio.

De la lectura del art. 1267 CC: «*Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible*» se desprende que para que se pueda hablar de violencia como vicio invalidante del contrato, el consentimiento debe haber sido arrancado empleando una fuerza irresistible. En este sentido, la violencia *viciante* se entiende como una coacción física o cualquier otra forma de fuerza, entre la que se incluye la coacción psíquica, que sea irre-

---

<sup>288</sup> En este sentido, GARCÍA VICENTE, J. R., «Artículo 1265», *op. cit.*, p. 9.112. Sin embargo, en contra de la doctrina mayoritaria se postula O'CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho Civil*. t. II. *Obligaciones y contratos*, Ed. Edersa, Madrid, 2001, p. 225, para quien la violencia y la intimidación se trata de dos realidades similares, pues ambas anulan totalmente la voluntad y en ambos casos falta plenamente el consentimiento contractual.

sistible<sup>289</sup>. La doctrina ha reflexionado mucho sobre el carácter irresistible de la fuerza al que se refiere el legislador, para terminar concluyendo que la determinación sobre la posibilidad o imposibilidad de resistencia frente a la fuerza ejercida deberá ser valorada de acuerdo con las circunstancias de cada caso en concreto. Pero lo que resulta determinante en estos supuestos es que se excluya por completo el consentimiento prestado o bien que la fuerza ejercida determine el carácter defectuoso prestado bajo ella<sup>290</sup>.

En cuanto a los requisitos a los que ha sometido el legislador a la intimidación para considerarla un vicio del consentimiento invalidante, el art. 1267 CC sostiene que: «*Hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes*». De manera que, se impone, en primer lugar, atender a la determinación de la gravedad o la inminencia del mal con el que se amenaza. Este puede recaer sobre la esfera personal o patrimonial de la víctima o bien sobre alguno de los miembros de su familia. A este respecto, el Código alude a la figura del cónyuge, descendientes o ascendientes, si bien consideramos que, en una interpretación más actual del precepto, nada impediría que también pueda recaer sobre cualquier otra persona con la que la víctima guarde algún lazo estrecho de vinculación<sup>291</sup>. Así ocurre, por ejemplo, en la configuración del tipo penal del art. 169 CP, que no solo restringe el ámbito de aplicación al vínculo familiar, sino que hace referencia a las personas con las que la víctima esté íntimamente vinculada.

También se debe tener en cuenta la consistencia del mal con el que se amenaza para invalidar el contrato, puesto que no podemos olvidar que el temor del sujeto que le lleva a concluir un contrato en contra de su voluntad ha de ser racional y fundado. En este sentido, se ha considerado que el mal amenazado será idóneo para alterar la decisión contractual del sujeto, si se trata de una amenaza de muerte, de privación de libertad ambulatoria o de afectación de bienes como el honor, la reputación o la fama.

---

<sup>289</sup> Así lo ha señalado nuestra doctrina más prestigiosa desde sus primeros pronunciamientos, *Vid.* DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. I, Ed. Tecnos, Madrid, 6.ª Ed., 2007, consulta en libro electrónico.

<sup>290</sup> Los raros casos en que pudiera comprobarse la existencia de violencia serían supuestos de inexistencia contractual. Así, ALMARGO NOSETE, J., «Comentarios art. 1267», en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., (Coord.), *Comentario del Código Civil*, Libro IV, Ed. Bosch, Barcelona, 2006, p. 650.

<sup>291</sup> En este sentido, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, *op. cit.*, consulta en libro electrónico o SOLÉ FELIU, J., «La intimidación o amenaza como vicio del consentimiento contractual: textos, principios europeos y propuestas de reforma en España», *op. cit.*, p. 13/32 (versión electrónica).

El tercer requisito que debe cumplir el mal amenazante es que debe ser ilícito o antijurídico. Se trata este de un requisito de creación jurisprudencial, que se entiende con el fin de excluir del ámbito de aplicación del régimen de vicios del consentimiento, la amenaza de males lícitos. Estos se entienden como aquellos que consisten en el ejercicio de un derecho, facultad o posibilidad reconocida por el ordenamiento, como el que podría derivar del ejercicio de acciones judiciales por impago, la denuncia de una infracción administrativa o la no renovación del contrato a su vencimiento<sup>292</sup>.

La amenaza con emprender acciones judiciales o el ejercicio de derechos puede en unas veces ser considerada constitutiva de intimidación de acuerdo con el art. 1267 CC y en otras, en cambio, no considerarse que exista vicio del consentimiento por esta causa. Al igual que sucedía en la consideración de práctica agresiva, dependerá de que el recurso al procedimiento judicial esté justificado o no y de los medios empleados para amenazar con el ejercicio del derecho<sup>293</sup>.

Además, de todo el régimen descrito, en consonancia con el principio que rige el sistema de vicios del consentimiento del CC, la posible concurrencia de intimidación invalidante del contrato deberá ser valorada atendiendo también a las circunstancias personales de la víctima en cada caso en concreto. A estas condiciones se refiere el art. 1267, inciso tercero del CC, y en particular, son: la edad y la condición de la persona. En esta sede, también se maneja el concepto de consumidor especialmente vulnerable al que hace referencia el Derecho de la competencia desleal. Así, un ejemplo significativo de nulidad por falta de consentimiento atendiendo a las circunstancias personales de la víctima lo constituye la SAP de Madrid de 25 de enero de 2011 (AC 2011/314). En este supuesto, la Audiencia considera que pese a no acreditarse el empleo de fuerza física o violenta en el otorgamiento del consentimiento para contratar, ni tampoco que se empleasen objetos o tácticas que intimidaran físicamente a la demandante,

---

<sup>292</sup> Sobre el recurso a la amenaza de emprender acciones judiciales como vicio del consentimiento se pronuncia, Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, *op. cit.*, consulta en libro electrónico. En este mismo sentido, O'CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 228 y DEL OLMO GARCÍA, P., *La amenaza de incumplir un contrato como vicio del consentimiento*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 54. También, GARCÍA VICENTE, J. R., «Artículo 1265», *op. cit.*, p. 9.118 que ha entendido que no habría proporción entre el mal consistente en el lícito ejercicio de un derecho y el medio empleado y, en consecuencia, que se debería aplicar el régimen previsto en el CC para los supuestos de intimidación como vicio del consentimiento cuando se cobre el precio del silencio de no denunciar alguna irregularidad administrativa o tributaria.

<sup>293</sup> Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, *op. cit.*, consulta en libro electrónico, y SOLÉ FELIU, J., «La intimidación o amenaza como vicio del consentimiento contractual: textos, principios europeos y propuestas de reforma en España», *op. cit.*, p. 13/32. Entre la jurisprudencia, STS n.º 790/2005, de 21 octubre, 2005 (RJ 2005\8548) [Ponente: Jesús Corbal Fernández] y STS n.º 81/2012, de 20 febrero, de 2012 (Civil) (RJ 2012\4042) [Ponente: José Antonio Seijas Quintana].



debía atenderse a las circunstancias personales de la víctima que, en definitiva, se resumían en su avanzada edad y su perjudicado estado de salud, para determinar la constatación de que el consentimiento prestado a la hora de contratar productos culturales por un elevado importe no fue válido, pues en ningún caso el consentimiento podía considerarse prestado de manera libre e informada<sup>294</sup>.

En el caso expuesto se advirtió que la destinataria de la oferta, una persona de avanzada edad y con múltiples problemas de salud, tenía graves defectos de conciencia en la conclusión del contrato de compra de obras culturales por un elevado importe, en concreto, 2.822,5 euros. La víctima concluyó el contrato precisamente por la insistencia de las técnicas de venta utilizadas por la vendedora que de modo excesivo y agobiante le supusieron una intromisión ilegítima en su ámbito privado y le provocaron un estado de indecisión tal, que le permitió a la parte más fuerte y organizada, en este caso la demandada, conducir su voluntad en la forma y manera que solo a ella le interesaba y beneficiaba comercialmente. En ningún caso, podía deducirse que la demandante tuviese algún tipo de interés en concluir el contrato, dada la escasa relación del tema de las obras con los gustos de la anciana. En vista de las anteriores manifestaciones, el Tribunal consideró que en el supuesto existía causa para decretar la nulidad del contrato por no haberse prestado el consentimiento contractual de manera válida.

El art. 1267 CC en su último inciso, expresa la irrelevancia que representa para el régimen de vicios del consentimiento la concurrencia del llamado temor reverencial o *metus reverentialis*, entendido como «*el temor a desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto*»<sup>295</sup>. En estos supues-

---

<sup>294</sup> Según la SAP Madrid (Sección 20.ª), n.º 43/2011, de 25 de enero, de 2011 (AC 2011/314) [Ponente: Juan Vicente Gutiérrez Sánchez], las circunstancias personales tenidas en cuenta para determinar la nulidad del contrato fueron que «*la víctima tenía 74 años en el momento de ocurrir los hechos, vivía sola y contaba como ingresos los propios de una pensionista; en el año 2004 había sido diagnosticado [sic] de catarata y desde 2002 de artrosis deformante de columna, obesidad, hipotiroidismo y dislipemia; en el año 2002 había sido igualmente tratada de depresión, dislipemia e hipotiroidismo*». El *modus operandi* empleado por la vendedora, como constata la sentencia, se basaba en realizar a la víctima antes de la personación en su domicilio, llamadas telefónicas en las que se le ofrecía un regalo de dos relojes por un precio de 10 euros. Efectuada la visita para la entrega, se le ofrecía una promoción de una obra con tres artículos de regalos y al efectuar la entrega de esta se le ofrecía nuevamente dos promociones con nuevos regalos. Una vez ya captada la atención de la víctima, sin autorización alguna por parte de ella, la demandada empezaba una comercialización agresiva de sus productos, mediante la utilización de técnicas de venta agobiantes para una persona de las características físicas, psicológicas y culturales de la demandante, que lógicamente alteraron su estado de ánimo y provocaron que esta prestase su consentimiento para contratar de manera viciada.

<sup>295</sup> Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, op. cit.*, consulta en libro electrónico, al hablar del llamado temor reverencial al que se refiere el CC en su art. 1267 entiende que solamente se debe tener en cuenta las situaciones de sumisión basadas en un deber jurídico. Aunque admite que este deber jurídico puede existir de múltiples formas: por razones familiares, los nacidos de la tutela entre el pupilo y el tutor, o una relación jerárquica, laboral o de otro tipo.

tos, el intimidado, desde su propia perspectiva subjetiva, se siente atemorizado por desagradar a una persona a la que le une ciertos vínculos, y que, por ello, cree le debe cierta sumisión, pleitesía o gratitud, pero que la otra parte de la relación jurídica no emplea para lograr ninguna ventaja económica a su costa. En consecuencia, en estos supuestos el legislador entiende que no debe anularse el contrato. Recordemos que, para la consideración de la influencia indebida como una práctica agresiva desleal, se exigía no solo la posición de dominio de uno de los contratantes respecto al otro derivada del especial vínculo que une a ambos sujetos, ya sea de carácter moral o jurídico, sino un abuso de uno de los sujetos de este vínculo para alterar el comportamiento económico del consumidor. Del mismo modo, para poder hablar de intimidación como vicio del consentimiento invalidante del contrato, no solo la conclusión del contrato se debe basar en el temor de un sujeto a desagradar a quien le une una especial relación, sino que la otra parte, debe aprovechar ese vínculo para forzar el consentimiento del contratante. Por tanto, el simple temor a ofender a aquellos a los que se les deba sumisión o respeto no anulará el contrato.

### **3. Consecuencias jurídicas de la concurrencia de un vicio del consentimiento**

Desde una perspectiva jurídico-privada, pueden apreciarse tres consecuencias jurídicas autónomas en la constatación de un supuesto de vicio del consentimiento.

En primer lugar, los arts. 1265 y 1300 del CC prevén la anulación del contrato por vicio del consentimiento. El plazo de prescripción para pedir la anulabilidad es de cuatro años (art. 1301 CC). Con esta acción se pretende remover la lesión que ocasiona un contrato celebrado con un vicio del consentimiento. Para ello, le corresponderá al contratante que padece el vicio decidir sobre la petición de anulación o no del contrato, siempre y cuando se respete el plazo establecido al efecto, como así se contempla en los arts. 1302, 1309 y 1301 del CC este último en relación con el plazo para la acción de nulidad. Si bien no se exige la concurrencia de una ventaja contractual para la anulación del contrato, la lesión sí se tendrá en cuenta como un indicio probatorio de la constatación del vicio.

En segundo lugar, sobre la base del art. 1270 CC puede hablarse del derecho del perjudicado a ser indemnizado por los daños y perjuicios causados. En efecto, con independencia de que se pueda pedir la anulación del contrato en un supuesto de vicio del consentimiento, también la parte que lo ha sufrido

puede pedir siempre, en el caso de que exista, la indemnización del daño sufrido. Pero si es un problema determinar en esta sede los daños que son indemnizables<sup>296</sup>, más aún lo es la determinación del tipo de responsabilidad exigible, y, en consecuencia, el plazo de prescripción que opera al efecto. Por eso, en contraposición a la idea que defiende la aplicación del régimen de la responsabilidad precontractual por afectar los vicios del consentimiento a la fase de formación del contrato, se ha defendido la aplicación del régimen de responsabilidad extracontractual fundada en la lesión a la buena fe en sentido objetivo, sobre la base de los arts. 1270 y 1902 CC<sup>297</sup>. Esta defensa se basa en la voluntad de salvar la aplicación del complicado régimen de la responsabilidad precontractual y el problema del plazo de prescripción del art. 1968.2 CC que establece como plazo «(...) desde que lo supo el agraviado».

La tercera consecuencia jurídica prevista para el dolo, la violencia y la intimidación causantes de los vicios del consentimiento, es la posibilidad de acudir también a la vía penal en el supuesto de que la conducta del causante de los vicios merezca tal calificación. Así, en esta sede, podría argumentarse la concurrencia de un delito de coacción o amenazas de los arts. 169 a 172 ter CP, o bien un delito de extorsión del art. 243 CP o la aplicación de los arts. 248 a 251 bis CP en el supuesto de considerarse un delito de estafa. En estos supuestos podría debatirse la anulación del contrato y la indemnización del daño en sede penal o bien en un proceso civil ulterior, como así lo facultan los arts. 109 y ss. CP y 106 y ss. de la LECRIM.

#### 4. **Propuestas de lege ferenda para el tratamiento unitario del régimen de vicios del consentimiento y el de prácticas agresivas desleales**

Pese a la armonización completa que persiguió la Directiva 2005/29/CE en cuanto a la regulación de las prácticas comerciales desleales que afectan a los consumidores, esta advierte en su art. 3.2, que las disposiciones que en ella se contemplan en nada afectan a las cuestiones relacionadas con la validez, el

---

<sup>296</sup> En estos casos se ha aludido a la infracción de la buena fe objetiva como fuente de deber precontractual, concepto que coincide con el que nos proporciona el Derecho de la competencia desleal. Sin embargo, en esta sede se presenta como una de las cuestiones más conflictivas, concretar la infracción de este deber abstracto que derive el nacimiento de una obligación indemnizatoria. En este sentido, se alude a la concurrencia de un *plus* para que nazca la obligación de indemnizar, en particular, que no había propósito de contratar, se pretendía obtener una información valiosa sobre la posición del contratante o bloquear la negociación con terceros. En este sentido, GARCÍA VICENTE, J. R., «Artículo 1270», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 9134.

<sup>297</sup> En este sentido, GARCÍA VICENTE, J. R., «Artículo 1265», *op. cit.*, p. 9.099.

perfeccionamiento y el efecto de los contratos. Este es el primer anuncio que previene al legislador nacional de que la regulación de las prácticas agresivas de la Directiva de 2005 aunque por naturaleza está íntimamente emparentada con el Derecho contractual, y en particular, con el régimen de vicios del consentimiento, en nada ha pretendido desvirtuar los principios generales del Derecho contractual nacional.

De esta manera, la citada Directiva, ha dejado libertad a los Estados miembros para que regulen los presupuestos que deben regir para la determinación, entre otros, del régimen de vicios del consentimiento como consecuencia de la utilización de prácticas comerciales desleales por parte del empresario. Por eso, el legislador español en la transposición de la citada Directiva al ordenamiento interno ha dejado sin modificar el régimen de vicios del consentimiento del CC.

Sin embargo, la Directiva 2005/29/CE, con la introducción de las prácticas agresivas como actos desleales y la extensión del régimen que esta contempla a toda la fase contractual, le encarga al jurista la ardua tarea de interpretar la normativa sobre competencia desleal con la normativa contractual y sobre este punto no existe consenso. En un intento posterior de conectar el Derecho concurrencial con el contractual, la propuesta de modificación de la Directiva de prácticas comerciales desleales contempla en el caso de las medidas correctoras individuales, que los Estados miembros garanticen que los consumidores perjudicados por prácticas comerciales desleales tengan acceso, al menos, a la medida contractual de resolución del contrato<sup>298</sup>.

Si bien algunas prácticas agresivas de los empresarios con los consumidores demuestran un grado elevado de abuso del operador que se refleja en un grave daño para el consumidor, no solo impidiéndole tomar una decisión informada en relación con una transacción comercial, sino anulando por completo su libertad de decidir, el problema se plantea con la disparidad de regímenes entre ambas disciplinas y su falta de conexión.

En busca siempre de una mayor amplitud de soluciones al problema de las prácticas comerciales agresivas en relación con la conclusión de los contratos, nos adherimos a la tesis de la doble tutela, es decir, cuando un contrato nazca de una práctica desleal del profesional al consumidor, convendría establecer una presunción *iuris tantum* de que mediante esa práctica desleal se ha afectado la libertad del consumidor a la hora de contratar. Esta presunción de vicios del

---

<sup>298</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, la Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la UE. [COM (2018) 185 final].

consentimiento contractual a la que hacemos referencia, podría desvirtuarla el profesional en el supuesto de que probase que no ha habido esa vulneración<sup>299</sup>.

Si bien es cierto que no sería una solución aconsejable defender que todas las conductas declaradas desleales sean automáticamente consideradas vicios del consentimiento desde la perspectiva del Derecho de los contratos<sup>300</sup>, por eso, recordemos la Directiva sobre prácticas comerciales desleales no ha obligado a los Estados miembros a considerar el contrato nulo o anulable solo por haberse concluido en virtud de una práctica comercial desleal, sí puede admitirse una presunción *iuris tantum* de invalidez de un contrato celebrado con técnicas de venta agresivas o engañosas declaradas desleales.

El doble sistema de tutela permitiría que aquellas técnicas agresivas utilizadas por el empresario para forzar al consumidor a la celebración del contrato que no alcancen la suficiente entidad desde el plano negocial como para considerarse vicios del consentimiento, se puedan considerar desleales por agresivas y aplicarse las sanciones y remedios que prevé la LCD al efecto, por ejemplo, la acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal (art. 32.1.3.<sup>a</sup>) o la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal (art. 32.1.5.<sup>a</sup>).

No obstante, parece que esta opción es irrealizable en la práctica, porque las nuevas tendencias en la flexibilización del régimen de vicios del consentimiento del CC y la configuración de un régimen de prescripción más favorable al perjudicado, apuntan a una fuga de la deslealtad de las prácticas agresivas en la contratación hacia la consideración de un supuesto de vicio del consentimiento del Derecho común.

---

<sup>299</sup> Para EMPARANZA SOBEJANO, A., «Las propuestas telefónicas o por correo electrónico no deseadas: un supuesto de práctica agresiva por acoso», *ADI*, n.º 31, (2010-2011), p. 172, al analizar los daños que puede conllevar una llamada indeseada que desencadene la celebración de un contrato advierte que estos no pueden ser enjuiciados desde la perspectiva del Derecho de la competencia desleal porque el hecho de que esta práctica constituya un supuesto de práctica agresiva no conlleva necesariamente que si como consecuencia de esa llamada se firma un contrato este sea anulable por ser desleal. En estos supuestos deberá aplicarse el derecho de desistimiento del consumidor en los contratos a distancia (art. 101 LGDCU). El autor también se hace eco de la polémica doctrinal surgida en Alemania al tratar la posible anulabilidad de los contratos celebrados como consecuencia de una práctica desleal. Finalmente, el legislador alemán no introdujo esta sanción en su Ley, pero el debate doctrinal pone de manifiesto, según el autor, la especial sensibilidad por estos temas.

