

ARTÍCULOS

LAS PRÁCTICAS AGRESIVAS COMO ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL

JOSÉ MASSAGUER
Abogado (*)

Las prácticas agresivas

La Ley de Competencia Desleal de 1991 ha sido objeto de importante modificación de resultados de la transposición de la Directiva 2005/29/CE efectuada mediante la Ley 29/2009. Entre las disposiciones más destacadas de esta reforma se encuentra el nuevo artículo 8 de la Ley, que establece la regulación acto de competencia desleal las llamadas prácticas agresivas como actos de competencia desleal. En particular, esta disposición establece que son actos de competencia desleal los comportamientos que se valen del acoso, la coacción o la influencia indebida que desleales si son susceptibles de mermar de manera significativa la libertad de elección o conducta del destinatario y, por consiguiente, de afectar a su comportamiento económico.

The aggressive practices

The Spanish Unfair Competition Act 1991 has been significantly modified as a consequence of the implementation of the EU Directive 2005/29/EC through the Spanish Act No. 29/2009. One of the most noticeable new provisions is Article 8, whereby the regulation of aggressive commercial practices as an unfair competition practice is set forth. Specifically, the said provision provides that behaviours which use harassment, coercion and undue influence are unfair competition practices if they significantly impair or are likely to significantly impair the addressees' freedom of choice or conduct and therefore affect their economic behaviour.

1 · INTRODUCCIÓN

Las prácticas agresivas son actos de competencia desleal que se han incorporado al elenco de supuestos particulares de competencia desleal merecedores de una específica atención legal con ocasión la modificación de la Ley de Competencia Desleal traída por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios (en adelante, la «Ley 29/2009»).

La definición de esta modalidad de competencia desleal se ha establecido en el nuevo artículo 8 de la Ley de Competencia Desleal (a la que también se hará referencia simplemente como la «Ley»), que caracteriza y concreta las prácticas agresivas (cuya prohibición resulta del juego de este precepto y de la prohibición de la competencia desleal establecida con carácter general en el artículo 1 de la Ley de Competencia Desleal) por medio de la determinación de la conducta relevante, de los requisitos de deslealtad y de las circunstancias a las que debe atenderse para apreciar si la conducta enjuiciada se corresponde con la conducta relevante. La regula-

ción de esta conducta desleal se completa con lo previsto en el nuevo artículo 19 de la Ley sobre las prácticas comerciales desleales con los consumidores, entre las que se encuadran las prácticas agresivas, y los artículos 28 a 31 de la Ley, dedicados a definir ciertas prácticas agresivas que, en todo caso y bajo cualquier circunstancia, tienen la consideración de prácticas comerciales desleales con los consumidores.

Al estudio de estas normas y del tratamiento de las prácticas agresivas que de ellas resulta se dedica el presente trabajo.

2 · ANTECEDENTES

2.1 · La Ley de Competencia Desleal de 1991

Las prácticas agresivas no habían recibido una consideración específica en la Ley de 1991, esto es, no habían sido objeto de regulación particular y en especial no habrán merecido precepto propio en el catálogo legal de actos de competencia desleal en particular que se contenía en los artículos 6 y siguientes de la Ley de 1991. Ello no obstante, pocas dudas caben acerca de que el juicio negativo o reproche de deslealtad que merece esta categoría de prácticas en el nuevo artículo 8 de la Ley de

(*) Del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid).

Competencia Desleal resultaba igualmente de su enjuiciamiento con arreglo a la cláusula general del artículo 5 de la Ley de 1991 y, en su caso, del artículo 6 b) de la Ley General de Publicidad de 1988, así como que alguna de sus modalidades encajaba entre los actos de competencia desleal que se definieron en el artículo 8 de la Ley de 1991; como tampoco es dudoso que bajo cualquiera de estas normas, y en relación con la prohibición general de la competencia desleal del artículo 1 de la Ley de 1991, debían entenderse contrarias a Derecho y prohibidas.