<sup>300</sup> Esta ha sido la solución adoptada por Estados miembros como Francia (*Vid.* art. 39 de la LOI n.º 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs por la que se modifica el Art. L122-15 del *Code de la consommation*: «Lorsqu'une pratique commerciale agressive aboutit à la conclusion d'un contrat, celui-ci est nul et de nul effet») o Luxemburgo (Art. L. 122-8. *Code de la consommation Luxembourg*: «oute clause ou toute combinaison de clauses d'un contrat, conclue en violation du présent titre, est réputée nulle et non écrite. Cette nullité ne peut toutefois être invoquée que par le consommateur»), que han declarado expresamente que cualquier contrato entre un consumidor y un empresario que se haya concluido como consecuencia de una práctica agresiva, se debe considerar nulo, y, por tanto, no tendrá efecto alguno.



## CAPÍTULO IV

# **MECANISMOS DE DERECHO PÚBLICO PARA LA REPRESIÓN DE LAS PRÁCTICAS AGRESIVAS DESLEALES**

### I. CUESTIONES PRELIMINARES

Con el moderno mercado y las múltiples opciones que ofrece a los consumidores, han aflorado prácticas agresivas cada vez más sofisticadas que dificultan a las autoridades su detección, provocando resultados perjudiciales para los consumidores, empresarios leales y para el mercado en general. Además, entre otros factores, conviene destacar el clima de crisis financiera que ha vivido Europa en los últimos tiempos y el auge de las nuevas tecnologías en la comercialización de los productos y servicios, como dos de los motivos que han propiciado la aparición de prácticas comerciales ilegales que han abusado de la débil figura del consumidor, abocándole a situaciones dramáticas por todos conocidas.

España, frente a la oportunidad que se le planteaba con la transposición de la Directiva de prácticas comerciales desleales, desaprovechó la ocasión para reconstruir su modelo esencialmente privado de represión de la competencia desleal. En este, se confía a los particulares la iniciativa de combatir estas prácticas y el procedimiento para hacerlo es el judicial. En el modelo descrito, los consumidores víctimas de estas prácticas, no encuentran los incentivos necesarios para evidenciar su comisión y siguen sin aflorar las prácticas agresivas desleales de los empresarios. De esta forma es como percibimos un cierto fracaso de un sistema que le resulta rentable al empresario incumplidor.

Por tanto, constatado el fracaso de la protección de los intereses de los consumidores lesionados por un acto de competencia desleal ante los tribunales ordinarios, nos preguntamos si desde la perspectiva pública del Derecho de la competencia, se podría atajar el problema de las «*malas prácticas*» de los empresarios a los consumidores. Así, si anteriores trabajos han centrado el estudio de las prácticas agresivas desde el Derecho de la competencia desleal, sobre todo porque es la disciplina que contempla su regulación sustantiva, no menos interesante es su estudio desde el Derecho de defensa de la competencia, principalmente en aquellos supuestos en los que se trata de una conducta de deslealtad cualificada que traspasa el interés de las partes en conflicto y su represión adquiere una dimensión pública.

Desde el Derecho de la competencia, la represión pública de las prácticas agresivas es posible mediante la aplicación del art. 3 de la LDC «*Falseamiento de la libre competencia por actos desleales*». El citado precepto, vendría a representar la unidad del Derecho de defensa de la competencia y del Derecho contra la competencia desleal materializada en la protección de la institución de la competencia. Es un ilícito propiamente *antitrust* del que solo cabe su aplicación pública, de naturaleza propia y diferenciada de la de los arts. 1 y 2 de la LDC<sup>301</sup>.

Por constituir el art. 3 LDC una excepción en las legislaciones comunitarias *antitrust* y, sobre todo, para determinar su utilidad, si es que la tiene, en la represión de las prácticas comerciales agresivas cualificadas, se ha considerado oportuno dedicar un apartado independiente de este trabajo a estudiar la posible aplicación de este precepto para reprimir un determinado tipo de prácticas agresivas. Esta tarea se va a desempeñar prestando atención a la regulación en vigor (*lege data*), siendo conscientes que es uno de los preceptos más cuestionados de la LDC y que numerosas voces acreditadas han abogado por su supresión<sup>302</sup>.

---

<sup>301</sup> Sobre la naturaleza del precepto se pronuncia, entre otros, MÁRQUEZ LOBILLO, P., «Falseamiento de la libre competencia por actos desleales», en FONT GALÁN, J. I. y PINO ABAD, M., (Coord.), *Estudios de Derecho de la competencia*, Ed., Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 221, que no cuestiona el carácter sustantivo del ilícito (ex art. 7 LDC) en el sentido de que crea una nueva modalidad de ilícito *antitrust* distinta o independiente de los ex arts. 1 a 6 LDC, consistente en la grave distorsión de la competencia, afectando al interés público, por medio de conductas desleales.

<sup>302</sup> Por todos, ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., *Libre competencia y competencia desleal*, *op. cit.*, p. 321 que considera el precepto redundante y poco útil si se atiende a las escasas ocasiones en las que ha sido aplicado por la Autoridad de Competencia y por el clima de inseguridad jurídica que presenta.



## II. LA REPRESIÓN PÚBLICA DE LAS PRÁCTICAS DESLEALES EN ESPAÑA

### 1. El sentido de la previsión del art. 3 LDC «El falseamiento de la libre competencia por actos desleales» en la represión de las prácticas desleales cualificadas

Como han destacado las resoluciones de la extinta CNC o del anterior TDC<sup>303</sup>, el sustento del art. 3 LDC es la necesidad de prevenir y reprimir determinados actos desleales por parte de las autoridades de competencia que, por su dimensión, trascienden a los intereses públicos en la instauración y mantenimiento de una competencia económica en el mercado<sup>304</sup>. Y es que, al margen de cualquiera de las formulaciones que ha adoptado el legislador español para referirse a este ilícito, queda demostrado que, para su aplicación, se exige un requisito adicional frente a los ilícitos ordinarios de competencia desleal, que se materializa en que el acto de competencia desleal tenga una especial gravedad<sup>305</sup>, en el sentido de que afecte al interés público. De manera que, la afectación al interés público justifique la extensión de las funciones de los órganos *antitrust* para el conocimiento de los comportamientos desleales, al que solo están facultados en parte, y la activación de los procedimientos y sanciones propias que a tal efecto prevé la LDC<sup>306</sup>.

Por tanto, para la aplicación del precepto se deberá tener en cuenta el contexto jurídico y económico en el que se produce la práctica, el colectivo al que va dirigida, es decir, si se trata de consumidores especialmente vulnerables, como pueden ser los menores o personas de avanzada edad, si se trata de un *input* básico para las empresas o un servicio de primera necesidad para los

<sup>303</sup> Resolución CNC (Expte. S/0049/08 LIDL Supermercados), de 3 de marzo de 2008; Resolución CNC (Expte. S/0050/08 Cámaras de Comercio), de 18 de abril de 2008, o Resolución CNC (Expte. S/0016/07 Mediaproducción/Gestevisión), de 2 de julio de 2007.

<sup>304</sup> Se podría afirmar que la configuración de este ilícito *antitrust* es la de un ilícito de peligro. En este sentido, TRONCOSO Y REIGADA, M., «El marco normativo de los ilícitos desleales de relevancia *antitrust* (reflexiones en torno al art. 7 LDC)», *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, t. I, Ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 1.042.

<sup>305</sup> Así lo ha manifestado la extinta CNC en una de sus primeras resoluciones sobre el precepto, Resolución CNC (Expte. 294/91), de 8 de julio, de 1992, que a este respecto establece que: «(...) al actuar en protección de la libre competencia, este Tribunal no está en modo alguno conociendo de ninguna de las acciones que enumera el art. 18 de la LCD, ni va a sancionar los mismos actos de competencia desleal, sino que los va a tomar como configuradores de una peculiar forma de actuación contra la libre competencia: el falseamiento sensible de la misma por actos de competencia desleal».

<sup>306</sup> DIEZ ESTELLA, F., «El art. 3 LDC: falseamiento de la competencia por actos desleales», *op. cit.*, p. 520.

consumidores domésticos, como puede ser el suministro de electricidad o las telecomunicaciones<sup>307</sup>.

Con este planteamiento, el legislador evidencia que los ilícitos que se persiguen por el art. 3 LDC deben ir más allá de los intereses privados de las partes en conflicto, de manera que, las conductas desleales afecten a las condiciones estructurales del mercado<sup>308</sup>. En consecuencia, no se justificaría su aplicación, por ejemplo, a un comportamiento desleal en el que un competidor denigra a otro delante de sus clientes porque en este caso se trata de un ilícito que concierne a los intereses privados de las partes<sup>309</sup>. Sí entendemos que queda plenamente justificada la alternativa del art. 3 de la LDC para la represión de una práctica agresiva, en el supuesto de que exista una pluralidad de consumidores afectados y se trate de un acto calificado *per se* desleal de los arts. 28 a 31 LCD que, por su dimensión, trascienda el interés de las partes en conflicto.

La delimitación de los requisitos que se deben apreciar para la existencia de los efectos significativos sobre la competencia en el mercado a los que el legislador supedita la aplicación del precepto, constituye una tarea compleja. En primer lugar, porque no existe consenso doctrinal en la interpretación de los presupuestos básicos para determinar la deslealtad cualificada a la que hacemos referencia<sup>310</sup>. En segundo lugar, porque una interpretación extensiva del precepto dejaría al arbitrio de las autoridades de competencia el conocimiento de actos desleales que debería recaer sobre la competencia de los jueces de lo mercantil con la consiguiente confusión entre un sistema y otro que consideramos que no es acorde con la distinta finalidad que deben perseguir ambos regímenes<sup>311</sup>.

Con todo, debemos de fijarnos en dos resoluciones de la Autoridad Española de Competencia para realizar el análisis de los condicionantes de la aplicación del art. 3 LDC: 1) La resolución del Expediente S/0213/10 Iberdrola sur y 2) La resolución del Expediente S/0304/10 Endesa, por tratarse de dos

---

<sup>307</sup> Así se justifica la aplicación del art. 3 LDC en la Resolución CNC (Expte. S/0213/10 Iberdrola SUR), de 24 de febrero 2012. Sobre esta cuestión también, CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C., «Últimas tendencias en la aplicación del art. 3 de la LDC: especial consideración al requisito de afectación al interés público», *Anuario de la Competencia*, n.º 1, 2014, p. 219.

<sup>308</sup> De la Exposición de Motivos de la LDC se desprende que su objetivo es el diseño de un sistema que permita contar con los instrumentos adecuados para garantizar el buen funcionamiento de los procesos de mercado, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad mediante la protección de una competencia efectiva.

<sup>309</sup> En este sentido, MARTÍ MOYA, V., *La represión pública de la competencia desleal*, op. cit., p. 496.

<sup>310</sup> Sobre las distintas tesis que se han ido proponiendo a lo largo del tiempo para la interpretación del precepto, puede consultarse CASADO NAVARRO, A., «El controvertido asunto de la función normativa del falseamiento de la competencia por actos desleales (Art. 3 LDC)», *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, n.º 22, enero-junio 2018.

<sup>311</sup> Así, ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., *Libre competencia y competencia desleal*, op. cit., p. 131.

supuestos en los que mayor atención se ha prestado en la interpretación de los tres requisitos para la aplicación del art. 3 LDC.

Así, para que nos encontremos ante una conducta de falseamiento de la competencia por actos desleales del art. 3 LDC deberán concurrir los presupuestos siguientes:

1) Existencia de un acto desleal. La calificación de deslealtad se deberá basar en la LCD ya que la LDC no otorga un concepto propio de práctica comercial desleal<sup>312</sup>;

2) Falseamiento de la libre competencia, es decir, que la afectación alcance determinadas dimensiones que puedan causar una perturbación significativa en los mecanismos que regulan el funcionamiento del mercado<sup>313</sup>.

3) Afectación del interés público. Este requisito se relaciona con la quiebra de la eficiencia del sistema competitivo<sup>314</sup>.

Si se aboga por un juicio integrado de los diferentes requisitos que el citado precepto exige para su aplicación<sup>315</sup>, entre las razones que motivan que el acto de competencia desleal se considere contrario al interés público, es que el mismo falsee o esté en condiciones de falsear la libre competencia en todo o en parte del mercado nacional. Una vez que se ha eliminado de la actual redacción los adjetivos *sensible* o *grave*, lo que resulta innegable es que la aplicación del precepto se debe reservar para aquellos supuestos en los que el falseamiento sea significativo, en definitiva, que estén dotados de cierta importancia.

En consecuencia, al igual como sucede con los otros dos ilícitos *antitrust* que presiden al art. 3 LDC, estos son los arts. 1 (conductas colusorias) y 2 (abuso de posición dominante), el efecto falseador de la libre competencia debe superar un determinado umbral para que sea relevante su persecución a afectos del Derecho *antitrust*. Con ello nos referimos a que el art. 3 LDC tan solo es de aplicación cuando se supere la regla de *minimis* que prevé el art. 5 LDC<sup>316</sup>.

<sup>312</sup> COSTAS COMESAÑA, J., «Los actos desleales que afectan al interés público», en RUIZ PERIS, J. I. (Dir.), *La nueva Ley de Defensa de la Competencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 80.

<sup>313</sup> Así lo entiende, ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., *Libre competencia y competencia desleal*, *op. cit.*, p. 266.

<sup>314</sup> Para TRONCOSO Y REIGADA, M., «El marco normativo de los ilícitos desleales de relevancia antitrust (reflexiones en torno al art. 7 LDC)», *op. cit.*, p. 1.041, el interés público al que alude la norma no es otro que el interés en el mantenimiento de la eficiencia del sistema competitivo.

<sup>315</sup> Los tres requisitos que condicionan la aplicación del precepto y que se detallan, deben concurrir de forma cumulativa e independiente. Así lo ha manifestado la CNMC en sus resoluciones. Por todas, entre las más recientes, puede consultarse la Resolución CNC (Expte. S/0410/12, ascensores 2), de 17 de septiembre de 2013.

<sup>316</sup> La entidad del acto, es decir, el elemento cuantitativo que justifica la aplicación del art. 3 viene definido por su relación con el art. 5. En este sentido, GONZÁLEZ JIMÉNEZ, P. M., «Aproximación a los

Así, el art. 3 LDC no se aplicará a aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces o aptas para afectar, de modo significativo, la competencia. En consecuencia, una labor previa a la aplicación del precepto es la delimitación del mercado relevante, desde el punto de vista del producto o servicio y desde la perspectiva espacial o territorial<sup>317</sup>. En este sentido, se ha considerado que no habría afectación de la competencia ni del interés público, por ejemplo, cuando la práctica desleal que se pretende perseguir por el art. 3 LDC sea a pequeña escala, por ejemplo, un mercado de índole local<sup>318</sup>.

## 2. Debate en torno a la supresión del controvertido art. 3 LDC

El art. 3 LDC es el precepto más polémico que tiene la Ley en la actualidad. Son varios los motivos que respaldan esta afirmación.

En primer lugar, su reconocimiento en la LDC no es por todos compartido. La doctrina se encuentra dividida sobre la conveniencia de mantener el precepto al que alude la citada Ley. Muchas voces críticas con el precepto han insistido en la conveniencia de su derogación. Pocas, sin embargo, han respaldado su continuidad<sup>319</sup>.

---

requisitos constitutivos del ilícito de falseamiento de la libre competencia por actos desleales según recientes pronunciamientos de las Autoridades Antitrust», en TATO PLAZA, A., COSTAS COMESAÑA, J., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. I., *et al.* (Dirs.), *Nuevas tendencias en el Derecho de la competencia y de la propiedad industrial*, Ed. Comares, Granada, 2017, p. 58.

<sup>317</sup> Así, COSTAS COMESAÑA, J., «Prohibición de falseamiento de la libre competencia por actos de competencia desleal», *op. cit.*, p. 228.

<sup>318</sup> En este sentido, Resolución del Consejo Galego de Competencia (Expte. S 1/2011), de 27 de septiembre, de 2011, asunto Clínica Dental de Vigo, en el que se cuestiona la posible aplicación del art. 3 LDC en un supuesto de publicidad engañosa realizada por una clínica dental que presta sus servicios en la ciudad de Vigo (Pontevedra). El Consejo, en la interpretación del requisito segundo previsto en el art 3 de la LDC, esto es, la afectación de la competencia y del interés público, establece que: «*Con carácter preliminar cabe delimitar el mercado relevante, desde el punto de vista del producto, como el mercado de servicios de estomatología (por cuanto la publicidad incide en la colocación de empastes) y desde el punto de vista geográfico a la ciudad de Vigo, donde viene prestando sus servicios la citada clínica*» (...). En esta resolución se considera que de la conducta no queda acreditada la afectación de la competencia y del interés público porque «*El medio publicitario empleado –el buzoneo de folletos– tiene un impacto reducido entre los potenciales clientes de servicios de estomatología, pues la difusión de este tipo de campañas se limita a un área geográfica determinada y no alcanza al público en general (dentro del mercado relevante) como sucedería, por ejemplo, si la campaña se hubiera realizado a través de la prensa, la radio o la televisión. Por consiguiente, el Pleno considera que una campaña publicitaria realizada con tan escasos medios no es susceptible de alterar la percepción general de los consumidores sobre el nivel general de precios del mercado y, por ende, no es susceptible de alterar la competencia en el mercado*».

<sup>319</sup> A favor del precepto, CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C., «Últimas tendencias en la aplicación del art. 3 de la LDC: especial consideración al requisito de afectación al interés público», *op. cit.*, pp. 201-220. En contra, entre otros, MONTANÁ MORA, M., «Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia. Artículo 3. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales», en ODRIOZOLA, M., y IRRISARI, B., (Coords.) *Derecho Español de la Competencia*, t. I, Ed. Bosch, Madrid, 2008, p. 285 calificándolo como

Entre los argumentos que encontramos para eliminar el precepto de la LDC, se alza con mayor fuerza el que sostiene que su reconocimiento no tendría sentido en el momento en el que la disciplina de la competencia desleal abandona sus postulados individualistas para atender al modelo social, y como consecuencia, se abre a la tutela del interés público en una no falseada competencia. En definitiva, para esta corriente, la continuación del art. 3 LDC supondría admitir un precepto ecléctico que lo único que aportaría es mayor incertidumbre en la interpretación de la disciplina de la competencia desleal y la *antitrust*. Según esta tendencia, el sistema español se caracterizaría por una indeseada situación de inseguridad jurídica provocada por la coexistencia de dos procesos paralelos ante órganos distintos (juzgados y tribunales y órganos de defensa de la competencia), con el peligro de asistir a divergencias interpretativas en el reproche de ilicitud y con el consiguiente menoscabo de los recursos públicos en la represión de las prácticas desleales que no alcanzasen la dimensión pública necesaria para la persecución por la vía *antitrust*<sup>320</sup>.

Sin embargo, estos argumentos no nos convencen. Reafirmamos la idea de que el precepto es de gran utilidad para reprimir cierto tipo de prácticas desleales, en concreto, aquellos supuestos de deslealtad cualificada en los términos expuestos. Además, si se realiza un examen exhaustivo de los requisitos para la aplicación del art. 3 LDC, el riesgo de que la Autoridad de Competencia malgaste recursos públicos en la investigación de prácticas desleales que podrían solucionarse por la vía judicial, se desvanece. Como se sabe, si del citado análisis no se encuentran indicios de que la conducta sea apta para falsear la competencia efectiva, no se cumple con el presupuesto que habilita a la Autoridad de Competencia para que conozca de un supuesto de competencia desleal.

En los supuestos en los que se duda sobre si la perturbación que ha provocado el acto de competencia desleal alcanza relevancia *antitrust*, se podría aplicar el mecanismo de la *moral suasion*<sup>321</sup>, previsto en el sistema público italiano de represión de la competencia desleal, en virtud del cual se permite que ante prácticas comerciales desleales sin consecuencias excesivamente graves para la competencia, la Autoridad Italiana de Competencia pueda ordenar la remoción de los efectos de la deslealtad y archivar el procedimiento sin

---

un actor dentro del panorama escénico del Derecho de la competencia en nuestro país, con «*un papel polémico, errático y, acaso, inútil*».

<sup>320</sup> DIEZ ESTELLA, F., «El art. 3 LDC: falseamiento de la competencia por actos desleales», *op. cit.*, p. 550, quien aboga por la derogación del art. 3 LDC debido a inaplicabilidad, unido al elemento de confusión de las fronteras entre los intereses privados y públicos, así como la mezcla entre la tutela jurisdiccional y la del orden administrativo.

<sup>321</sup> Sobre este instrumento se pronuncia, MARTÍ MOYA, V., «El piecemeal approach de la tutela pública del consumidor contra prácticas desleales en España frente al modelo italiano», *op. cit.*, p. 218.

desplegar todos sus poderes instructores y así evitar el menoscabo de los recursos públicos en investigar un ilícito con escasas repercusiones para los intereses de los consumidores.

En segundo lugar, la vigencia del art. 3 LDC se ha puesto en peligro con la redacción del Anteproyecto de Código Mercantil, en el que no aparece. Sin embargo, no creemos que deba entenderse esta omisión como la derogación del precepto, sino como un simple menosprecio del legislador a un precepto al que tradicionalmente se le ha prestado poca atención. En sentido contrario, pensamos que el legislador incurriría en un grave error por las razones que a continuación se detallan.

Las herramientas de las que dispone el Derecho público para la represión de las prácticas desleales más graves son, a nuestro entender, mucho más ventajosas para la detección y persecución de este tipo de conductas que aquellas que nos proporciona el Derecho privado. El análisis comparado con otros ordenamientos europeos, así lo ha confirmado. En efecto, al menos desde la perspectiva disuasoria reservada en Europa a la aplicación pública del Derecho de la competencia, interesa que las autoridades de competencia puedan reprimir estas prácticas, con la imposición de sanciones administrativas por la comisión de los ilícitos *antitrust*<sup>322</sup>. El carácter público del procedimiento hace que los operadores económicos que hubiesen comercializado sus productos o servicios mediante prácticas comerciales desleales, se vean sometidos a una exposición pública de la instrucción del procedimiento *antitrust* para dirimir posibles responsabilidades, con el consiguiente impacto sobre la opinión pública.

Como hemos manifestado, las prácticas comerciales agresivas desleales, no son un fenómeno aislado, ni tampoco una práctica que solamente afecte a un sector determinado, sino que se trata de una práctica usual en el mercado, que afecta a múltiples sectores y que en muchas ocasiones su represión traspasa el mero interés de las partes en conflicto. Por ello, la posibilidad de reservar a las autoridades de competencia la represión de determinadas prácticas agresivas con especial incidencia en el mercado, puede considerarse como la elec-

---

<sup>322</sup> Vid. ALLENDESALAZAR, R., «Posibles reacciones frente a eventuales restricciones de la competencia», en MARTÍNEZ LAGE, S., y PETITBÒ JUAN, A. (Dir.), *Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia*, Ed. Marcial Pons, 2008, Madrid, pp. 29-35. La facultad de imponer sanciones económicas a los sujetos infractores constituye el principal instrumento de disuasión del que disponen las autoridades de competencia. Sin embargo, algunos autores también han apuntado que las multas por infracción de las normas sobre competencia no son disuasorias ni efectivas. Tales multas se podrían considerar contrarias a Derecho por infra-proporcionalidad respecto del beneficio ilícito y del daño social generado, además de poco o nada disuasorias. Así lo ha manifestado COSTAS COMESAÑA, J., «La imposición de multas por conductas anticompetitivas en España», en ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. (Coord.), *La lucha contra las restricciones de la competencia. Sanciones y remedios en el ordenamiento español*, Ed. Comares, Granada, 2017, pp. 12-14.

ción más favorable para su disuasión. Además, estas autoridades pueden crear directrices de comportamiento singulares y fácilmente reconocibles para los operadores económicos, a fin de guiar su comportamiento en el mercado y sus estrategias de venta, basadas en el respeto a los mandatos que la Directiva 2005/29/CE ha sustentado en la buena fe y en la diligencia profesional.

Por último, afirmamos que el art. 3 LDC es el precepto más controvertido de la Ley, porque ha sido también ignorado recientemente por el legislador español en la transposición de la Directiva 2014/104/UE, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, y el art. 71 LDC solo considera como infracciones del Derecho de la competencia las de los arts. 101 o 102 del TFUE o de los arts. 1 o 2 de la LDC por cuanto obvia referirse también al art. 3 LDC. Sin embargo, esta omisión parece responder solo a un descuido del legislador español de no respetar la peculiaridad existente en su ordenamiento a la hora de realizar la transposición.

### **3. Conclusiones sobre la persecución de las prácticas agresivas cualificadas vía art. 3 LDC**

Las prácticas comerciales desleales, y en especial, las prácticas agresivas, han experimentado un notable crecimiento de un tiempo a esta parte, principalmente fruto de una de las peores crisis económicas vividas en Europa en los últimos tiempos. En este clima hostil para el consumidor, se ha producido una vulneración masiva de sus derechos, por ser la parte más débil del mercado. Entre otros extremos, se les ha forzado a los consumidores a asumir unas condiciones contractuales que, de otra manera, no hubiesen accedido.

En España, no hay una efectiva represión pública de las prácticas agresivas desde el Derecho de la competencia. Pese a contar con mecanismos públicos para su represión, por ejemplo, la vía del art. 3 LDC, el sistema es insuficiente para abordar un fenómeno creciente, cada día más sofisticado y de difícil detección y persecución como son las prácticas comerciales desleales con consumidores. Así, existiendo mecanismos para la represión pública de estas prácticas en el ordenamiento español, no han tenido, hasta la fecha, una proporcional represión por parte de las autoridades correspondientes, quizá, entre otras causas, por la poca inversión de recursos públicos para su persecución o la falta de información a los consumidores de que esta puede constituir una vía rápida para denunciar los abusos que sufren de los operadores. Por

ello, podría afirmarse que en la actualidad el art. 3 LDC está infrautilizado para reprimir ciertas prácticas agresivas que aconsejan ser tratadas desde la vertiente pública del Derecho de la competencia<sup>323</sup>.

En contra de las nuevas tendencias en la interpretación del art. 3 LDC, analizamos el precepto con cierto optimismo para reprimir las prácticas agresivas más graves con los consumidores. Por ello, aunque hoy se trate de tan solo una hipótesis, consideraríamos plenamente justificada la aplicación del art. 3 LDC en la represión de las prácticas agresivas más graves, no solo desde el punto de vista cuantitativo de la práctica, es decir, la pluralidad de sujetos afectados<sup>324</sup> o la dimensión económica del acto, sino también por la cualidad del sujeto al que se dirige la agresividad del empresario, por ejemplo, el acuñado concepto de consumidores especialmente vulnerables<sup>325</sup>.

Por tanto, se justificaría la aplicación del art. 3 LDC en los supuestos de prácticas agresivas *per se* desleales producidas «*en masa*»<sup>326</sup>. En efecto, en estos casos interesa una resolución de la Autoridad de Competencia que declare como ilícito *antitrust* esta práctica, más que el recurso individual de los consumidores a los tribunales con el consiguiente riesgo de que se produzcan resoluciones judiciales distintas ante unos mismos hechos. Pero no solo estos casos, sino que también consideramos plenamente facultada la aplicación del precepto cuando resulten afectados consumidores con circunstancias especiales que les sitúen en una posición de mayor vulnerabilidad o bien se trate de productos o servicios esenciales.

En una aproximación de lo que entendemos debería basarse una posible resolución de la Autoridad de Competencia en la que declare que un supuesto de práctica agresiva es constitutivo de un ilícito *antitrust* en virtud del art. 3 LDC, pensamos que sería posible defender la aplicación de este precepto,

---

<sup>323</sup> Sobre la infrautilización del precepto puede consultarse CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C., «Últimas tendencias en la aplicación del art. 3 de la LDC: especial consideración al requisito de afectación al interés público», *op. cit.*, p. 220.

<sup>324</sup> No tendría sentido iniciar una investigación pública cuando solo hay un consumidor afectado. Este fue el criterio de la OFT en un supuesto de práctica agresiva a un consumidor, en la Resolución OFT CRE-E/26352, de agosto, de 2012, en el que considera que la investigación por su parte excedería de cualquier sanción impuesta por un juez porque entablar una acción que concierne a la conducta de una persona tendría un impacto limitado en el bienestar de los consumidores. Así, MARTÍ MOYA, V., *La represión pública de la competencia desleal*, *op. cit.*, p. 514.

<sup>325</sup> Vid. EUROPEAN COMMISSION, *Understanding consumer vulnerability in the EU's key markets*, de 27 de enero de 2016, disponible en [https://ec.europa.eu/info/publications/understanding-consumer-vulnerability-eus-key-markets\\_en](https://ec.europa.eu/info/publications/understanding-consumer-vulnerability-eus-key-markets_en).

<sup>326</sup> MARTÍ MOYA, V., «El modelo anglosajón y el public enforcement de las prácticas comerciales desleales con los consumidores», *op. cit.*, p. 131, que entiende que cualquier conducta desleal dirigida contra el consumidor «*en masa*», ha de poder ser subsumible en el art. 3 LDC, pues según la autora, en esta ocasión, nos encontraríamos ante unas actuaciones que incidirían de lleno y de modo desfavorable en los intereses colectivos que la Administración ha de tutelar.



en aquellos supuestos de mercados oligopolistas, por ejemplo, el energético o el de las telecomunicaciones<sup>327</sup>, en los que la práctica agresiva forma parte de una deslealtad sistemática de la empresa incumplidora que no ostenta posición dominante pero que tiene una cuota significativa de mercado que le permite actuar con cierta independencia respecto a los demás operadores. También, en mercados que afectan a bienes económicos de gran trascendencia social, como puede ser la vivienda<sup>328</sup>, o que se trate de mercados de grandes dimensiones<sup>329</sup> y que, además, afecte a un gran número de consumidores o aquellos más vulnerables<sup>330</sup>, como ancianos<sup>331</sup>, menores o aquellas personas que se encuentren en riesgo de exclusión social o con necesidades urgentes de financiación.

Con este recurso al Derecho *antitrust* para la persecución de ciertas prácticas agresivas, no buscamos un desmedido recurso a esta vía que acabe

<sup>327</sup> Se trata de sectores en los que además de las características expuestas, existe una marcada asimetría informativa entre el sujeto agente y el destinatario de la práctica que, su abuso, podría dar lugar a la aplicación del art. 3 LDC. A nuestro entender, queda plenamente justificada la afectación al interés público en aquellos supuestos en los que hay una pluralidad de afectados por la emisión de facturas de suministro eléctrico o de teléfono en las que el consumidor no le resulta fácil entender el cobro que efectúa el operador por la prestación del servicio y que se aprovecha esta circunstancia por el empresario para exigirle el pago inmediato de servicios no requeridos por este. También, cuando se produzcan cambios en la comercialización de los servicios sin haber prestado el consumidor su consentimiento o bien la interposición de obstáculos para el ejercicio del derecho de desistimiento de los consumidores a la hora de contratar un determinado servicio de un teleoperador. Desde nuestro punto de vista, se tratarían estos supuestos de prácticas agresivas que afectarían al interés público y que, en consecuencia, legitimarían la intervención de la aplicación pública del Derecho de la competencia. En este sentido, puede consultarse [https://www.elconfidencial.com/economia/2017-11-21/factura-electricidad-engano-cambio-comercializador\\_1480856/](https://www.elconfidencial.com/economia/2017-11-21/factura-electricidad-engano-cambio-comercializador_1480856/), noticia que se hace eco de las estimaciones de la CNMC que apuntan a que alrededor de 25.000 cambios de compañías que venden electricidad se hacen sin el conocimiento del usuario. Esto supone un 2,5% del millón de cambios de comercializadora que se hacen en España anualmente.

<sup>328</sup> En este sentido, *vid.* la Resolución del TDC (Expte. 485/00, Agentes Propiedad Murcia), de 9 de marzo de 2001, en la que se argumenta la afectación del interés público sobre la base de que la actuación del COAPI de Murcia recayó sobre un bien económico de gran trascendencia social, como es la vivienda, con un volumen económico de más de 5.000.000.000 pts. anuales.

<sup>329</sup> *Vid.* la Resolución TDC (Expte. 529/01 Administradores de Fincas) de 26 de noviembre de 2002, en la que el TDC argumenta que la práctica afecta al interés público por la propia dimensión de los mercados afectados, que en este caso eran, los servicios de administración de todas las fincas rústicas y urbanas de las provincias de Barcelona, Gerona, Tarragona, Lérida, Alicante, Zaragoza, Huesca, Soria, Cáceres, Badajoz, Murcia, Madrid, Guipúzcoa, Álava, Ávila, Sevilla, Huelva, Albacete, Las Palmas, A Coruña, Lugo, Orense y Pontevedra.

<sup>330</sup> Según los datos del Panel de Hogares CNMC (segundo trimestre 2017), sigue existiendo un gran desconocimiento sobre las condiciones de contratación de los usuarios de luz y gas natural. Por ejemplo, más de un 70% de los hogares no sabe si su suministro de electricidad o de gas natural está en el mercado regulado o libre. Estos datos, se pueden consultar en: CNMC, <https://www.cnmc.es/node/365511>.

<sup>331</sup> Según datos proporcionados por [ocu.org](http://ocu.org) el 18,4% de los españoles son mayores, considerando como tal a la población que tiene más de 65 años. Estos datos se traducen en más de 8 millones de consumidores que integran este colectivo con características muy variadas, pero con muchos lazos de unión. Son, entre otros factores, sus limitaciones físicas, su soledad, sus debilitadas condiciones de salud, la brecha digital o los cambios socioculturales, los que convierten a los consumidores mayores en consumidores más vulnerables y en víctimas fáciles para las más feroces prácticas agresivas de los empresarios. *Vid.* OCU, <https://www.ocu.org/movilizate/consumidor-mayor-proteccion>.

por frustrar la finalidad del art. 3 LDC al provocar el efecto inverso, este es, afectar negativamente a la competencia. En efecto, forma parte de una legítima estrategia comercial, que los empresarios utilicen técnicas de *marketing* que favorezcan sus ventas. Recordemos que el afán de lucro es, según el art. 325 del Código de Comercio, el sustento de la compraventa mercantil. Por tanto, es propio de la actividad empresarial, la legítima expectativa de incrementar beneficios recurriendo a técnicas cada vez más artificiosas que impliquen ganarle ventaja al competidor. Por eso, consideramos que un recurso desmedido al Derecho público para la represión de estas prácticas sería contraproducente.

No obstante, en busca de mecanismos transversales que ayuden a reprimir las prácticas agresivas y que su comisión no quede impune, defendemos el recurso al *private* y *public enforcement* para reprimir estas prácticas y la necesidad de buscar el equilibrio entre estas dos vías de protección. La coordinación entre la aplicación pública y privada hará que el sistema con el que cuenta España para la represión de las prácticas agresivas sea más eficiente.

Veamos ahora qué sucede en otros países de nuestro entorno. Por las razones que hemos expuesto, basaremos este análisis comparado en el ordenamiento italiano.

### III. LA REPRESIÓN PÚBLICA DE LAS PRÁCTICAS DESLEALES CON CONSUMIDORES EN EL DERECHO ITALIANO

#### 1. Primeras reflexiones

Entre los países que han confiado en la represión pública del régimen de prácticas comerciales desleales con consumidores introducido por la Directiva 2005/29/CE, un supuesto a destacar ha sido Italia, en el que su Autoridad de Competencia se ha caracterizado por seguir una política firme de represión de estas prácticas, pudiendo calificarse de exitosa la intensa aplicación práctica de la regulación sobre prácticas agresivas aprobada en Italia como consecuencia de la transposición de la Directiva 2005/29/CE. Así lo demuestra el gran volumen de asuntos tramitados por esta causa y las elevadas sanciones que se han impuesto a los infractores.

En efecto, pese a constituir la tipificación expresa de este tipo de prácticas una novedad a nivel comunitario, ha sido el ordenamiento italiano el que más ha destacado en la represión de las prácticas agresivas, sucediéndose en

este país los más importantes pronunciamientos en torno a prácticas agresivas a nivel europeo que contribuyen a redefinir el ambiguo concepto proporcionado por la Directiva 2005/29/CE.

Dos son las notas fundamentales del sistema italiano de represión de las prácticas comerciales desleales que explican la causa de su éxito.

En primer lugar, Italia ha experimentado en los últimos tiempos un cambio en su regulación de competencia desleal, desde la proclive protección del empresario, a ser un sistema especialmente tuitivo para el consumidor<sup>332</sup>. La apuesta pública por reprimir las prácticas desleales que introdujo la Directiva 2005/29/CE a través de su Autoridad de Competencia, las campañas de sensibilización de los derechos de los consumidores, el refuerzo a las asociaciones de consumidores y usuarios que no son tan débiles desde el punto de vista organizativo como ocurre en España o la extensión, en algunos casos, del régimen de las prácticas desleales de la Directiva de 2005 a las pequeñas y medianas empresas, principal motor del tejido empresarial de la economía italiana, confirman esta tesis.

En segundo lugar, el sistema italiano de represión de las prácticas comerciales agresivas desleales, ha abandonado la figura del consumidor medio y en sus resoluciones la AGCM se muestra especialmente proclive a definir la figura del consumidor vulnerable, máxime en determinados sectores como el de las telecomunicaciones, el sector energético o el financiero, que son el paradigma de los principales sectores regulados en los que se han sucedido estas prácticas<sup>333</sup>.

Conviene advertir ya desde el inicio que, aunque sería interesante efectuar un estudio comparado de las resoluciones de la Autoridad de Competencia Italiana en materia de prácticas agresivas y aquellas que se han sucedido en España por este mismo concepto y en estos mismos sectores, el casi inexistente reflejo jurisprudencial del régimen de las prácticas agresivas en nuestro país dificulta el análisis que pretendemos llevar a cabo. También el diferente enfoque respecto al *enforcement* que se ha seguido para la represión de prácticas comerciales desleales en estos dos modelos, es el gran obstáculo con el que cuenta nuestro trabajo comparado, pues a pesar de que hemos apuntado la posible represión de estas prácticas por vía del Derecho *antitrust* a través de la aplicación del art. 3 LDC, esta no es la vía natural de represión de estas prácticas que, como sabemos, queda reservada a los Jueces de lo-

---

<sup>332</sup> GHIDINI, G., «Reflexiones sobre la disciplina italiana de la competencia desleal a la luz de los principios pro-competitivos de la Constitución económica», *RDM*, n.º 245, 2002, pp. 1.109 y ss.

<sup>333</sup> En este sentido, BERTANI, M., *Pratiche commerciali scorrette e consumatore medio*, Ed. Giuffrè, Milano, 2016, pp. 4 y ss.

Mercantil. Además, muchos de los pronunciamientos que recibirían el calificativo de prácticas agresivas desleales en España, han seguido el régimen de vicios del consentimiento del CC. También en Italia si no se hubiese reforzado el papel de la AGCM en la represión de las prácticas desleales, los Jueces serían los facultados para resolver supuestos de prácticas agresivas, pero en este caso, al igual que ocurre en el supuesto español, se decantarían más por considerar que se trata de vicios del consentimiento por ser esta una doctrina consolidada.

Con todo, el análisis que nos hemos propuesto efectuar, se ha llevado a cabo mediante una revisión de la legislación italiana de prácticas comerciales desleales y la forma en la que se ha enfrentado su ordenamiento al problema de las prácticas comerciales agresivas.

## 2. El régimen público de las prácticas desleales en el Derecho italiano

En Italia se decidió atribuir la competencia de *le pratiche commerciali scorrette*<sup>334</sup>—nombre con el que se conocen las prácticas agresivas y engañosas en la legislación italiana— a la ya mencionada AGCM. La opción elegida en el supuesto italiano de asignar a su Autoridad *Antitrust* la facultad de adoptar medidas apropiadas para la represión de las prácticas comerciales desleales, se justificó sobre la base de reservar al procedimiento judicial un papel residual

---

<sup>334</sup> Con la expresión *pratiche commerciali scorrette*, el legislador italiano hacía referencia al régimen de prácticas comerciales desleales con los consumidores que introduce la Directiva de 2005 y que se concreta en las prácticas engañosas y agresivas. No existe consenso entre la doctrina italiana para explicar las razones que llevaron al legislador a decantarse por el adjetivo «*scorrette*» y no «*sleali*», que hubiese sido la natural traducción del anglicismo «*unfair*» al que se refería la Directiva 2005/29/CE. Una de las razones que se ha apuntado, es que con el recurso al adjetivo «*scorrette*», el legislador italiano pretendió evidenciar la distinta *ratio* que tenían las prácticas desleales introducidas por la Directiva 2005/29/CE que afectaban a las relaciones B2C de aquellas conductas de competencia desleal que, con carácter general, se describían en los arts. 2595 y ss. del *Codice Civile*. Vid. DE CRISTOFARO, G., «Art. 20. Divieto delle pratiche commerciali scorrette», en DE CRISTOFARO, G., y ZACCARIA, A., (Dir.) *Commentario breve al Diritto dei Consumatori*, Ed. Cedam, Milano, 2010, p. 141 y LANDINI, S., «Pratiche commerciali scorrette e clause abusive nell'assicurazione danni», en MELI, V., y MARANO, P. (Dir.), *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, Ed. G. Giappichelli, Torino, 2011, p. 170. Respetando esta interpretación, no hemos encontrado ninguna expresión adecuada para traducir el término «*scorrette*» al español, pues la traducción por «*incorrectas*» no respeta el calificativo de desleales que deben merecer estas prácticas y su traducción por «*desleales*» consideramos que no respeta el trato diferenciado que el legislador italiano se ha esforzado por adjudicar a las prácticas comerciales ilegítimas que se derivan de la aplicación de la Directiva 2005. Por este motivo, siempre que resulte posible, conservaremos la expresión «*scorrette*» para referirnos a la regulación del conjunto de prácticas introducidas por la Directiva 2005/29/CE en el ordenamiento italiano, entre las que se encuentran las prácticas comerciales agresivas.

de aquellos intereses protegidos por la Directiva y del peligro de asistir a una proliferación de procedimientos judiciales sobre competencia desleal con resoluciones diversas<sup>335</sup>.