De hecho, la doctrina de los autores no dejó de construir un grupo de casos de competencia desleal, integrado en la cláusula general del artículo 5 de la Ley de 1991, que tal y como se configuró se correspondía con una buena parte de las prácticas agresivas ahora definidas legalmente. Me refiero a las entonces llamadas prácticas o publicidad molesta, configuradas como ofertas que, por la forma en que se realizan, el modo y circunstancias en las que se procede el contacto entre el oferente y el destinatario de la oferta o por la relación que existe entre quien directa o indirectamente realiza la oferta y quien la recibe generan una presión de compra indebida, colocan a quien las recibe en una situación embarazosa si no acepta la oferta o impiden la reflexión necesaria para decidir cabalmente sobre la conveniencia de aceptar la oferta, mencionándose precisamente como supuestos de este grupo de casos el *marketing* directo (calle, buzones, teléfono, fax, e-mail, visitas a domicilio), las ofertas de familiares, amigos o compañeros de trabajo o de personas del propio entorno social, las ofertas realizadas en lugar de accidente o de fallecimiento, el envío a domicilio de productos solicitados, etc. (J. MASSAGUER, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999, Art. 5 [28] y [29]), así como el abuso de autoridad (J. MASSAGUER, ob. ult. cit., Art. 5 [30]).

Y lo cierto es, por otra parte, que tampoco faltaron pronunciamientos de los tribunales sobre estas conductas, como sucedió con la publicidad directa en la calle, mediante entrega personal de material publicitario a viandantes (que en el caso y a la vista de sus circunstancias no se consideró desleal, por entenderse que no podía inferir indebidamente en las decisiones de los destinatarios de la publicidad: SAP Barcelona 4-IX-1995), y como sucedió con las ofertas de una funeraria hechas a los familiares de la persona fallecida inmediatamente después del óbito y en el propio hospital en que se produjo (que en el caso se consideraron desleales por forzar

decisiones irreflexivas sobre los servicios ofrecidos: SAP Madrid 23-VI-2009).

2.2 · La Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales

El antecedente inmediato de la regulación de las prácticas agresivas en la Ley de Competencia Desleal de 2009 se halla en la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (en adelante, la «Directiva 2005/29/CE» o la «Directiva sobre las Prácticas Comerciales Desleales»). La norma comunitaria, en efecto, calificó las prácticas agresivas como prácticas desleales en su artículo 5 y les dedicó, por una parte, sus artículos 8 y 9, en los que se definieron las prácticas agresivas como particular supuesto de práctica comercial desleal y se sometió la formulación del correspondiente juicio de deslealtad a la consideración del particular contexto fáctico en que se realice la conducta considerada y, por otra parte, los apartados 24) a 31) de su Anexo I, en los que se definieron ciertas prácticas agresivas que, concurriendo los elementos de hecho allí precisados, se reputaron desleales en todo caso, sin necesidad de examinar las circunstancias de hecho en que se produce la práctica y valorar su influencia en la conducta del consumidor (*vid.* J. MASSAGUER, *El nuevo Derecho contra la competencia desleal*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, pp. 131-139).

En particular, el artículo 8 de la Directiva 2005/29/CE definió las prácticas comerciales agresivas del siguiente modo:

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

mientras que el artículo 9 de la Directiva señaló circunstancias relevantes para el enjuiciamiento de esta conducta en los siguientes términos:

«Para determinar si una práctica comercial hace uso del acoso, la coacción, con inclusión del uso de

la fuerza, o la influencia indebida se tendrán en cuenta:

- a) el momento y el lugar en que se produce, su naturaleza o su persistencia;
- b) el empleo de un lenguaje o un comportamiento amenazador o insultante;
- c) la explotación por parte del comerciante de cualquier infortunio o circunstancia específicos lo suficientemente graves como para mermar la capacidad de discernimiento del consumidor, de los que el comerciante tenga conocimiento, para influir en la decisión del consumidor con respecto al producto;
- d) cualesquiera obstáculos no contractuales onerosos o desproporcionados impuestos por el comerciante cuando un consumidor desee ejercitar derechos previstos en el contrato, incluidos el derecho de poner fin al contrato o el de cambiar de producto o de comerciante;
- e) la amenaza de ejercer cualquier acción que, legalmente, no pueda ejercerse».

Por su parte, en los apartados 24) a 31) del Anexo I de la Directiva 2009/25/CE se encuentran acogidas como prácticas comerciales desleales *per se* las siguientes prácticas agresivas:

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

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

26) Realizar proposiciones no solicitadas y persistentes por teléfono, fax, correo electrónico u otros medios a distancia, salvo en las circunstancias y en la medida en que esté justificado, con arreglo a la legislación nacional, para hacer cumplir una obligación contractual. Este supuesto se entenderá sin perjuicio del artículo 10 de la Directiva 97/7/CE y de las Directivas 95/46/CE (1) y 2002/58/CE.

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

fin de disuadirlo de ejercer sus derechos contractuales.