Este sistema hasta principios de los noventa se caracterizaba por tener una legislación particularmente permisiva para los comerciantes esperando un comportamiento crítico del consumidor a la hora de realizar sus compras. De esta manera, las prácticas comerciales desleales solo podían ser impugnadas por los competidores, mediante la cláusula general de deslealtad y las disposiciones generales sobre competencia desleal, ambas establecidas en el Código Civil italiano (arts. 2595-2601)<sup>336</sup>. Tal y como estaba configurado el régimen normativo, solo los competidores afectados y las asociaciones de profesionales, podían iniciar acciones judiciales en base a estas disposiciones y no estaban legitimados ni los consumidores ni las asociaciones de consumidores.

Sin embargo, en Italia el panorama legislativo de represión de las prácticas comerciales desleales cambia en 1992 con la transposición de la Directiva sobre publicidad engañosa (84/450 /CEE). Con ella, se dispone por primera vez de una legislación que protegía a los consumidores frente a la publicidad desleal. Este es el momento en el que la legislación italiana adopta el papel pro-consumidor que anunciábamos. Coetáneamente se crea la *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (AGCM)<sup>337</sup> que es la autoridad *antitrust* que se encarga de aplicar el régimen de esta Directiva y a la que posteriormente se le confiará el *enforcement* para el conocimiento de las prácticas de competencia desleal que introduce la Directiva 2005/29/CE.

---

<sup>335</sup> En este sentido, CIATTI, A., «La tutela amministrativa e giurisdizionale», en DE CRISTOFARO, G., *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, Ed. G. Giappicelli, Torino, 2007, p. 279.

<sup>336</sup> Es en 1942, junto con una reforma del *Codice Civile* italiano, cuando se introduce en Italia una sección especial en el citado cuerpo legal que trataba la *concorrenza sleale*, término con el que se conoce a la disciplina de la competencia desleal en Italia, en concreto, arts. 2595-2601 CC, preceptos que aún continúan vigentes y que solo protegen el interés del competidor. Con anterioridad a la aprobación del *Codice Civile* de 1942, la regulación de la competencia desleal italiana se encontraba en una norma general sobre el ilícito civil extraconcurrential del art. 1151 del *Codice Civile* de 1866. En este sentido, PAZ-ARES, C., «Constitución económica y competencia desleal (Reflexiones sobre la experiencia italiana)», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 34, n.º 4, 1981, p. 929. Entre la doctrina italiana, ASCARELLI, T., *Teoria de la concorrenza e dei beni immateriali. Lezioni di Diritto Industriale*, Ed. Giuffrè, Milano, 1956, p. 157 «(...) la disciplina della concorrenza sleale sancisce un diritto di personalità dell'imprenditore, in ordine appunto allo svolgimento della sua attività in leale concorrenza e perciò alla probabilità di conseguire gli utili che questa comporta». También, FRANCESCHELLI, R., *Trattato di diritto industriale: parte general*, vol. I, Ed. Giuffrè, Milano, 1960.

<sup>337</sup> La AGCM también se introduce en la década de los noventa, en concreto, fue creada por la Ley n.º 287 de 10 de octubre de 1990, «*Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*».

### 3. *El enforcement de l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*

En concreto, para dar cumplimiento a los mandatos comunitarios, se modificaron los arts. 18-27 del *Codice del Consumo* italiano, preceptos que incluyen en Italia el régimen de prácticas engañosas y agresivas con los consumidores que ha previsto la Directiva 2005/29/CE.

En este escenario se le confía a la AGCM la adopción de todas las medidas adecuadas para la represión de estas prácticas en los términos que se examinarán a continuación. Al mismo tiempo, se le reconoce a la autoridad judicial las pretensiones resarcitorias de los perjuicios que se hubiesen originado a los consumidores por la práctica comercial desleal<sup>338</sup>.

Con el Decreto Legislativo n.º 146/2007 de 2 de agosto de 2007 que introdujo en el *Codice del Consumo* el régimen de las prácticas comerciales desleales con los consumidores que había aprobado la Directiva 2005/29/CE, el marco normativo italiano para la represión de las prácticas comerciales desleales queda configurado de la siguiente manera.

Se entiende que cuando la práctica comercial desleal se dirija a los consumidores y se persiga la restauración del interés público afectado, el organismo encargado de conocer la comisión de estos ilícitos anticompetitivos debe ser la AGCM, esto es, una Autoridad *Antitrust* que tutela a los consumidores y a la competencia, y que como organismo administrativo, impone sanciones pecuniarias, sin perjuicio de que se persiga el resarcimiento de un daño, en cuyo caso, el perjudicado deberá acudir a los tribunales del orden civil<sup>339</sup>.

Sin embargo, el régimen reservado para los empresarios víctimas de actuaciones anticompetitivas de sus rivales es otro distinto. En este caso, como el interés que se trata de salvaguardar es el interés privado del competidor afectado,

---

<sup>338</sup> Conviene recordar que el sistema italiano se ha nutrido, en parte, del que ya estaba construido en Reino Unido, donde el control de las *unfair commercial practices* se confería a su Autoridad de Competencia –la extinta *Office of Fair Trading*, hoy *Competition and Markets Authority*–, con amplios poderes en materia de represión de estas prácticas. Sobre el funcionamiento de la OFT y las funciones que ha tenido asignadas, puede consultarse con mayor detalle, WISH, R., y BAYLEY, D., *Competition Law*, Ed. Oxford, 7.ª ed., Oxford, pp. 63-66. También, EUROPEAN PARLIAMENT, *State of play of the implementation of the provisions on advertising in the unfair commercial practices legislation*, junio 2010, p. 17.

<sup>339</sup> VISCONTI, G., «La disciplina delle pratiche commerciali scorrette verso i consumatori: il decreto legislativo n.º 146 del 2007 che modifica gli articoli da 18 a 27 del codice del consumo (dlgs n.º 206 del 2005)», *Diritto.it.*, fecha de publicación 14 de febrero de 2008. Sobre el riesgo de que la AGCM se convierta en un juez de un conflicto de competencia entre particulares, en vez de que sea el juez ordinario el que conozca estos asuntos, se pronuncia GUIZZI, G., «Il divieto delle pratiche commerciali scorrette tra tutela del consumatore, tutela del concorrente e tutela del mercato: nove prospettive (con qualche inquietudine) nella disciplina della concorrenza sleale», en GAMBINO, A. M. (Dir.), *Rimedi e tecniche di protezione del consumatore*, G. Giappichelli editore, Torino, 2011, p. 308.

la tutela frente a estas prácticas se encuentra en el *Codice Civile* (arts. 2598-2601) y se debe acudir a los tribunales del orden civil para su represión.

Cuando la práctica comercial cuestionada lesione o pueda lesionar los intereses económicos de una pluralidad de consumidores, se le otorga legitimación para iniciar el procedimiento a las asociaciones de consumidores inscritas, en el sentido del art. 137 del *Codice del Consumo*. Estas están legitimadas para tutelar los intereses colectivos de los consumidores (art. 140 *Codice del Consumo*) y pueden impedir mediante la interposición de una medida cautelar que continúen produciéndose los efectos perniciosos de la práctica *scorretta*.

### 3.1 NATURALEZA Y COMPOSICIÓN

Desde 1992 la AGCM se encarga en Italia de acabar con la publicidad engañosa, cualquiera que sea el medio de comunicación utilizado (TV, periódicos, folletos, carteles, etc.) y también se le han asignado competencias para evaluar la publicidad comparativa. Pero solo a partir de 2005 es cuando se le reconocieron facultades para la imposición de multas. Además, con ocasión de la transposición de la Directiva 2005/29/CE al ordenamiento italiano, sus competencias se vieron ampliadas y es a partir de este momento en el que también se le encarga la tutela de las prácticas desleales en las relaciones B2C que introdujo la citada Directiva.

La composición de la AGCM tiende a garantizar su imparcialidad absoluta. Este mandato recordemos que venía marcado por el legislador comunitario cuando los Estados miembros decidiesen atribuir la competencia de la represión de las prácticas comerciales desleales a un órgano administrativo (art. 11.3 de la Directiva), como sucede en el supuesto italiano. La AGCM se trata de un órgano colegiado y sus decisiones se toman por mayoría<sup>340</sup>. El Presidente y los miem-

---

<sup>340</sup> La AGCM se trata de un órgano administrativo que lleva a cabo sus actividades y toma de decisiones de forma independiente del poder ejecutivo. No se puede considerar un órgano judicial y en los procedimientos que en ella se tramitan no pueden aplicarse las normas propias de los procedimientos judiciales. Su ubicación única está en Roma. Las decisiones de AGCM se pueden impugnar en el *Tribunale Amministrativo Regionale* (en lo sucesivo, TAR) del Lazio, que es el tribunal administrativo de primera instancia en la región de Lazio, lugar en el que se encuentra la sede de la AGCM. El TAR Lazio tiene reconocida jurisdicción exclusiva sobre esta materia. Se otorga a las partes la posibilidad de recurrir las decisiones del TAR Lazio en el *Consiglio di Stato* (Consejo de Estado italiano), que actúa como tribunal nacional final en esta materia. En la práctica, han sido muchas las decisiones de la AGCM sobre esta materia que han sido apeladas, por eso, existe una rica jurisprudencia del TAR Lazio, así como del *Consiglio di Stato*. En este sentido, GRAUSO, M. P., *La concorrenza sleale. Profili di tutela giurisdizionale e presso le Autorità*, Ed. Giuffrè, Milano, 2007, pp. 232-243. También, GENOVESE, A., «L'enforcement e le tutele», en GENOVESE, A. (Dir.), *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, Ed. Cedam, Verona, 2008, pp. 210-231.

bros de la Autoridad son designados por los presidentes de la Cámara y del Senado y permanecen en el cargo durante siete años, mandato que no es susceptible de ser renovado. El *Collegio* lo componen el Presidente y dos miembros<sup>341</sup>, entre personas con notoria independencia. El Presidente debe haber ocupado puestos relevantes de gran responsabilidad, mientras que los otros miembros son elegidos entre catedráticos universitarios de materias económicas o jurídicas, o entre personalidades provenientes del sector económico dotados de reconocida profesionalidad. El Secretario General, que tiene la tarea de supervisar el funcionamiento de las oficinas y es el encargado de la instalación, es nombrado por el Ministro de Desarrollo Económico, a propuesta del Presidente de la Autoridad.

### 3.2 LA ACTIVIDAD DE LA AGCM EN MATERIA DE PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES

Por lo que respecta a las actividades que la Autoridad *Antitrust* Italiana efectúa en relación con la protección del consumidor, su memoria anual<sup>342</sup> tiene un apartado especial dedicado a esta materia. En este, se examinan las principales resoluciones en cuanto a *pratiche commerciali scorrette* divididas por sectores de actividad y se apuntan las principales líneas de actuación de la Autoridad para luchar contra estas prácticas. La memoria viene acompañada de datos estadísticos que hacen referencia a las sanciones impuestas o al número de procedimientos examinados.

Las memorias anuales que publica la Autoridad de Competencia Italiana, con una estructura clara y sencilla para los interesados en consultarlas, sirven para elevar el nivel de transparencia al que deben regirse las autoridades públicas, además de facilitar la labor a los operadores jurídicos para conocer el trabajo que efectúa este organismo y sus principales actuaciones entorno a una materia que interesa a todos los que intervienen en el mercado. En especial, interesa a los consumidores, principales víctimas de las prácticas agresivas de los empresarios, pero también a las empresas puesto que les supone una directriz sobre la que planificar sus actividades de venta. Por eso afirmamos que la AGCM es una de las pocas autoridades nacionales a nivel europeo que tiene

---

<sup>341</sup> Para reducir los gastos generales de esta autoridad administrativa independiente, el legislador italiano redujo el número de componentes de la AGCM de cinco a tres, incluido el Presidente, *vid.* art. 23, párrafo 1, letra d, del Decreto Ley de 6 de diciembre de 2011 y AGCM, <http://www.agcm.it/istituzione/cose-lautorita.html>.

<sup>342</sup> Anualmente la AGCM publica en su página web un informe sobre la actividad desarrollada. *Vid.* AGCM, <http://www.agcm.it/relazioni-annuali.html>,



poderes de ejecución directos y eficaces para la represión de las prácticas desleales. En consecuencia, su experiencia siempre ha atraído el interés de otras autoridades nacionales<sup>343</sup>.

También forma parte del cometido de la AGCM evaluar el carácter abusivo de las cláusulas de los contratos con los consumidores como medida de precaución para las empresas que deseen utilizar condiciones generales de la contratación en sus transacciones comerciales. Además, a partir del 13 de junio de 2014, la Autoridad incorporó entre sus competencias la supervisión del cumplimiento de las nuevas normas sobre derechos de los consumidores establecidas en la Directiva Europea 83/2011/UE, transpuesta por el Decreto 21/2014. También, ejerce la vigilancia en cuanto a la prohibición de discriminación de los consumidores y las llamadas *micro imprese*, es decir, entidades, empresas o asociaciones que, con independencia de su forma jurídica, emplean a menos de diez personas y un volumen de negocios no superior a dos millones de euros (Ley n.º 161/2014)<sup>344</sup>.

Por último, en este breve resumen de la actividad que desarrolla la AGCM, es necesario referirnos también a la represión que efectúa de las prácticas restrictivas de la competencia, abuso de posición dominante y control a modo preventivo de las operaciones de concentración.

### 3.3 PRINCIPALES LÍNEAS DE ACTUACIÓN

Como hemos anunciado, la AGCM se trata de un organismo activo en la represión de las prácticas agresivas. Así lo demuestra la cantidad de reclamaciones que recibe por esta causa, los numerosos expedientes incoados o las cuantiosas sanciones pecuniarias impuestas a las empresas infractoras por la comisión de *pratiche commerciali scorrette*. Su dinamismo, ha sido reconocido en el plano internacional, en el que se ha destacado su activa participación en las reuniones de la *International Consumer Protection and Enforcement Network* (en adelante, ICPEN) que es la red mundial de autoridades de protección de los consumidores<sup>345</sup>.

---

<sup>343</sup> Vid. AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Relazione sull'attività svolta nel 2015*, 31 de marzo de 2016, disponible en: [http://www.agcm.it/component/joomdoc/relazioniannuali/relazioneannuale2015/cap3\\_2016.pdf/download.html](http://www.agcm.it/component/joomdoc/relazioniannuali/relazioneannuale2015/cap3_2016.pdf/download.html), pp. 217 y 218.

<sup>344</sup> Vid. AGCM, <http://www.agcm.it/consumatore.html>.

<sup>345</sup> La ICPEN celebra reuniones periódicas para el intercambio de experiencias en la aplicación de las normas nacionales de protección del consumidor con el objetivo de identificar las mejores prácticas comerciales y contrastarlas con las prácticas perjudiciales más frecuentes para los consumidores. Para más información sobre este organismo, puede consultarse: ICPEN, <https://www.icpen.org/initiatives>.

Las principales líneas de actuación de la Autoridad de Competencia Italiana en materia de prácticas agresivas se han centrado en las conductas desleales de los operadores bancarios, el sector de las telecomunicaciones, energía y gas y también resultan interesantes algunos pronunciamientos sobre prácticas agresivas en el sector del transporte de aquellos operadores que, amparados en el modelo *low cost*, han normalizado una serie de prácticas agresivas con los consumidores.

Del estudio de las resoluciones de las *pratiche commerciali scorrette* de la AGCM y de los tribunales administrativos, se concluye que no se recurre a la figura del consumidor medio para expresar el grado de responsabilidad. En efecto, en sus resoluciones no se menciona el comportamiento racional esperado y no hay referencias a ese consumidor razonablemente atento y perspicaz al que se aludía en la interpretación de la figura del consumidor en la Directiva 2005/29/CE. De hecho, en las resoluciones analizadas que tratan sobre prácticas comerciales agresivas, se impone una importante carga de responsabilidad a los operadores para que les proporcionen a los consumidores una información clara y comprensible, especialmente cuando la contratación tiene lugar en sectores en los que existen importantes problemas de información asimétrica o cuando se somete a una presión excesiva al consumidor en un contexto de ventas directas<sup>346</sup>.

De esta manera, la AGCM o los tribunales de lo contencioso-administrativo, dejan de concebir la figura de consumidor medio como una medida única sobre la que basar el sistema de represión de las prácticas desleales y la adaptan a la situación específica en la que se produce la contratación y también al sector de productos o servicios del que se trate<sup>347</sup>.

Algunas de las razones que a nuestro entender justifican el mayor activismo de la AGCM en la persecución de las prácticas comerciales agresivas pueden ser sintetizadas, sin ánimo exhaustivo, de la siguiente manera:

1) La temprana transposición de la Directiva de prácticas comerciales desleales al ordenamiento italiano (2007);

---

<sup>346</sup> TOLA, M., «Pratiche commerciali scorrette e prodotti finanziari», en MELI, V., y MARANO, P. (Dirs.), *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, Ed. G. Giappichelli, Torino, 2011, p. 108.

<sup>347</sup> En este sentido, MARCHETTI, P., y UMBERTAZZI, L. C., *Commentario breve al diritto della concorrenza: marchi, brevetti, diritto d'autore, concorrenza sleale, pubblicità, consumatori, antitrust*, Ed. Cedam, Padova, 2004, p. 20; BERTANI, M., *Pratiche commerciali scorrette e consumatore medio*, *op. cit.*, pp. 4 y ss., y DI SALVO, D., «La tutela del consumatore nell'ordinamento italiano tra strumenti privatistici e pubblicistici», *Giurisprudenza Di merito*, n.º 12, 2013, p. 27/43 (versión electrónica).

2) La mayor especialización del órgano encargado de su represión, que aúna las competencias en materia de defensa de la competencia y de protección de los consumidores.

3) La naturaleza administrativa del órgano encargado de tramitar los expedientes por prácticas agresivas, con el uso de las herramientas que este procedimiento otorga para la persecución de estos ilícitos<sup>348</sup>, frente a la naturaleza predominantemente jurisdiccional de España.

4) Las campañas educativas que efectúa la AGCM para que los consumidores conozcan sus derechos con el objetivo de que puedan detectar cuándo están siendo víctimas de prácticas agresivas y denunciarlas<sup>349</sup>.

Estas, como decimos, pueden ser algunas de las causas para explicar el notable éxito de la Autoridad de Competencia Italiana en la represión de estas conductas frente al déficit de pronunciamientos de prácticas agresivas en España. Con ello, no nos estamos refiriendo a que en nuestro país no se cometan estas prácticas, sino que la forma en la que está configurado nuestro régimen para su represión, predominantemente por la vía jurisdiccional, no ha resultado tan efectivo como el sistema de naturaleza administrativa del que se parte en Italia.

---

<sup>348</sup> Una de las principales ventajas del procedimiento administrativo previsto para reprimir las prácticas desleales con consumidores ante la AGCM, es que se pueden hacer servir todos los poderes instructores conferidos a esta autoridad. La posibilidad de realizar inspecciones domiciliarias con las que obtener documentación para recabar datos, o bien la posibilidad de realizar análisis periciales o estadísticos con el objeto de cifrar el impacto que ha tenido la práctica comercial agresiva en el mercado, se presenta como la herramienta idónea para la eficaz persecución de estas prácticas, tanto desde la vertiente de la detección como desde la perspectiva de la instrucción del procedimiento. También se debe tener en cuenta que estos procedimientos se caracterizan generalmente por un periodo de resolución más breve que el previsto para el procedimiento judicial. Una muestra es que, en el supuesto italiano, el procedimiento administrativo ante la AGCM está previsto que termine entre los 120 días siguientes a la fecha de comunicación de la incoación del procedimiento, para que sea este un procedimiento ágil y rápido con el que se ataje la perturbación para el mercado que crean estas prácticas. En general, sobre la opción del *private* o *public enforcement*, puede consultarse: KLÖHN, L., *Private versus public enforcement of laws - a Law & Economics perspective*, 2010, disponible en: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1730308>.

<sup>349</sup> La AGCM efectúa una amplia labor de comunicación al consumidor de todas aquellas prácticas que no debe soportar de los empresarios por rebasar los límites de tolerancia establecidos por las normas contra la competencia desleal de la Directiva 2005/29/CE. Por ejemplo, en su memoria anual de 2009, al poco tiempo de entrar en vigor la Directiva sobre prácticas comerciales desleales, la Autoridad expone algunas de las acciones o campañas más importantes que llevó a cabo en ese año para informar de los nuevos derechos a los consumidores. Vid. AGCM, *Relazione sull'attività svolta nel 2009*, de 31 de marzo de 2010, disponible en: [http://www.agcm.it/dotcmsDOC/relazioniannuali/relazioneannuale2009/Rel\\_10.pdf](http://www.agcm.it/dotcmsDOC/relazioniannuali/relazioneannuale2009/Rel_10.pdf), pp. 223 y 224. Esta labor informativa se completa con el apartado dedicado en la página web de la Autoridad a la información al consumidor (*conosci i tuoi diritti*) en el que se incluyen las campañas que se están llevando a cabo para evitar las prácticas desleales, o las últimas reformas legislativas en materia de protección del consumidor. Además, la AGCM cuenta con grandes facilidades para que el consumidor denuncie que ha sido víctima de una práctica anticompetitiva. Así la Autoridad pone a disposición de los consumidores un *call center*, un buzón de correo electrónico o incluso el uso de las redes sociales para poder denunciar de forma anónima la comisión de una presunta práctica anticompetitiva.

### 3.4 EL PROCEDIMIENTO ANTE LA AGCM

El procedimiento por las llamadas *pratiche commerciali scorrette* ante la AGCM puede iniciarse de oficio o bien por denuncia de parte que deberá contener los detalles del denunciante y concretar la práctica que se considera contraria a las normas del *Codice del Consumo*. Se ha debatido entre la doctrina italiana<sup>350</sup> que cuando el procedimiento se inicia como consecuencia de una denuncia ante la AGCM, el examen preventivo sobre su admisibilidad, puede ser una medida improductiva, puesto que se le ha reconocido el poder de proceder *ex officio* contra estas prácticas y además puede hacer minar la credibilidad de la autoridad, afectando, en consecuencia, a su neutralidad e imparcialidad.

Con todo, consideramos que esta medida entraría en el normal proceder de una autoridad administrativa a realizar un examen preventivo a fin de evitar que se ponga en marcha todo un entramado administrativo que posteriormente demuestre que la supuesta práctica comercial desleal no tenía fundamento. Además, consideramos que la decisión adoptada por el legislador italiano convierte en más eficaz el *enforcement* público de las *pratiche commerciali scorrette*<sup>351</sup>.

En el supuesto de que la AGCM decidiese iniciar un procedimiento, el demandante será informado. Los procedimientos se rigen por el Reglamento aprobado por la Autoridad el 25 de abril de 2015, que es, el «*Regolamento 25 aprile 2015, sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni, clausole vessatorie*» (en adelante, *Regolamento*). Si de la instrucción del procedimiento queda acreditada la comisión de una práctica *scorretta*, la multa que puede imponer la AGCM a los responsables puede llegar a los 5 millones de euros, teniendo en cuenta la gravedad y la duración de la violación. Esta cifra, en el caso de las prácticas comerciales que puedan poner en peligro la seguridad de los menores, no podrá ser inferior a 50.000 euros<sup>352</sup>.

---

<sup>350</sup> Vid. MAROUTTI, *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Ed. G. Giappichelli, Torino, 1999, p. 63 o DE CRISTOFARO, G y ZACCARIA, A. (Dirs.), *Commentario breve al Diritto dei consumatori*, Ed. Cedam, Milano, 2010, p. 212.

<sup>351</sup> En este sentido, GENOVESE, A., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attualizzazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, Ed. Cedam, Verona, 2008, p. 231.

<sup>352</sup> AGCM, <http://www.agcm.it/consumatore-competenza/consumatore-i-poteri-dellautorita.html>

### 3.5 LA TERMINACIÓN CONVENCIONAL

El procedimiento diseñado en Italia para la represión de las *pratiche commerciali scorrette*, cual procedimiento *antitrust*, admite la posibilidad de que el profesional pueda proponer a la AGCM un compromiso por el que se obliga a realizar una serie de obligaciones de hacer o no hacer a fin de modificar su conducta y eliminar los efectos que su actuación desleal hubiese provocado<sup>353</sup>.

En el caso de que la Autoridad considere que el compromiso presentado por el profesional es suficiente para restablecer la situación que la conducta desleal ha provocado en el mercado, ordenará la incoación del procedimiento, pero no impondrá sanción alguna. Esta decisión de aceptar el compromiso presentado por el profesional infractor es discrecional de la Autoridad, que está facultada para rechazar el compromiso cuando entienda que puede servir la sanción como medio disuasorio al constituir un precedente para posibles incumplidores. También puede rechazar esta posibilidad cuando considere necesario seguir investigando sobre los efectos de la práctica desleal cometida que puedan afectar, por ejemplo, a operadores del sector. La decisión adoptada por la AGCM de concluir el procedimiento mediante la no imposición de una sanción por haber aprobado el compromiso presentado por el infractor puede ser revocada por el incumplimiento de este, en este caso, la AGCM podría decretar la reapertura del procedimiento.

La terminación convencional en la represión de las *pratiche commerciali scorrette* que concede el ordenamiento italiano, se fundamenta en que el modelo que se ha configurado no se concibe como un procedimiento puramente represivo o sancionador de estas prácticas, sino más bien orientado a la consecución de un buen funcionamiento del mercado. Por este motivo, se aceptan los compromisos de los profesionales, como una manera simplificada de poner

---

<sup>353</sup> Dentro de los 30 días siguientes a la notificación de inicio del procedimiento, el profesional puede presentar el compromiso a la AGCM (art. 27.7 *Codice del Consumo* y art. 9 del *Regolamento*). Sobre la posibilidad de terminación convencional de los procedimientos por competencia puede consultarse, entre la doctrina española, DIEZ ESTELLA, F., «Terminación convencional en el Derecho de la competencia, ¿Una solución adecuada a un procedimiento sancionador?», *Icade: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n.º 95, 2015, p. 15. Los beneficios que se asocian a esta figura actualmente en auge son múltiples, como así lo ha señalado RODILLA MARTÍ, C., «La more economic approach del Derecho de la competencia en los litigios sobre consorcios de patentes: el caso de los compromisos», en *LaLeyMercantil*, n.º 30, noviembre 2016, en el análisis que efectúa sobre la oportunidad de estos compromisos en los litigios de consorcios de patentes, en el que también advierte del riesgo que supone el reconocimiento de esta figura en el Derecho de la competencia. Sin embargo, se observa una infrutilización de esta figura en España. Así, CACHAFEIRO GARCÍA, F., «Terminación convencional de los expedientes sancionadores por la infracción del Derecho de la competencia», en ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. (Coord.), *La lucha contra las restricciones de la competencia. Sanciones y remedios en el ordenamiento español*, Ed. Comares, Granada, 2017, pp. 213-215.

fin a un procedimiento por competencia desleal y por un supuesto de economía procesal<sup>354</sup>.

Pese a las objeciones que acompañan a esta medida, consideramos que la terminación convencional en este tipo de procesos es una herramienta que interesa a los dos partes.

Desde el punto de vista del profesional infractor, su interés radica en la posibilidad de eludir la potencial sanción que recaiga después de la instrucción del procedimiento, pero, además, le interesa al evitar de esta manera la presión mediática que comporta un procedimiento ante la AGCM, caracterizada por un nivel elevado de transparencia en su página web y por la actualización constante de la información de los procedimientos instructores a través de su sección de novedades. Con la asunción de un compromiso, el presunto infractor no queda, durante el tiempo que dure el proceso, sometido a un juicio paralelo avivado por la opinión pública. Por último, esta posibilidad también se traduce en un ahorro económico de su defensa, puesto que puede, mediante esta alternativa, beneficiarse de menores costes.

En el sentido opuesto, es decir, desde la perspectiva del consumidor perjudicado por el comportamiento desleal del profesional, la asunción de compromisos por parte de este último con la AGCM, en ningún momento implica que se le prive al consumidor o, en su caso, a la asociación de consumidores y usuarios, de la posibilidad de pedir el resarcimiento del daño sufrido ante el juez civil. Al contrario, los compromisos asumidos por el profesional frente a los consumidores pueden conferirles una legítima ventaja procesal, al poder actuar de conformidad con el art. 1411 del *Codice Civile*<sup>355</sup>.

No obstante, la terminación del procedimiento por *pratiche commerciali scorrette* con la asunción de compromisos, debe ser utilizada de manera residual para así dar cumplimiento a los mandatos de la Directiva 2005/29/CE que, si bien no se ha pronunciado sobre la posibilidad de la terminación convencional de estos procedimientos, sí anuncia la obligación de adoptar sanciones y remedios efectivos, proporcionados y disuasorios para garantizar su aplicación (arts. 11 y 13 Directiva).

---

<sup>354</sup> GAGLIARDI, A., *Pratiche commerciali scorrette*, Ed. Utet Giuridica, Torino, 2009, pp. 42 y 43.

<sup>355</sup> El art. 1411 del *Codice Civile* establece que: «E' valida la stipulazione a favore di un terzo, qualora lo stipulante vi abbia interesse. Salvo patto contrario, il terzo acquista il diritto contro il promittente per effetto della stipulazione. Questa però può essere revocata o modificata dallo stipulante, finché il terzo non abbia dichiarato, anche in confronto del promittente, di volerne profittare. In caso di revoca della stipulazione o di rifiuto del terzo di profittarne, la prestazione rimane a beneficio dello stipulante salvo che diversamente risulti dalla volontà delle parti o dalla natura del contratto». En este sentido, LIBERTINI, M., «Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette», *Contratto e impresa*, v. 25, n.º 1, 2009, p. 73.

En el momento de que el profesional incumplidor haga uso de la facultad de presentar un compromiso ante la AGCM, se inicia un procedimiento de suspensión urgente de la conducta anticompetitiva, para evitar que cause mayores daños en el funcionamiento del mercado, en el tiempo que media entre la comunicación de la asunción del compromiso, el examen por parte de la AGCM y su decisión, en su caso, de aceptarlo<sup>356</sup>.

La decisión adoptada por la AGCM de archivar el procedimiento desleal finalizado con un compromiso por parte del profesional es impugnabile ante el juez contencioso-administrativo por parte de los sujetos con interés público y privado o difuso constituidos en asociaciones.

### 3.6 LA TUTELA CAUTELAR ANTE LA AGCM

La Autoridad de Competencia Italiana, mediante una resolución motivada, podrá suspender temporalmente la práctica comercial desarrollada por el empresario en el supuesto de que considere urgente la adopción de tal pronunciamiento (art. 27.3 *Codice del Consumo* y art. 8.1 *Regolamento* de 2015), debiendo valorar la concurrencia del *fomus bonis iuris*, no siendo necesaria la constatación de un perjuicio grave e irreparable para los consumidores.

El responsable del procedimiento debe asignar a las partes un plazo no inferior a cinco días para presentar una memoria por escrito y aquellos documentos que estime oportunos (art. 8.2 del *Regolamento* de 2015). Trascurrido el citado plazo, se remiten los datos al *Collegio* que puede disponer la suspensión cautelar de la práctica comercial, aunque no hubiese recibido el escrito de las partes, si incurrn particulares razones que aconsejan la intervención en sede cautelar. Dentro del plazo de siete días de haber recibido el pronunciamiento con el que se han adoptado las medidas cautelares, el profesional interesado, puede presentar escritos o documentos para su defensa. Llegado a este momento, el *Collegio* puede confirmar la suspensión provisional de la práctica comercial o revocarla. El profesional está obligado a informar a la AGCM que la suspensión se ha cumplido cinco días después de la recepción de la resolución de la adopción de medidas cautelares.

---

<sup>356</sup> Vid. el Procedimiento de la AGCM n.º 27190 (PS 10972-IP286-Ryanair-cancellazione voli), de 25 de octubre de 2017, sobre la cancelación masiva de vuelos entre septiembre y octubre de 2017 por parte de la compañía aérea Ryanair, en la que la Autoridad italiana, aunque no se tratara propiamente de un compromiso, reduce significativamente el importe de la sanción impuesta por la práctica engañosa desleal cometida por el operador, al presenciar una actitud proactiva de la compañía durante la tramitación del procedimiento consistente en informar correctamente al consumidor sobre las condiciones de la cancelación de vuelos y sus derechos.

En esta sede, conviene advertir que, si en el análisis de la tutela cautelar en el sistema español de competencia, se advierte una aplicación residual<sup>357</sup>, en Italia sucede todo lo contrario. En efecto, la AGCM desde que se le otorgó el *enforcement* de las *pratiche commerciali scorrette*, ha mostrado una actitud activa en la adopción de estas medidas para paliar los daños que pueda provocar el ilícito contrario a la competencia<sup>358</sup>.

En efecto, la AGCM no ha negado la utilidad de la adopción de una medida cautelar en este tipo de procedimientos pues, como se sabe, mediante esta opción puede atenuarse el impacto negativo que generan estas prácticas en el mercado. Así, la AGCM consciente de la importancia de la tutela cautelar, se ha distinguido por el recurso de oficio en aquellos procedimientos que causaban un grave perjuicio para el interés público, con el objeto de evitar la continuación del acto desleal durante la instrucción del procedimiento y que la conducta tuviese un mayor impacto negativo en el mercado y sobre todo que terminase repercutiendo aún más si cabe en la figura del débil consumidor.

#### 4. Remedios privados del consumidor víctima de una *pratica commerciale scorretta*

Si bien inicialmente el legislador comunitario en la Directiva sobre prácticas comerciales desleales de 2005, no se pronunció sobre la posibilidad de que los consumidores pudiesen reclamar los daños y perjuicios que estas prácticas les han ocasionado<sup>359</sup>, la doctrina italiana ha defendido que el perjudicado por un acto de competencia desleal pueda, sobre la base del art. 2043 del *Codice Civile*, obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios<sup>360</sup>, siem-

---

<sup>357</sup> En este sentido, MARTÍ MOYA, V., y CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C. M., «Déficit de justicia cautelar en Derecho español y europeo de la competencia», *Anuario de Derecho de la Competencia*, n.º 1, 2015, pp. 395-420.

<sup>358</sup> Por ejemplo, las medidas cautelares adoptadas en el procedimiento PS/11188, de 4 de julio, de 2018, contra la actuación de PeopleFly, que ofertaba en su página web, vuelos que no contaban con los debidos acuerdos comerciales con los gestores aeroportuarios para que resultasen operativos, además de interponer obstáculos para que los consumidores ejercieran sus derechos de reclamación ante el comportamiento deshonesto de la compañía. Las medidas cautelares se concretaron en el bloqueo de la página web de la compañía para que no persistiese con su comportamiento en el tiempo que mediaba la instrucción. De esta medida, conocida como *oscuramento di siti*, habla con mayor detalle, MARTÍ MOYA, V., «La tutela de la competencia (desleal) por las autoridades de la competencia al hilo del ejemplo italiano», *op. cit.*, p. 216.

<sup>359</sup> En el nuevo marco para los consumidores aprobado recientemente por la Comisión Europea al que ya nos hemos referido en esta obra, sí que se contempla como una de las medidas estrella entre las medidas correctoras individuales para los consumidores perjudicados por prácticas engañosas y agresivas, el reconocimiento de, al menos, una indemnización de daños y perjuicios.

<sup>360</sup> Aunque ha sido esta una cuestión controvertida, hoy en día es pacífico afirmar en Italia que la naturaleza «*scorretta*» de la práctica comercial hace surgir para cada uno de los perjudicados, el derecho



pre y cuando se pruebe la naturaleza desleal de la práctica comercial, los perjuicios sufridos y sobre todo la existencia de un nexo de causalidad entre el perjuicio y la práctica comercial desleal, siendo este último, el elemento de prueba más difícil<sup>361</sup>.

Para acreditar la naturaleza «*scorretta*» de la práctica comercial, como presupuesto para conseguir la indemnización de daños y perjuicios, en Italia el consumidor puede servirse de la decisión que hubiese efectuado la AGCM en el ámbito del procedimiento del art. 27 *Codice del Consumo*, si bien esta resolución de la AGCM puede solo proporcionar indicaciones útiles para forjar la decisión del juez sobre la indemnización, pero en ningún modo le vincula, pues este puede apartarse en su resolución de la decisión que hubiese adoptado al respecto la AGCM. Sin embargo, el citado supuesto no será el más habitual. En efecto, por un principio de economía procesal, el juez civil para determinar la ilicitud de la práctica comercial desleal y la pretensión resarcitoria de las partes, en caso de que considere que la misma ha sido lesiva para sus intereses, puede utilizar cualquiera de las conclusiones a las que ha llegado la AGCM en la instrucción del procedimiento, de la cual podrá obtener los elementos presuntivos relevantes, después de evaluar su exactitud, gravedad y consistencia. Además, es lógico que el juez no se aparte de la decisión que ha tomado la AGCM porque no habría ningún daño que resarcir si se declarase en un procedimiento administrativo que no ha habido una práctica comercial anticompetitiva.

Sin embargo, la instrucción en un procedimiento y en otro difiere notablemente y es factible que puedan producirse resultados contradictorios. Por ejemplo, en el procedimiento administrativo no se escucha a testimonios que pueden arrojar un resultado distinto a la investigación. Por eso, es por lo que consideramos que se ha optado en el sistema italiano por no vincular la resolución de la AGCM a la resolución resarcitoria que hubiese que adoptar el juez civil.

Por lo que respecta a la cuantificación del daño económico sufrido por el consumidor mediante la práctica desleal llevada a cabo por el empresario, a la AGCM ni tampoco al juez contencioso-administrativo, se les otorgó poder

---

del resarcimiento de los daños patrimoniales que le ha derivado la práctica (art. 2043 CC). Así, DE CRISTOFARO, G., «Art. 20. Divieto delle pratiche commerciali scorrette», *op. cit.*, p. 143 y ALPA, G., *Introduzione al diritto dei consumatori*, Ed. Laterza, Bari, 2006, p. 77.

<sup>361</sup> En relación con la prueba del elemento subjetivo del ilícito, según un sector doctrinal, debe considerarse aplicable la presunción relativa a la culpa contemplada en el art. 2600.3 del *Codice Civile*, concerniente a la acción resarcitoria del empresario víctima de un acto de competencia desleal. Para este sector doctrinal, incluso si no se considerara aplicable esta interpretación al régimen de *le pratiche commerciali scorrette*, debería reconocerse la subsistencia de la culpa *in re ipsa*, una vez aceptada la naturaleza *scorreta* de la práctica. En este sentido, DE CRISTOFARO, G., «Art. 20. Divieto delle pratiche commerciali scorrette», *op. cit.*, pp. 143 y 144.

al respecto. La razón, estriba en que, si bien las ventajas que ofrecía la tutela administrativa para la represión de las prácticas agresivas eran múltiples, también se debía valorar que esta opción podía frustrar el éxito del modelo que el legislador italiano había configurado para la represión de *le pratiche commerciali scorrette*. De esta manera, el consumidor no se veía incentivado a denunciar una práctica desleal ante la AGCM si esta no podía ordenar el resarcimiento del daño económico que había sufrido. Por eso, se contempla la posibilidad de que se inicie un procedimiento civil para el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos, si bien, ambos procedimientos para determinar la deslealtad de la práctica se conciben de forma autónoma<sup>362</sup>.

El derecho al resarcimiento por los daños y perjuicios causados a los consumidores resultado de una práctica comercial desleal puede ejercerse no solo en los procedimientos individuales ante los tribunales, sino también mediante la acción colectiva regulada por el art. 140 bis del *Codice del Consumo*. Mediante esta vía se confirma en Italia la tutela colectiva para reclamar los daños masivos derivados del ilícito anticompetitivo.