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

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

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

31) Crear la impresión falsa de que el consumidor ha ganado ya, ganará, o conseguirá si realiza un acto determinado, un premio o cualquier otra ventaja equivalente, cuando en realidad:

— no existe tal premio o ventaja equivalente,
o

— la realización de una acción relacionada con la obtención del premio o ventaja equivalente está sujeta a la obligación, por parte del consumidor, de efectuar un pago o incurrir en un gasto».

Y ello, en todo caso y como parece oportuno recordar, sólo en el ámbito de aplicación propio de la Directiva 2005/29/CE, esto es y por lo que ahora importa, en cuanto esas prácticas fueran realizadas precisamente en el marco de la relación entre empresas y consumidores y, por otra parte, en cuanto afecten o puedan afectar negativamente precisamente a los intereses económicos de estos últimos (vid. J. MASSAGUER, ob. últ. cit., pp. 17-32)

A mi modo de ver, no parece dudoso que todas las prácticas agresivas de la Directiva, tanto las que se incluyen en la definición general de su artículo 8 como las que se concretan en su Anexo I como prácticas desleales *per se*, estaban sometidas sin ninguna dificultad sistemática ni sustantiva al artículo 5 y en su caso al artículo 8.1 de la Ley de 1991 y que su tratamiento no habría diferido un ápice del que resulta de la propia Directiva

2005/29/CE: ni una sola de las prácticas agresivas de la Directiva habría escapado al reproche de deslealtad aplicando la Ley de 1991. Como en tantos otros extremos, también en relación con esta clase de actos de competencia desleal la transposición de la Directiva 2005/29/CE al ordenamiento interno español era tan innecesaria como, a las vista de la pobreza de los argumentos ofrecidos por el Reino de España al Tribunal de Justicia a la hora de rendir cuentas del estado de la transposición de la Directiva, probablemente inevitable (vid. STJCE 23-IV-2009, C-321/08 «Comisión c. Reino de España»).

3 · LA REGULACIÓN DE LAS PRÁCTICAS AGRESIVAS EN LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL

3.1 · La definición de las prácticas agresivas como acto de competencia desleal

El grueso de la regulación sustantiva de las prácticas agresivas se contiene en el artículo 8 de la Ley de Competencia según la redacción dada por la Ley 29/2009, cuyo tenor es el siguiente:

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

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

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

- a) El momento y el lugar en que se produce, su naturaleza o su persistencia.*
- b) El empleo de un lenguaje o un comportamiento amenazador o insultante.*
- c) La explotación por parte del empresario o profesional de cualquier infortunio o circunstancia específicos lo suficientemente graves como para mermar la capacidad de discernimiento del destinatario, de los que aquél tenga conocimiento, para influir en su decisión con respecto al bien o servicio.*

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

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

Del modo en que ya se anticipó, este precepto contiene primeramente la estructura general de este acto de competencia desleal; en particular, define la conducta relevante como comportamiento que se vale del acoso, coacción o influencia indebida y determina la condición o elemento determinante de la deslealtad de ese comportamiento, que es la merma significativa de la libertad de elección o conducta del destinatario de la conducta, y dispone las circunstancias a las que debe prestarse una especial atención para establecer si la conducta enjuiciada constituye o no acoso, coacción o influencia indebida. En este punto, como se ve, el artículo 8 de la Ley de 2009 reproduce en lo esencial lo que ya se estableció en el artículo 8 de la Directiva 2009/25/CE. Pero también incorpora algunas diferencias sustantivas y sistemáticas, a mi modo de ver intrascendentes desde la perspectiva de la conformidad comunitaria de la regulación interna en esta materia.

En primer lugar, y desde una perspectiva sistemática, el artículo 8 de la Ley agrupa en una única disposición las previsiones que en la Directiva 2009/25/CE se encuentran contenidas en tres normas distintas: la configuración de las prácticas agresivas como conducta ilícita (art. 8 de la Directiva 2005/29/CE), la definición de influencia indebida como modalidad de esta conducta (art. 2 j) de la Directiva 2005/29/CE) y la indicación de los extremos de hecho a los que debe atenderse para determinar si la conducta enjuiciada se corresponde con la conducta relevante, esto es, si en el caso se hace uso del acoso, coacción o influencia indebida (art. 9 de la Directiva 2005/29/CE).