## 5. La posible recepción del modelo italiano de competencia desleal en el ordenamiento español: Reflexión final

Del análisis del régimen italiano de represión de las prácticas desleales con consumidores, se advierte una especial atención por parte de su Autoridad de Competencia por reprimir las prácticas desleales, en especial, las prácticas agresivas, que pueden derivar graves perjuicios para la confianza de los usuarios en los prestadores del servicio y, en última instancia, dañar el buen funcionamiento del mercado. Su actuación se ha centrado fundamentalmente en las prácticas agresivas en el sector del transporte, de telecomunicaciones y financiero. Sus resultados, han sido más que positivos, porque mientras que algunas de estas prácticas generalizadas también en España, no han tenido reflejo jurisprudencial hasta la fecha, el sistema italiano de competencia desleal cuenta, a pesar de la juventud de la disciplina, con una extensa casuística de supuestos de prácticas agresivas de los profesionales que se han sancionado al amparo del régimen incorporado en Italia en su Código de Consumo como consecuencia de la transposición de la Directiva 2005/29/CE de prácticas comerciales desleales.

---

<sup>362</sup> Además, ambos procedimientos no se encuentran recíprocamente en un plano de prejudicialidad el uno respecto al otro. Señala la doctrina italiana que el procedimiento ordinario no puede ser suspendido a la espera de la resolución de la AGCM. Así, GAGLIARDI, A., *Pratiche commerciali scorrette*, op. cit., p. 2

En efecto, la Autoridad de Competencia Italiana —a quien se encomienda la tutela de los mercados y del consumidor— ha logrado grandes resultados en los últimos tiempos, aunque hasta el momento se le ha prestado poca atención. De ahí la especial incidencia de este trabajo en estudiar este modelo, a fin de hacer un balance de los resultados obtenidos hasta la fecha e intentar exportar su sistema al ordenamiento español.

Sin embargo, el sistema italiano que se ha descrito, no es completamente extrapolable al modelo español, por varias razones.

En primer lugar, porque la opción legislativa seguida en España para dar cumplimiento a la Directiva de prácticas comerciales desleales no se centró, acertadamente, en modificar la normativa de consumo, como sucede en el supuesto italiano. Las razones están basadas principalmente en cuestiones de competencia legislativa entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En el modelo español, hay que recordar que las comunidades autónomas también tienen competencias en materia de consumo. Por eso, la opción legislativa de reservar la transposición de la Directiva de prácticas comerciales desleales a la Ley de Competencia Desleal garantizaba la competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.6 CE), por ser esta legislación mercantil. Además, esta ley era el cauce natural para introducir el régimen de prácticas engañosas y agresivas de la Directiva de prácticas comerciales desleales que tenía una estructura presidida también por una cláusula general de deslealtad y una enumeración de supuestos particularmente desleales.

En segundo lugar, porque en España no existe, como el ejemplo italiano, una sola Autoridad de Competencia, sino que también las Comunidades Autónomas, que así lo han dispuesto, tienen órganos de defensa de la competencia autonómicos<sup>363</sup>.

---

<sup>363</sup> La descentralización de la aplicación administrativa de la defensa de la competencia en España, comenzó con la STC 208/1999, de 11 de noviembre, de 1999 (RTC 1999\208) [Ponente: Tomás S. Vives Antón] resultado del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno Vasco y la Generalitat de Cataluña, que reconoce a las comunidades autónomas competencias de ejecución en materia de defensa de la competencia, a excepción de que el Estado conserva la competencia exclusiva en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica. En cumplimiento de aquello dispuesto en la mencionada sentencia, se promulgó la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las comunidades autónomas en materia de defensa de la competencia. El art. 1 de la citada Ley, establece que corresponderá al Estado el ejercicio de las competencias reconocidas en Ley 16/1989 de defensa de la competencia, cuando las conductas colusorias o de abuso de posición de dominio alteren o puedan falsear la libre competencia por actos desleales de un ámbito supra autonómico o en el conjunto del mercado nacional, aunque el ejercicio de estas competencias deba realizarse en el territorio de cualquiera de las CCAA y se reserva a las CCAA con competencia en la materia, el ejercicio en su territorio de las competencias en relación con las conductas prohibidas—actuales arts. 1, 2 y 3 de la LDC—, cuando estas conductas sin afectar un ámbito superior al de una comunidad autónoma o al conjunto del mercado nacional, alteren o puedan hacer alterar la libre competencia en el ámbito de la respectiva comunidad autónoma (art. 1.3). Con la potestad que la Ley otorgaba a las CCAA para la crea-

Salvando todos estos condicionantes y después de constatarse el fracaso español de la represión de las prácticas desleales, que se ha centrado en mecanismos de tutela privados, en esta obra se defiende la perspectiva pública del Derecho de la competencia para abordar las prácticas comerciales desleales que afectan al interés público. Para la consecución del citado objetivo, en España existirían dos posibles vías:

- 1) Reactivar el art. 3 LDC para la represión de las prácticas desleales cualificadas, o bien,
- 2) Impulsar una reforma legislativa con el objeto de unificar la tutela de la competencia y la protección del consumidor en la Autoridad Española de Competencia.

En cuanto a la primera opción, ya nos hemos pronunciado en varias ocasiones a lo largo de este trabajo. En contra del escepticismo mostrado por la mayoría de la doctrina sobre la continuidad del art. 3 de la LDC y la apuesta poco segura del precepto por parte de nuestras autoridades de competencia, a la vista de los escasos pronunciamientos que existen por esta causa, se defiende la aplicación del art. 3 LDC en los supuestos de prácticas agresivas desleales de entidad suficiente como para provocar una grave perturbación en los mecanismos que regulan el correcto funcionamiento del mercado.

La otra alternativa apuntada, es decir, la de unificar la tutela de la competencia y la protección del consumidor frente a las prácticas agresivas de las empresas en un organismo público especializado, implicaría copiar el modelo seguido en los países del *Common Law*. Como es sabido, esta también ha sido la opción del sistema italiano en la que nos hemos detenido en este trabajo, porque también ha logrado grandes resultados en los últimos tiempos, aunque hasta el momento, la doctrina le haya prestado menos atención.

---

ción de sus propios órganos de defensa de la competencia, algunas procedieron a la creación de tribunales autonómicos de defensa de la competencia, con diferente articulación y organización jurídica, y con actividades y rendimiento desiguales en la práctica. Estas autoridades autonómicas, se les conoce con el nombre de «Autoridad», este fue el caso de Cataluña por el que se crea la *Autoritat Catalana de la Competència* (Art. 1 de la Ley 1/2009, del 12 de febrero), o «Comisión», por ejemplo, en el caso la Comunitat Valenciana que el Decreto 50/2012, de 23 de marzo, del Consell, crea la Comisión de defensa de la competencia de la Comunitat Valenciana y aprueba su reglamento. Sobre esta cuestión, BRENES CORTÉS, J., «Delimitación competencial entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de defensa de la competencia», en FONT GALÁN, J. I., y PINO ABAD, M. (Coords.), *Estudios de Derecho de la competencia*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 287-302.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALLENDESALAZAR, R., «Posibles reacciones frente a eventuales restricciones de la competencia», en MARTÍNEZ LAGE, S., y PETITBÒ JUAN, A. (Dir.), *Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia*, Ed. Marcial Pons, 2008, Madrid, pp. 29-35.
- ALMAGRO NOSETE, J., «Comentarios Art. 1267», en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., (Coord.), *Comentario del Código Civil*, Libro IV, Ed. Bosch, Barcelona, 2006, p. 650.
- ALPA, G., *Introduzione al diritto dei consumatori*, Ed. Laterza, Bari, 2006.
- ARPIO SANTACRUZ, J., «Artículo 19. Prácticas comerciales desleales con los consumidores», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia desleal*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 541-542.
- ARROYO APARICIO, A., «Artículo 8. Prácticas agresivas», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia desleal*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 202.
- «Prácticas comerciales desleales y Derecho de la Competencia: «Prácticas agresivas» (delimitación y análisis de casos)», *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, n.º 21, julio-diciembre 2017.
- ASCARELLI, T., *Teoria de la concorrenza e dei beni immateriali. Lezioni di Diritto Industriale*, Ed. Giuffrè, Milano, 1956.
- BACHARRACH DE VALERA, S., «Acciones derivadas de la competencia desleal», en BERCOVITZ, A., (Coord.), *La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, BOE-Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992.
- BADENAS CARPIO, J. M., y BOLDÓ RODA, C., *Régimen jurídico de la llamada «venta directa»*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- BARONA VILAR, S., *Competencia desleal, tutela jurisdiccional-especialmente proceso civil- y extrajudicial*, t. 1, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

- BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de Derecho Industrial. Propiedad industrial, Propiedad intelectual, Derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal*, Ed. Aranzadi, (3.<sup>a</sup> ed.), Cizur Menor (Navarra), 2009.
- BELLIDO PENADÉS, R., *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*, Ed. Comares, Granada, 1998.
- BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., «Artículo 35. Prescripción», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Thomsom Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 981.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «La formación del Derecho de la Competencia», *ADI*, n.º 2, 1975, p. 68 y 69.
- «Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal», en BERCOVITZ, A. (Coord.), *La regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, Ed. Boletín Oficial del Estado/Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, pp. 24 y 25.
- «Nociones introductorias», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Thomsom Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 40-59.
- BERTANI, M., *Pratiche commerciali scorrette e consumatore medio*, Ed. Giuffré, Milano, 2016.
- BOLDÓ RODA, C., «Nulidad de los contratos de swap», en MIRANDA SERRANO, L. M., (Dir.) PINO ABAD, M. y PAGADOR LÓPEZ, J., (Coord.), *La protección de los consumidores en tiempos de cambio*, Ed. Iustel, Madrid, 2015, pp. 291-301.
- BORRÁS CEBRIÁN, P., «Artículo 21. Prescripción de acciones», en MARTÍNEZ SANZ, F. (Dir.), *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Tecnos, Madrid, 2009, p. 348.
- BOTANA AGRA, M., «Disciplina de la competencia desleal y regulación de determinadas prácticas comerciales en España», *ADI*, n.º 9, 1983, pp. 487 y 488.
- BOTANA GARCÍA, G., «Noción de consumidor», en BOTANA GARCÍA, G., y RUIZ MUÑOZ, M., (Coords.), *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Ed. McGrawHill, Madrid, 1999, p. 36.
- BRENES CORTÉS, J., «Delimitación competencial entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de defensa de la competencia», en FONT GALÁN, J. I., y PINO ABAD, M. (Coords.), *Estudios de Derecho de la competencia*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 287-302.
- BRODI, E., «Dal dovere di far conoscere al dovere di far “comprendere”: l’evoluzione del principio di trasparenza nei rapporti tra impresa e consumatori», *Banca Borsa Titoli di Credito*, n.º 2, 2011, p. 248.
- CACHAFEIRO GARCÍA, F., «Terminación convencional de los expedientes sancionadores por la infracción del Derecho de la competencia», en ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. (Coord.), *La lucha contra las restricciones de la competencia. Sanciones y remedios en el ordenamiento español*, Ed. Comares, Granada, 2017, pp. 213-215.

- CARBAJO GASCÓN, F., «Art. 31. Otras prácticas agresivas», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Thomsom Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 837-843.
- CARONNA, F., «Tackling Aggressive Commercial Practices: Court of Justice Case Law on the Unfair Commercial Practices Directive 10 Years on», *European Law Review*, n.º 16, 2018, p. 887.
- CARRASCO PERERA, Á., «Un mapa de situación: directivas de cláusulas abusivas, de prácticas desleales y de «derechos» de los consumidores», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 1, 2012, p. 87.
- CASADO NAVARRO, A., «El controvertido asunto de la función normativa del falseamiento de la competencia por actos desleales (Art. 3 LDC)», *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, n.º 22, enero-junio 2018.
- CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, A., «La Ley española contra la competencia desleal», en BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de Derecho Industrial. Propiedad industrial, Propiedad intelectual, Derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal*, Ed. Aranzadi, (3.ª Ed.), Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 420-422.
- «Artículo 32. Acciones», en LEMA DEVESA, C. (Dir.), PATIÑO ALVES, B. (Coord.), *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores: Régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29/2009*, Ed. Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2012, p. 503.
- CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, «Últimas tendencias en la aplicación del art. 3 de la LDC: especial consideración al requisito de afectación al interés público», *Anuario de la Competencia*, n.º 1, 2014, pp. 201-220.
- CHAMORRO DOMÍNGUEZ, M.ª C., «La cláusula general prohibitiva del ilícito desleal», en VIERA GONZÁLEZ, A. J., y ECHEVARRÍA SÁENZ, J. A., *Distribución comercial y derecho de la competencia*, Ed. La Ley, Madrid, 2011, p. 520.
- CHANTEPIE, G., «La détermination de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives des pratiques commerciales déloyales», en TERRY, E., y VOINOT, D., *Droit européen des pratiques commerciales déloyales. Evolution et perspectives*, Ed. Larcier, Belgium, 2012, p. 91.
- CIATTI, A., «La tutela amministrativa e giurisdizionale», en DE CRISTOFARO, G., *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, Ed. G. Giappicelli, Torino, 2007, p. 279.
- «Art. 27», en DE CRISTOFARO, G y ZACCARIA, A. (Dirs.), *Commentario breve al Diritto dei consumatori*, Ed. Cedam, Milán, 2010, p. 212.
- COSTAS COMESAÑA, J., «Los actos desleales que afectan al interés público», en RUIZ PERIS, J. I. (Dir.), *La nueva Ley de Defensa de la Competencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 80.
- «La imposición de multas por conductas anticompetitivas en España», en ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. (Coord.), *La lucha contra las restricciones de la*

- competencia. Sanciones y remedios en el ordenamiento español*, Ed. Comares, Granada, 2017, pp. 12-14.
- DE CRISTOFARO, G., «Art. 20. Divieto delle pratiche commerciali scorrette», en DE CRISTOFARO, G., y ZACCARIA, A., (Dir.) *Comentario breve al Diritto dei Consumatori*, Ed. Cedam, Milán, 2010, pp. 141-144.
- «Infringement on the Prohibition of Unfair Commercial Practices and Tort Law», en SCHULZE, R. (Ed.) *Compensation of Private Losses. The evolution of Torts in European Business Law*, Ed. Sellier european law publishers, Munich, 2011, pp. 116-119.
- DE FRANCESCHI, A., «Art. 24. Pratiche commerciali aggressive», en DE CRISTOFARO, G., y ZACCARIA A., *Comentario breve al Diritto dei Consumatori*, Ed. Cedam, Milan, 2010, p. 195.
- DEL OLMO GARCÍA, P., *La amenaza de incumplir un contrato como vicio del consentimiento*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- DI NELLA, L., «Le pratiche commerciali sleali aggressive», en DE CRISTOFARO, G., *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, Ed. G. Giappicelli, Torino, 2007, pp. 239-250.
- DI SALVO, D., «La tutela del consumatore nell'ordinamento italiano tra strumenti privatistici e pubblicistici», *Giurisprudenza Di merito*, n.º 12, 2013, p. 27/43 (versión electrónica).
- DÍAZ VELASCO, M., «Notas para el estudio de la competencia ilícita», *RDM*, n.º 6, 1946.
- DÍEZ BAJO, Á., «Artículo 8. Prácticas agresivas», en LEMA DEVESA, C. (Dir.), PATIÑO ALVES, B. (Coord.), *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores: Régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29/2009*, Ed. Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2012, pp. 206-224.
- DÍEZ ESTELLA, F., «Los nuevos actos de competencia desleal contra los consumidores en la Ley 29/09 de 30 de diciembre, especial referencia a las prácticas agresivas», en VIERA GONZÁLEZ, A. J., y ECHEVARRÍA SÁENZ, J. A. (Dir.), *Distribución comercial y derecho de la competencia*, Ed. La Ley, 2011, pp. 545-549.
- «Terminación convencional en el Derecho de la competencia, ¿Una solución adecuada a un procedimiento sancionador?», *Icade: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n.º 95, 2015, p. 15
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. I, Ed. Tecnos, Madrid, 6.ª ed., 2007.
- DIVENVOORDE, B. B., *The consumer Benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive*, Ed. Springer, 2015.
- EMBID IRUJO, J. M., «La competencia desleal en el Derecho español», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n.º 24, 1997, p. 151.
- EMPARANZA SOBEJANO, A., «Las propuestas telefónicas o por correo electrónico no deseadas: un supuesto de práctica agresiva por acoso», *ADI*, n.º 31, (2010-2011), pp. 159-172.



- «El régimen jurídico de las prácticas comerciales con los consumidores y usuarios», *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, n.º 7, 2010, p. 12/18 (versión electrónica).
- ESPOSITO, F. M., «The ICA's intervention against "inertia selling" in the electricity and natural gas retail supply», *Italian Antitrust Review*, n.º 1, 2016.
- FERNÁNDEZ BENAVIDES, M., «Empresas de cobro de morosos al límite de la legalidad», *Centro de estudios de consumo*, n.º 4, 2012.
- FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., «Aggressive Commercial Practices in the Case Law of EU Member States», *Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 5, 6/2016, p. 257.
- FERNÁNDEZ-NÓVOA RODRÍGUEZ, C., «La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias», *RDM*, n.º 107, 1968.
- «La Directiva comunitaria sobre prácticas comerciales desleales», *Diario La Ley*, n.º 6408, 2006, p. 2.
- FERRANDO VILLALBA, M. L., «Swap: vicio del consentimiento y anulación del contrato», *La Ley*, n.º 7523, 2010.
- FONT GALÁN, J. I., «Competencia desleal y prácticas prohibidas en el marco de la Ley de prácticas restrictivas de la competencia (una interpretación del apartado d) del artículo 3.º LPRC)», *RDM*, n.º 146, 1977, pp. 519-520.
- FRANCESCHELLI, R., *Trattato di diritto industriale: parte general*, vol.1, Ed. Giuffrè, Milano, 1960.
- FRIANT-PERROT, M., «The Vulnerable Consumer in the UCPD and Other Provisions of EU Law», en VAN BOOM, W., GARDE, A. y AKSELI, O., *The European Un-fair Commercial Practices Directive. Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems*, Ed., Ashgate, Surrey, 2014, pp. 101-103.
- GAGLIARDI, A., *Pratiche commerciali scorrette*, Ed. Utet Giuridica, Torino, 2009.
- GAMBINO, A. M., «Il recupero del credito come pratica commerciale post-vendita. A proposito di AGCM. Prov. 25586/2015», *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n.º 2, 2016, p. 233.
- GARCÍA-CRUCES, J. A., «Finalidad y ámbito de aplicación de la Ley de competencia desleal», en GARCÍA-CRUCES, J. A., *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, Ed. Tirant lo Blanch, t. II, Valencia, 2014, pp. 1097-1109.
- GARCÍA PÉREZ, R., «Propuesta de Directiva sobre las prácticas comerciales desleales. Consideraciones críticas», *ADI*, n.º 24, 2003, p. 1.223.
- «Tiempo de cambios para el derecho contra la competencia desleal: la directiva sobre prácticas comerciales desleales», *ADI*, n.º 26, 2005-2006, p. 476.
- «Las disposiciones generales y la cláusula general de la Ley de Competencia Desleal a la luz de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, n.º 242, 2006, p. 69.
- «El ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Competencia Desleal», *Derecho de los negocios*, n.º 200, 2007, p. 7.
- *Ley de Competencia Desleal*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

- «La diligencia profesional: un concepto clave del nuevo derecho de la competencia desleal», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 14, 2010, p. 25.
- GARCÍA VICENTE, J. R., «Artículo 1265», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 9.094-9.118.
- «Artículo 1270», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 9.134.
- GENOVESE, A., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, Ed. Cedam, Verona, 2008.
- «Il contrasto delle pratiche commerciali scorrette nel settore bancario. Gli interventi dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato», en MELI, V., y MARANO, P., *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, Ed. G. Giappichelli, Torino, 2011, pp. 41 y 42.
- GHIDINI, G., «Reflexiones sobre la disciplina italiana de la competencia desleal a la luz de los principios pro-competitivos de la Constitución económica», *RDM*, n.º 245, 2002.
- GIMENO OLCINA, L., «Algunos problemas en la Ley de Competencia Desleal», *La Ley*, n.º 2, 1993.
- GIRÓN TENA, J., *Estudios de Derecho Mercantil*, Ed. Editorial de Derecho reunidas, Madrid, 1955.
- GÓMEZ SEGADE, J. A., *El secreto industrial (Know-how). Concepto y protección*, Ed. Tecnos, Madrid, 1974.
- «La nueva cláusula general en la LCD», en GÓMEZ SEGADE, J. A., y GARCÍA VIDAL, A. (Coords.), *El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XII, Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa en su octogésimo cumpleaños*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 337-338.
- GONZÁLEZ CASTILLA, F., «La represión de las prácticas comerciales desleales en la cadena agroalimentaria europea», en GONZÁLEZ CASTILLA, F., y RUIZ PERIS, J. I., (Dir.), *Estudios sobre el régimen jurídico de la cadena de distribución agroalimentaria*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 183-198.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Responsabilidad penal sobre OPS de acciones en el mercado bancario: el caso BFA-BANKIA», en MARIMÓN DURÁ, R. (Dir.), *La oferta pública de suscripción de acciones desde la perspectiva judicial. Análisis de la OPS de Bankia de 2011*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 21-41.
- GONZÁLEZ JIMÉNEZ, P. M., «Aproximación a los requisitos constitutivos del ilícito de falseamiento de la libre competencia por actos desleales según recientes pronunciamientos de las Autoridades Antitrust», en TATO PLAZA, A., COSTAS COMESAÑA, J., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. I., et al. (Dir.), *Nuevas tendencias*

- en el Derecho de la competencia y de la propiedad industrial*, Ed. Comares, Granada, 2017, p. 58.
- GONZÁLEZ PONS, E., «El nuevo régimen de la venta a pérdida en España: el final de la adaptación pendiente de la ley de ordenación del comercio minorista a la directiva de prácticas comerciales desleales», *RDPat*, n.º 48, 2019.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, L., «La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 17, 2004, pp. 47-81.
- GRAUSO, M. P., *La concorrenza sleale. Profili di tutela giurisdizionale e presso le Autorità*, Ed. Giuffrè, Milano, 2007.
- GUALDE CAPÓ, P., y BORRÁS CEBRIÁN, P., «Artículo 18. Acciones», en MARTÍNEZ SANZ, F. (Dir.), *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Tecnos, Madrid, 2009, p. 305.
- GUERINONI, E., *Le pratiche commerciali scorrette. Fatispecie e rimedi*, Ed., Giuffrè, Milano, 2010.
- GUIZZI, G., «Il divieto delle pratiche commerciali scorrette tra tutela del consumatore, tutela del concorrente e tutela del mercato: nove prospettive (con qualche inquietudine) nella disciplina della concorrenza sleale», en GAMBINO, A. M. (Dir.), *Rimedi e tecniche di protezione del consumatore*, G. Giappichelli editore, Torino, 2011, p. 308.
- HAUSER, J., «Une théorie générale de la protection du sujet vulnérable», *Gérontologie et société*, n.º 115, 2005, pp. 101-115.
- HENNING-BODEWING, F., *Unfair Competition Law: European Union and Member States*, Ed. Kluwer Law International, La Haya, 2006.
- HERRERA PETRUS, C., «Algunas reflexiones sobre diligencias preliminares y litigación en materia de competencia desleal», en TATO PLAZA, A., COSTAS COMESAÑA, J., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. I., et al. (Dirs.), *Nuevas tendencias en el Derecho de la competencia y de la propiedad industrial*, Ed. Comares, Granada, 2017, pp. 175-187.
- HOWELLS, G., «Unfair Commercial Practices Directive-A Missed Opportunity?» en WEATHERILL, S., y BERNITZ, U., *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques*, Ed. Hart Publishing, Portland, 2007, p. 103.
- JUNG, P., «UCP-Directive and Swiss Law against Unfair Competition», *Journal of European Consumer and Market Law* n.º 2, 2016, p. 104.
- KLÖHN, L., *Private versus public enforcement of laws- a Law & Economics perspective*, 2010, disponible en: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1730308>.
- KÖHLER, H., «Congratulations, you have won! New standards apply to announcements of wins: A discussion of Purely Creative and others», *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, n.º 5, vol. 8, 2013, p. 401.
- LANDINI, S., «Pratiche commerciali scorrette e clausole abusive nell'assicurazione danni», en MELI, V., y MARANO, P., *La tutela del consumatore contro le pratiche*

- commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, Ed. G. Giapichelli, Torino, 2011, p. 170.
- *Travel and Tourism Contracts. Design of Sustainable Tourism Systems*, Ed. Antezza, Roma, 2013.
- LANDO, O., y BEALE, H., *Principios de Derecho contractual europeo, Partes I y II*, edición española a cargo de: BARRES BENLLOCH, P., EMBID IRUJO, J. M., y MARTÍNEZ SANZ, F., Ed. Consejo General del Notariado, Madrid, 2003, p. 380.
- LEIÑENA MENDIZABAL, E., e IRACULIS ARREGUI, N., «La reforma del Derecho Español en materia de competencia desleal, protección de los consumidores y comercio minorista por la Ley 29/2009», *Aranzadi (civil). Revista doctrinal*, Ed. Aranzadi, n.º 6, 2010, p. 3/31.
- LEMA DEVESA, C., «Posibilidades y remedios para reprimir la competencia desleal», *Derecho de los Negocios*, n.º 6, 1991, p. 205.
- LIBERTINI, M., «Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette», *Contratto e impresa*, v. 25, n.º 1, 2009, p. 73.
- LICHTNECKER, F., «Specific types of internet advertising and recent German case law», *Journal of Intellectual Property Law & Practices*, v. 9, n.º 10, 2014, pp. 862.
- LOIS CABALLÉ, A., «Las prácticas agresivas con los consumidores», en RUIZ PERIS, J. I. (Dir.), *La reforma de la Ley de Competencia desleal (Estudios sobre la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para mejora de la protección de los consumidores y usuarios)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 160.
- LUNAS DÍAZ, M. J., «Art. 28. Prácticas agresivas por coacción», en LEMA DEVESA, C. (Dir.), PATIÑO ALVES, B. (Coord.), *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores: Régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29/2009*, Ed. Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2012, pp. 436-537.
- MAMBRILLA RIVERA, V., «Los diversos intentos de transposición de la Directiva 2005/29/CE al Derecho interno español: incidencia de la reforma en los presupuestos generales y en la cláusula general prohibitiva del ilícito desleal», en VIERA GONZÁLEZ, A. J., y ECHEVARRÍA SÁENZ, J. A., *Distribución comercial y derecho de la competencia*, Ed. La Ley, Madrid, 2011, pp. 463-469.
- «Comunicaciones electrónicas y prácticas comerciales desleales», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n.º 15, 2014.
- MARCHETTI, P., y UMBERTAZZI, L. C., *Commentario breve al diritto della concorrenza: marchi, brevetti, diritto d'autore, concorrenza sleale, pubblicità, consumatori, antitrust*, Ed. Cedam, Padova, 2004.
- MÁRQUEZ LOBILLO, P., «Falseamiento de la libre competencia por actos desleales», en FONT GALÁN, J. I. y PINO ABAD, M., (Coord.), *Estudios de Derecho de la Competencia*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 221.
- MARIMÓN DURÁ, R., «La OPS como acto de competencia desleal. Fundamentación de una acción colectiva», en MARIMÓN DURÁ, R. (Dir.), *La oferta pública de suscrip-*

- ción de acciones desde la perspectiva judicial. Análisis de la OPS de Bankia de 2011*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 67-104.
- MARÍN LÓPEZ, M. J., «El “nuevo” concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 9, 2014.
- MAROUTTI, *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Ed. G. Giappichelli, Torino, 1999.
- MARTÍ MOYA, V., «Consecuencias del principio de armonización plena de la Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales, a la luz de la reciente jurisprudencia del TJUE», *RDM*, n.º 283, 2012.
- «La represión pública de la competencia desleal: una perspectiva de futuro para la aplicación del art. 3 de la ley de defensa de la competencia», *RDM*, n.º 291, 2014, pp. 495-500.
- «El modelo anglosajón y el public enforcement», en MIRANDA SERRANO, L. M. (Dir.), PAGADOR LÓPEZ, J., PINO ABAD, M., (Coords.), *La protección de los consumidores en tiempos de cambio. Ponencias y comunicaciones del XIII Congreso de la Asociación Sainz de Andino*, Ed. Iustel, Madrid, 2015, pp. 131-136.
- «El Mercado único digital y las restricciones a la competencia en el comercio online de bienes», *ADI*, n.º 37, 2016/2017, pp. 55-82.
- «El piecemeal approach de la tutela pública del consumidor contra prácticas desleales en España frente al modelo italiano», en OLAVARRÍA IGLESIA, J., (Dir.) y MARTÍ MIRAVALLS, J. (Coord.), *Estudios in memoriam de Don Manuel Broseta Pont*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 205-218.
- MARTÍ MOYA, V., y CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C. M., «Déficit de justicia cautelar en Derecho español y europeo de la competencia», *Anuario de Derecho de la Competencia*, n.º 1, 2015, pp. 395-420.
- MARTÍN VALDIVIA, S. M., «El Derecho administrativo sancionador en materia de consumo: De sarcasmos y aporías», en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), y SUÁREZ LÓPEZ, J. M., (Coord.), *Derecho y Consumo. Aspectos penales, civiles y administrativos*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013, pp. 645-648.
- MARTORELL ZULUETA, P., «Cláusulas abusivas», en VILATA MENADAS, S. (Dir.), *Venta de bienes fuera de establecimiento mercantil. La carta de revocación*, Ed. Estudios de Derecho Judicial, Madrid, 2007, p. 151.
- «Competencia desleal: prácticas desleales con consumidores. Las técnicas comerciales (¿prácticas agresivas por acoso?) en las ventas fuera de establecimiento mercantil», en la *Jornada sobre Protección de consumidores y usuarios en el ámbito civil y mercantil desde la perspectiva de la unión europea y nacional*, celebradas en la Escuela Judicial de Madrid, del 29 al 31 de enero de 2018.
- MASSAGUER, J., *Comentario a la Ley de Competencia desleal*, Ed. Civitas, Madrid, 1999.
- *El nuevo Derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006.

- «Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal», *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez*, n.º 27, 2010, p. 23.
- «Prácticas comerciales agresivas», en COSTAS COMESAÑA, J., FERÁNDEZ LÓPEZ, J. M., MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., (et al.), *Publicidad, Defensa de la Competencia y Protección de Datos*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 77-86.
- MASSAGUER, J., MARCOS, F., SUÑOL, A., «La transposición al Derecho español de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales. Informe del grupo de trabajo constituido en el seno de la Asociación española de Defensa de la Competencia», *Social Science Research Network*, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1734715>.
- MELI, V., «Diligenza professionale, consumatore medio e regola di de minimis nella prassi dell'AGCM nella giurisprudenza amministrativa», en MELI, V. y MARANO, P., (Dir.) *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, Ed. G. Giappichelli, Torino, 2010.
- MÉNENDEZ MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal*, Ed. Civitas, Madrid, 1988.
- MIRANDA SERRANO, L. M., «La contratación fuera de los establecimientos mercantiles: TRDCU y Directiva 2011/83/UE», en MIRANDA SERRANO, L. M., y PAGADOR LÓPEZ, J., (Coords.), *Derecho (privado) de los consumidores*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 183-214.
- «La protección del consumidor como ariete de la reforma del viejo Derecho privado, en especial, en la fase previa a la contratación de bienes y servicios, en MIRANDA SERRANO, L. M., (Dir.) PINO ABAD, M. y PAGADOR LÓPEZ, J., (Coord.) *La protección de los consumidores en tiempos de cambio*, Ed. Iustel, Madrid, 2015, pp. 51-58.
- «Retos y tendencias en materia de disposiciones generales sobre obligaciones y contratos mercantiles. Aportaciones del Derecho Mercantil a una regulación unitaria de la teoría general del Derecho de obligaciones y contratos (I)», en MIRANDA SERRANO, L. M., y PAGADOR LÓPEZ, J., (Dir.), SERRANO CAÑAS, J. M., y CASADO NAVARRO, A., (Coords.) *Retos y Tendencias del Derecho de la contratación mercantil*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 41-90.
- MIRANDA SERRANO, L. M., y PAGADOR LÓPEZ, J., «La necesidad de establecer conexiones entre el Derecho de la competencia desleal y el Derecho de los contratos», *Diario La Ley*, 22 enero de 2015.
- MONGE GIL, Á. L., «Art. 28. Prácticas agresivas por coacción», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 783-784.
- MONTANÁ MORA, M., «Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Artículo 3. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales», en ODRIOZOLA, M., y IRRISARI, B., (Coords.) *Derecho Español de la Competencia*, t. I, Ed. Bosch, Madrid, 2008, p. 285.

- MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, P., «La deslealtad de las prácticas comerciales agresivas entre competidores», *ADI*, n.º 32 (2011-2012) p. 177.
- MORALES MORENO, A. M., «Los vicios de la voluntad», en ESPIAU ESPIAU, S. y VAQUER ALOY, A. (Eds.), *Bases de un derecho contractual europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 168.
- «Permuta financiera de intereses (SWAP), deberes de información, error e indemnización. Reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 21-11-2012», *RDM*, n.º 289, 2013, pp. 428-440.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, M., «El menor consumidor y su protección ante la publicidad televisiva», en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), y SUÁREZ LÓPEZ, J. M., (Coord.), *Derecho y Consumo. Aspectos penales, civiles y administrativos*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013, pp. 721-725.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, (21.ª ed.), 2017.
- MOURA DOS SANTOS, T., «A tutela do consumidor entre os contratos de adesão e as práticas comerciais desleais», *Revista Electrónica de Direito*, n.º 1, 2016, p. 14.
- O'CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho civil. Tomo II. Obligaciones y contratos*, Ed. Edersa, Madrid, 2001.
- ORTELLS RAMOS, M. y BELLIDO PENADÉS, R., *Las medidas cautelares en el Derecho de la Competencia: la práctica del Tribunal de Defensa de la Competencia y de los tribunales civiles*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- OSUJI, O. K., «Business-to-Consumer Harassment, Unfair Commercial Practices Directive and the UK - A Distorted Picture of Uniform Harmonization?», *Journal of Consumer Policy*, Diciembre 2011.
- OTAMENDI RODRÍGUEZ-BETHENCOURT, J. J., *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1994.
- OTERO LASTRES, J. M., «La nueva ley sobre competencia desleal», *ADI*, n.º 14, 1991-1992, p. 30.
- PALAU RAMIREZ, F., «La Proyectoada legislación alemana contra la competencia desleal y su valoración a partir de la legislación española», *Estudios sobre consumo*, n.º 67, 2003, p. 41.
- «Prácticas agresivas», en RUIZ PERIS, J. I. (Dir.), *La reforma de la Ley de Competencia desleal (Estudios sobre la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para mejora de la protección de los consumidores y usuarios)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 147-154.
- PANTALEÓN PRIETO, F., «La acción de cesación o de prohibición en la Ley de competencia desleal», en IGLESIAS PRADA, J. L. (Coord) *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 966.
- PAZ-ARES, C., «El ilícito concurrencial. De la dogmática monopolística a la política antitrust: (Un ensayo sobre el Derecho Alemán de la competencia desleal)», *RDM*, n.º 159, 1981, p. 8.

- «Constitución económica y competencia desleal (Reflexiones sobre la experiencia italiana)», *Anuario de Derecho civil*, vol. 34, n.º 4, 1981, p. 929.
- POELZIG, D., «Private or Public Enforcement of the UCP Directive? Sanctions and Remedies to Prevent Unfair Commercial Practices», en VAN BOOM, W., GARDE, A. y AKSELI, O., *The European Unfair Commercial Practices Directive. Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems*, Ed. Ashgate, Surrey, 2014, pp. 236-257.
- POLETTINI, F., «Attivazioni contrattuali non richieste di utenza gas ed energia elettrica e pratiche commerciali scorrette», *Revista di Diritto Industriale*, n.º 5, 2012, p. 4/9 (version electrónica).
- QUINTANA CARLO, I., «Artículo 18. Publicidad ilícita», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 511-514.
- RECALDE CASTELLS, A., «El Derecho de consumo como Derecho privado especial», en TOMILLO URBINA, J., (Dir.) y ÁLVAREZ RUBIO, J., (Coord.), *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 551 y 552.
- RIBÓN SEISDEDOS, E., «Acción civil frente a las prácticas comerciales desleales», en RIBÓN SEISDEDOS (Coord.) *Las prácticas comerciales desleales*, Ed. CEACCU, 2010, p. 111.
- ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., *Libre competencia y competencia desleal*, Ed. La Ley, Madrid, 2001.
- RODILLA MARTÍ, C., «La more economic approach del Derecho de la competencia en los litigios sobre consorcios de patentes: el caso de los compromisos», en *La Ley Mercantil*, n.º 30, noviembre 2016.
- ROTT, P., «Effective enforcement of consumer law: the comeback of public law and criminal law», en DEVENNEY-KENNY, (Ed.), *European Consumer Protection*, Ed. Cambridge University Press, 2012, pp. 70-81.
- ROUVEURE, I., «Libro verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea», en *II Congreso Europeo de Consumo: nuevas tendencias en materia del consumidor*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2003, p. 33.
- RUIZ PERIS, J. I., «El laberinto de la cláusula general de la competencia desleal», *ADI*, n.º 30, 2009-2010, pp. 436-438.
- «Asimetría y abuso en la cadena de distribución», en MIRANDA SERRANO, L. M., y PAGADOR LÓPEZ, J., (Dir.), SERRANO CAÑAS, J. M., y CASADO NAVARRO, A., (Coords.) *Retos y Tendencias del Derecho de la contratación mercantil*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 243.
- SACCOMANI, A., «Le nozioni di consumatore e di consumatore medio nella direttiva 2005/29/CE», en MINERVINI, E., y ROSSI CARLEO, L., *Le pratiche commerciali sleali: direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, Ed. Giuffrè, Milano, 2007, p. 155.



- SCHRICKER, G., «Situación actual y evolución del Derecho de la publicidad en la República Federal de Alemania», en LEMA DEVESA, C., *Problemas actuales del Derecho de la Publicidad*, Ed. Instituto Nacional de Publicidad, Madrid, 1984, pp. 221-222.
- SOLÉ FELIU, J., «La intimidación o amenaza como vicio del consentimiento contractual: textos, principios europeos y propuestas de reforma en España», *Indret*, n.º 4, 2016, pp. 9-13/32 (versión electrónica).
- STUYCK, J., TERRY, E., y VAN DYCK, T., «Confidence through fairness? The new Directive on unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market», *Common Market Law Review*, n.º 1, v. 43, 2006, pp. 132-136.
- TATO PLAZA, A., «Una primera aproximación al régimen jurídico de las prácticas agresivas en la Directiva sobre prácticas comerciales desleales con los consumidores», *ADI*, n.º 27, (2006-2007), p. 436.
- «La reforma del Derecho español contra la competencia desleal: rasgos generales», *ADI*, n.º 30, 2009-2010, p. 468.
- «Aspectos jurídicos del spam», en COSTAS COMESAÑA, J., FERÁNDZ LÓPEZ, J. M., MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., (et al.), *Publicidad, Defensa de la Competencia y Protección de Datos*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 55-76.
- «El Derecho español contra la competencia desleal ante la codificación mercantil: estado actual y perspectivas de futuro», en MORILLAS JARILLO, M. J., PERALES VISCASILLAS, M. P., PORFIRIO CARPIO, L. J., (Dirs.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Ed. Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2015, pp. 1.133-1.134.
- TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, Ed. La Ley, Madrid, 2010.
- TOLA, M., «Pratiche commerciali scorrette e prodotti finanziari», en MELI, V., y MARANO, P. (Dirs.), *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, Ed. G. Giappichelli, Torino, 2011, p. 108.
- TORRES LANA, J. Á., «Métodos agresivos de venta y multipropiedad», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 20, 2000, p. 10/15 (versión electrónica).
- TRONCOSO y REIGADA, M., «El marco normativo de los ilícitos desleales de relevancia antitrust (reflexiones en torno al art. 7 LDC)», *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, t. I, Ed. Civitas, Madrid, 1996, pp. 1.035-1.062.
- UNZUÉ ROSSI, J., «Publicidad nativa mediante influencers», en TATO PLAZA, A., COSTAS COMESAÑA, J., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. I., et al. (Dirs.), *Nuevas tendencias en el Derecho de la competencia y de la propiedad industrial*, Ed. Comares, Granada, 2017, pp. 203-225.
- VALLS PRIETO, J., «Delimitación conceptual y legitimidad de la intervención penal», en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), y SUÁREZ LÓPEZ, J. M., (Coord.), *Derecho y Consumo. Aspectos penales, civiles y administrativos*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013, p. 53.

- VEGA VEGA, J. A., «Artículo 32. Acciones», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Thomsom Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 851-917.
- «Artículo 34. Legitimación pasiva», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Thomsom Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 933-946.
- VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, t. 2, edición del autor, Valencia, 1982.
- «Otra opinión sobre la Ley de competencia desleal», *RGD*, octubre-noviembre, 1993, pp. 9975-10017.
- VILATA MENADAS, S., «La nueva Ley de Competencia Desleal. Modificaciones en materia de legitimación y procedimiento», en RUIZ PERIS, J. I. (Dir.), *La reforma de la Ley de Competencia Desleal (Estudios sobre la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para mejora de la protección de los consumidores y usuarios)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 185 y 186.
- «Artículo 24. Diligencias Preliminares», en MARTÍNEZ SANZ, F. (Dir.), *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Tecnos, Madrid, 2009, pp. 379-382.
- VILLAGÓMEZ RODIL, A., *Competencia desleal*, 2.<sup>a</sup> ed., Ed. Comares, Granada, 2006.
- VISCONTI, G., «La disciplina delle pratiche commerciali scorrette verso i consumatori: il decreto legislativo n.º 146 del 2007 che modifica gli articoli da 18 a 27 del codice del consumo (dlgs n.º 206 del 2005)», *diritto.it.*, fecha de publicación 14 de febrero de 2008.
- WHITTAKER, S., «The Relationship of the Unfair Commercial Practices Directive to European and National Contract Laws», en WEATHERILL y BERNITZ (Eds.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29: New Rules and New Techniques*, Oxford, 2007, p. 146.
- WISH, R., y BAYLEY, D., *Competition Law*, 7.<sup>a</sup> ed., Ed. Oxford, Oxford.
- ZORZI, N., «Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta», *Contratto e Impresa*, n.º 4-5, 2011, pp. 921-954.
- ZUBIRI DE SALINAS, M., «Art. 29. Prácticas agresivas por acoso», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Thomsom Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 789.
- «Art. 30. Prácticas agresivas en relación con los menores», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Thomsom Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 812-813.

## OTROS MATERIALES Y DOCUMENTOS DE CONSULTA

- AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Relazione sull'attività svolta nel 2009*, 31 de marzo de 2010. Disponible en: [http://www.agcm.it/dotcmsDOC/relazioniannuali/relazioneannuale2009/Rel\\_10.pdf](http://www.agcm.it/dotcmsDOC/relazioniannuali/relazioneannuale2009/Rel_10.pdf)
- *Relazione sull'attività svolta nel 2012*, 31 de marzo de 2013, disponible en: [http://www.agcm.it/component/joomdoc/relazioni-annuali/relazioneannuale2012/01-Testo\\_completo-con\\_indice-rev03.pdf/download.html](http://www.agcm.it/component/joomdoc/relazioni-annuali/relazioneannuale2012/01-Testo_completo-con_indice-rev03.pdf/download.html), pp. 212 y 213.
  - *Relazione sull'attività svolta nel 2015*, 31 de marzo de 2016, disponible en: [http://www.agcm.it/component/joomdoc/relazioniannuali/relazioneannuale2015/cap3\\_2016.pdf/download.html](http://www.agcm.it/component/joomdoc/relazioniannuali/relazioneannuale2015/cap3_2016.pdf/download.html), pp. 217 y 218.
- COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión de seguimiento del Libro Verde*, 11 de junio de 2002, COM (2002) 289 final, punto 10.
- *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior*, COM (2003) 356 final, disponible en: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2003/ES/1-2003-356-ES-F1-1.Pdf>.
  - *Directiva Sobre Prácticas Comerciales Desleales. Nuevas leyes para poner fin a las conductas desleales que afectan a los consumidores*, Bélgica, 2006, disponible en: [http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/unfair-trade/unfair-practices/is-it-fair/pdf/ucp\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/unfair-trade/unfair-practices/is-it-fair/pdf/ucp_es.pdf)
  - *Libro Verde sobre recurso colectivo de los consumidores*, [Bruselas, 27 de noviembre de 2008], COM (2008) 794 final].
  - *Informe sobre la situación de la aplicación de las disposiciones sobre publicidad en la legislación sobre prácticas comerciales desleales*, julio de 2010, disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201007/20100713ATT78792/20100713ATT78792EN.pdf>, p. 15.
  - *Informe sobre la aplicación de la Directiva 2005/29/CE relativo a las prácticas comerciales desleales*, 20 de diciembre de 2013, disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0474+0+DOC+XML+V0//ES>.

## ■ PRÁCTICAS AGRESIVAS Y TUTELA DEL CONSUMIDOR

- *Understanding consumer vulnerability in the EU's key markets*, de 27 de enero de 2016, disponible en: [https://ec.europa.eu/info/publications/understanding-consumer-vulnerability-eus-key-markets\\_en](https://ec.europa.eu/info/publications/understanding-consumer-vulnerability-eus-key-markets_en).
  - *Informe de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo sobre las prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario entre empresas*, 29 de enero de 2016, COM(2016) 32 final, disponible en: [https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/ES/1-2016-32-ES-F1-1\\_PDF\\_p\\_10](https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/ES/1-2016-32-ES-F1-1_PDF_p_10).
  - *Guía para la implementación/aplicación de la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales*, 2016, disponible en: [http://ec.europa.eu/consumers/consumer\\_rights/unfair-trade/unfair-practices/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/consumer_rights/unfair-trade/unfair-practices/index_en.htm).
  - *Guidance on the implementation/application of directive 2005/29/EC on unfair commercial practices*, de 25 de mayo de 2016, disponible en: [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/guidance\\_on\\_implementation\\_of\\_directive\\_2005\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/guidance_on_implementation_of_directive_2005_en.pdf), pp. 47-158.
  - *Final Report on the E-commerce Sector Inquiry*, COM (2017) 229 final, de 10 de mayo de 2017.
  - *Consumers conditions scoreboard. Consumers at home in the Single Market*, de 25 de julio de 2017.
  - *The New Deal for Consumers What benefits will I get as a consumer?* de abril 2018, disponible en: [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/ndc\\_factsheet2\\_benefit\\_consumer-web.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/ndc_factsheet2_benefit_consumer-web.pdf)
  - *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican la Directiva 93/15/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, la Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo [COM (2018) 185 final]*.
- DEFENSOR DEL PUEBLO, *Estudio sobre la protección de los consumidores vulnerables en materia de energía eléctrica*, Madrid, 2017, disponible en: [https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2017/05/Bono\\_social-1.pdf](https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2017/05/Bono_social-1.pdf), p. 20/29.
- EUROPEAN PARLIAMENT, *State of play of the implementation of the provisions on advertising in the unfair commercial practices legislation*, junio 2010, disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201007/20100713ATT78792/20100713ATT78792EN.pdf>, pp. 16-18.
- INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSIONS, *Senior Investor Vulnerability Final Report*, marzo 2018, disponible en: <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCPD595.pdf>.
- OFFICE OF FAIR TRADING, *The OFT's Principles for online and app-based games*, de 30 de enero de 2014.

## JURISPRUDENCIA CITADA

### I. ESPAÑA

#### 1. Tribunal Constitucional

- STC 208/1999, de 11 de noviembre, de 1999 (RTC 1999\208) [Ponente: Tomás S. Vives Antón].

#### 2. Tribunal Supremo

- STS n.º 158/1996, de 7 marzo, 1996 (Civil) (RJ 1996\1882) [Ponente: Luis Martínez-Calcerrada y Gómez].
- STS n.º 593/2000, de 16 de junio, de 2000 (Civil) (Roj: STS 4966/2000) [Ponente: Pedro González Poveda].
- STS n.º 963/2000, de 18 de octubre, de 2000 (Civil) (Roj: STS 7465/2000) [Ponente: José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez].
- STS n.º 689/2002, de 9 de julio, de 2002 (Civil) (Roj: STS 5127/2002) [Ponente: José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez].
- STS n.º 802/1997, de 25 de julio, de 2002 (Civil) (Roj: STS 5700/2002) [Ponente: Clemente Auger Liñán].
- STS n.º 339/2005, de 28 abril, de 2005 (Civil) (RJ 2005\3944) [Ponente: Clemente Auger Liñán].
- STS n.º 790/2005, de 21 octubre, 2005 (Civil) (RJ 2005\8548) [Ponente: Jesús Corbal Fernández].
- STS n.º 1348/2006, de 29 de diciembre, de 2006 (Civil) (Roj: STS 8692/2006) [Ponente: Vicente Luís Montes Penadés].

## ■ PRÁCTICAS AGRESIVAS Y TUTELA DEL CONSUMIDOR

- STS n.º 735/2009, de 25 de noviembre, de 2009 (Civil) (RJ2010\145) [Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel].
- STS n.º 792/2009, de 16 de diciembre, de 2009 (Civil) (Roj: STS 8466/2009) [Ponente: Jesús Eugenio Corbal Fernández].
- STS n.º 872/2009, de 18 enero, de 2010 (Civil) (RJ 2010\1401) [Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel].
- STS n.º 871/2009, de 21 enero, 2010 (Civil) (RJ 2010\1275) [Ponente: Jesús Corbal Fernández].
- STS n.º 351/2011, de 31 de mayo, de 2011 (Civil) (Roj: STS 3148/2011) [Ponente: Jesús Eugenio Corbal Fernández].
- STS n.º 5930/2008, de 8 de julio, de 2011 (Contencioso-Administrativo) (RJ 2011\6329) [Ponente: José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat].
- STS n.º 81/2012, de 20 febrero, de 2012 (Civil) (RJ 2012\4042) [Ponente: José Antonio Seijas Quintana].
- STS n.º 541/2012, de 24 de octubre, de 2012 (Civil) (Roj: STS 8024/2012) [Ponente: Antonio Salas Carceller].
- STS n.º 176/2013, de 6 de marzo, de 2013 (Civil) (RJ 2013\2587) [Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos].
- STS n.º 500/2013, de 10 de julio, de 2013 (Civil) (RJ 2013\5197) [Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas].
- STS n.º 631/2015, de 26 de noviembre, de 2015 (Civil) (RJ 2015\5486) [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo].
- STS n.º 727/2016, de 19 de diciembre, de 2016 (Civil) (RJ 2016\6269) [Ponente: Pedro José Vela Torres].
- STS n.º 174/2018, de 23 de marzo, de 2018 (Civil) (RJ 2018\1151) [Ponente: Rafael Saraza Jimena].

### 3. Audiencia Nacional

- SAN (Sección 1.ª) n.º 387/2017, de 17 de julio, de 2018 (contencioso-administrativo) (JUR 2018\222243) [Ponente: Lourdes Sanz Calvo].

### 4.- Audiencias Provinciales

- SAP Las Palmas (Sección 2.ª) n.º 173/1999, de 5 de junio, de 1999 (AC 1999/1243) [Ponente: Nicolás Martí Sánchez].

- SAP Vizcaya (Sección 3.<sup>a</sup>) n.º 550/1999, de 11 de noviembre, de 1999 (AC 1999\2414) [Ponente: María Carmen Keller Echevarría].
- SAP Las Palmas (Sección 4.<sup>a</sup>) n.º 313/2000, de 14 de junio, de 2000 (JUR 2001\15014) [Ponente: Víctor Caba Villarejo].
- SAP Granada (Sección 1.<sup>a</sup>) n.º 679/2000, de 9 de noviembre, de 2000 (JUR 2001\48364) [Ponente: Carlos Rodríguez Valverde].
- SAP La Coruña (Sección 1.<sup>a</sup>) n.º 31/2002, de 23 de enero, de 2002 (AC 2002\794) [Ponente: Miguel Herrero de Padura].
- SAP Badajoz (Sección 3.<sup>a</sup>) n.º 290/2002, de 30 de septiembre, de 2002 (JUR 2003\60698) [Ponente: Marina Muñoz Acero].
- SAP Castellón (Sección 2.<sup>a</sup>) n.º 312/2003, de 12 de noviembre, de 2003 (AC 2003\1918) [Ponente: José Luis Antón Blanco].
- SAP Baleares (Sección 4.<sup>a</sup>) n.º 365/2004, de 1 de septiembre, de 2004 (Roj: SAP IB 1195/2004) [Ponente: Juana María Gelabert Ferragut].
- SAP Vizcaya (Sección 5.<sup>a</sup>) n.º 214/2006, de 8 de mayo, de 2006 (AC/2007) [Ponente: Magdalena García Larragán].
- SAP Granada (Sección 4.<sup>a</sup>) n.º 415/2006, de 8 de septiembre, de 2006 (AC 2007\797) [Ponente: Moisés Lazuen Alcón].
- SAP Zaragoza (Sección 3.<sup>a</sup>) n.º 112/2007, 4 de junio, de 2007 (JUR 2008\209681) [Ponente: M.<sup>a</sup> Begoña Guardo Laso]
- SAP Valencia (Sección 6.<sup>a</sup>) n.º 26/2009, de 20 enero, de 2009 (AC 2009\676) [Ponente: Vicente Ortega Llorca].
- SAP Madrid (Sección 28.<sup>a</sup>) n.º 168/2009, de 23 junio, de 2009 (AC 2009\1912) [Ponente: Rafael Saraza Jimena].
- SAP Valladolid (Sección 3.<sup>a</sup>) n.º 309/2009, de 10 noviembre, de 2009 (JUR\2010\8470) [Ponente: José Jaime Sanz Cid].
- SAP Valencia n.º 211/2010, de 31 de marzo, de 2010 (JUR 2010\219481) [Ponente: Carolina Rius Alarcó].
- SAP Madrid (Sección 20.<sup>a</sup>) n.º 43/2011, de 25 de enero, de 2011 (AC 2011/314) [Ponente: Juan Vicente Gutiérrez Sánchez]
- SAP León (Sección 3.<sup>a</sup>) n.º 87/2012, de 2 de febrero, de 2012 (JUR 2012\71933) [Ponente: Luis Adolfo Mallo Mallo].
- AAP Barcelona (Sección 15.<sup>a</sup>) n.º 106/2012, de 31 julio, de 2012 (AC 2013\302) [Ponente: Juan Francisco Garnica Martín].
- SAP Barcelona (Sección 16.<sup>a</sup>) n.º 323/2014, de 26 de junio, de 2014 (AC 2014\1457) [Ponente: Marta Rallo Ayezuren].

## 5. Juzgados de lo Mercantil

- AJMerc n.º 3 de Pontevedra n.º 107/2010, de 11 de junio, de 2010 (AC 2011\1678) [Ponente: José María Blanco Saralegui].
- SJMerc n.º 1 San Sebastián n.º 26/2016, de 27 enero, de 2016 (AC\2016\403) [Ponente: Itziar Otegui Jauregui].
- SJMerc n.º 2 A Coruña n.º 117/2017, de 20 de febrero, de 2018 (Civil) (AC 2018\177) [Ponente: Ana María Barral Picado].

## II. FRANCIA

### 1. Cour d'Appel

- Cour d'Appel Douai, n.º 2014-017675, de 3 de julio de 2014.

### 2. Cour de Cassation

- Cour de Cassation, Chambre Criminelle, n.º 13-83204, de 1 abril de 2014.

## III. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJCE de 16 de julio de 1998 (Asunto C-210/96).
- STJCE de 10 abril de 2008 (Asunto C227/08).
- STJCE de 23 de abril de 2009 (Asunto C-321/08).
- STJCE de 23 de abril de 2009 (Asuntos C-261/07 y C-299/07).
- STJCE de 14 de enero de 2010 (Asunto C304/08).
- STJUE de 9 de noviembre de 2010 (Asunto C-540/08).
- STJUE de 18 de octubre de 2012 (Asunto C-428/11).
- STJUE de 19 de diciembre de 2013 (Asunto C281/12).
- STJUE de 16 abril de 2015 (Asunto C-388/13).
- STJUE de 3 septiembre de 2015 (Asunto C-110/14).
- STJUE de 19 octubre de 2017 (Asunto C295/16).
- STJUE de 13 de septiembre de 2018 (Asuntos acumulados C-54/17 y C-55/17).



## ÍNDICE DE RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS

### I. AUTORIDAD DE COMPETENCIA ESPAÑOLA

- Resolución CNC (Expte. 294/91), de 8 de julio, de 1992.
- Resolución TDC (Expte. 485/00, Agentes Propiedad Murcia), de 9 de marzo, de 2001.
- Resolución TDC (Expte. 529/01 Administradores de Fincas), de 26 de noviembre, de 2002.
- Resolución CNC (Expte. S/0016/07 Mediaproducción/Gestevisión), de 2 de julio, de 2007.
- Resolución CNC (Expte. S/0049/08 LIDL Supermercados), de 3 de marzo, de 2008.
- Resolución CNC (Expte. S/0050/08 Cámaras de Comercio), de 18 de abril, de 2008.
- Resolución del Consejo Galego de Competencia (Expte. S 1/2011), de 27 de septiembre, de 2011.
- Resolución CNC (Expte. S/0213/10 Iberdrola sur), de 24 de febrero, 2012.
- Resolución CNC (Expte. S/0410/12, ascensores 2), de 17 de septiembre, de 2013.

### II. AUTORIDAD DE COMPETENCIA INGLESA

- Resolución OFT CRE-E/26352, de agosto, de 2012.

### III. AUTORIDAD DE COMPETENCIA ITALIANA

- Procedimiento AGCM n.º 18995 (PS19-tele2-Contratti a distanza), de 16 de octubre, de 2008.

■ PRÁTICAS AGRESIVAS Y TUTELA DEL CONSUMIDOR

- Procedimiento AGCM n.º 18971 (PS 1313-Bluenergy group-richiesta morosità pregresse), de 9 de octubre, de 2008.
- Procedimiento AGCM n.º 21773 (PS6013 Easy Download-Attivazione non richiesta), de 3 de noviembre, de 2010.
- Procedimiento AGCM n.º 24117 (PS8215 - Eurorec-recupero crediti), de 12 de diciembre, de 2012.
- Procedimiento AGCM n.º 22556 (PS7001 – Vodafone- attivazioni sim presso punti vendita), de 2012.
- Procedimiento AGCM n.º 23557 (PS7002 – Wind- attivazioni sim presso punti vendita), de 2012.
- Procedimiento AGCM n.º 23557 (PS7000 – Tim-attivazioni sim presso punti vendita), de 2012.
- Procedimiento AGCM n.º 23558 (PS7003 – H3- attivazioni sim presso punti vendita), de 2012.
- Procedimiento AGCM n.º 24528 (PB757-Index Holding), de 23 de septiembre, de 2013.
- Procedimiento AGCM n.º 25033 (PS6549 - Ge.ri. gestione rischi-recupero crediti), de 17 de julio, de 2014.
- Procedimiento AGCM n.º 25586 (PS 9694-Carige assicurazioni-solleciti di pagamento), de 29 de julio, de 2015.
- Procedimiento AGCM n.º 27190 (PS 10972-IP286- Ryanair-cancellazione voli), de 25 de octubre, de 2017.
- Procedimiento AGCM n.º 27069 (PS330-Agos-problematiche varie), de 7 de marzo, de 2018.
- Procedimiento AGCM n.º 27287 (PS11043-Wind Tre), de 1 de agosto, de 2018.
- Procedimiento AGCM n.º 27288 (PS 11044-Telecom), de 1 de agosto, de 2018.
- Procedimiento AGCM n.º 27289 (PS 11048-Vodafone), de 1 de agosto, de 2018.

El reconocimiento de la deslealtad de las prácticas agresivas tiene su origen en la Directiva 2005/29/CE de prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores que, por primera vez, establece a escala comunitaria normas para este tipo de conductas. Con este régimen, se pretende crear en Europa un elevado nivel común de protección de los consumidores frente a las prácticas agresivas. Sin embargo, los elementos que definen la *novedosa* noción comunitaria de práctica agresiva siguen sin estar claros. En este tiempo de implantación del *nuevo* régimen, se constata, al menos en España, un escaso relieve jurisprudencial de estas prácticas, aunque se produzcan en el mercado comportamientos que incidan mediante acoso, coacción o influencia indebida, en la libertad de elección o conducta del consumidor medio. Por ello, a partir del análisis de su régimen legal, de la opción española en su transposición y del distinto tratamiento que se les ha dispensado a estas prácticas en los regímenes foráneos, la monografía construye una noción autónoma de práctica agresiva, ahondando en el fundamento de su deslealtad. Además, se dedica especial atención a estudiar las ventajas e inconvenientes que puede reportar el establecimiento de un modelo público o privado para su represión. Sobre esta base, la obra analiza los mecanismos existentes en el ordenamiento español para la represión de las prácticas agresivas desde el Derecho privado, con especial mención a la relación del régimen de las prácticas agresivas desleales con el Derecho de las obligaciones y contratos, y desde el Derecho público, con especial atención a la aplicación del art. 3 de la Ley de Defensa de la Competencia española que faculta a la Autoridad de Competencia para conocer de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afectan al interés público.