En segundo término, y también desde una perspectiva sistemática, el tenor del artículo 8 de la Ley de Competencia Desleal se ha acomodado al ámbito objetivo de aplicación de la propia Ley, que como es sabido difiere del de la Directiva, pues aquélla se extiende a cualquier conducta realizada en el mercado con finalidad concurrencial incluidas las prácticas realizadas antes, durante y después de la contratación (art. 2 LCD según la redacción dada en la Ley 29/2009), y ésta se limita a las prácticas comer-

ciales de las empresas en relación con los consumidores y usuarios (arts. 1, 2 *d*) y 3 de la Directiva 2005/29/CE). Así, en particular, el artículo 8 de la Ley alcanza a «*todo comportamiento*» cualquiera que sea su destinatario y, por tanto, a toda conducta comprendida en el ámbito de aplicación objetiva de la Ley, mientras que el artículo 8 de la Directiva 2005/29/CE sólo comprende «*toda práctica comercial*», que por definición es una conducta realizada por un empresario en sus relaciones con consumidores (art. 2 *d*) de la Directiva 2005/29/CE). Al margen de la diferencia entre comportamiento y práctica comercial, que en este caso es más cuestión de lenguaje que de sustancia, lo más relevante de este extremo es la extensión de esta práctica en la Ley al ámbito de las relaciones entre empresarios y profesionales, en el que ciertamente pueden parecer improbables pero no son menos posibles. La elección del legislador español es en este sentido coherente con su elección sistemática primaria de establecer una regulación única contra la competencia desleal, que no diferencie con carácter general entre las conductas dirigidas a empresarios o profesionales. A ello se ha de sumar la implícita generalización de este ilícito, que resulta precisamente de la propia unidad sistemática y sustantiva general del régimen de represión de la competencia desleal en nuestro ordenamiento, de la que a su vez y en particular resulta la necesidad de tomar en consideración los intereses generales y de los competidores para formular el reproche de deslealtad de esta clase de conductas, siempre y cuando claro está no resulten afectados sólo los intereses económicos de los consumidores (*vid.* STJCE 14-I-2010, C-304/08 «Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV c. Plus Warenhandelsgesellschaft mbH»).

En tercer término, y ahora desde un ángulo sustantivo, el nuevo artículo 8 de la Ley de Competencia Desleal introduce, respecto de la regulación comunitaria, algunos cambios seguramente dirigidos a simplificar la redacción del precepto. Me refiero en esencia a la supresión de pasajes reiterativos de la correspondiente norma comunitaria (por ejemplo: «*en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias*» se queda en el artículo 8 de la Ley en «*teniendo en cuenta sus características y circunstancias*») y en la sustitución de expresiones que reproducen una definición específica por la expresión definida (por ejemplo: «*le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otra forma no hubiera tomado*» se queda en la Ley en «*afecta o puede afectar a su comporta-*

miento económico»). Sin embargo, no puede dejar se señalarse que alguno de estos cambios de redacción acaso no sea inocuo: así, la última modificación de las apuntadas no deja de entrañar una cierta discordancia con la Directiva, pues la expresión de la Ley procede de la definición comunitaria de distorsión sustancial del comportamiento económico (*cfr.* art. 2 *e*) de la Directiva 2005/29/CE), mientras que la expresión escogida por la Ley 29/2009 no tiene correspondiente en la Directiva (aunque, a salvo de la interpretación que pudiera hacer el Tribunal de Justicia, parece que la afectación mencionada en la Ley es equivalente al «*hacerle tomar una decisión*» de la Directiva).

3.2 · La definición de las prácticas agresivas como prácticas comerciales (desleales) con los consumidores

La disposición general en materia de prácticas agresivas del artículo 8 de la Ley de Competencia Desleal de 2009 se completa con la inclusión de las prácticas agresivas en la particular categoría de actos de competencia desleal que tienen la consideración de prácticas comerciales desleales con los consumidores, establecida en el nuevo artículo 19.1 de la Ley de Competencia Desleal, y seguidamente con la inclusión de algunas modalidades o grupos de prácticas agresivas en el catálogo de prácticas comerciales con los consumidores que se reputan desleales «*en todo caso y en cualquier circunstancia*» según dispone el artículo 19.2 de la Ley. En particular, estas prácticas agresivas que se consideran desleales *per se* cuando se realicen por los empresarios en su relación con los consumidores (*cfr.* art. 19.2 II de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios [en adelante, «LCU»] en la redacción dada por la Ley 29/2009) son las prácticas agresivas por coacción, por acoso, en relación con los menores y demás supuestos que se concretan en los nuevos artículos 28 a 31 de la Ley y cuyo tenor es el siguiente:

«Artículo 28. Prácticas agresivas por coacción.

Se reputan desleales por agresivas las prácticas comerciales que hagan creer al consumidor o usuario que no puede abandonar el establecimiento del empresario o profesional o el local en el que se realice la práctica comercial, hasta haber contratado, salvo que dicha conducta sea constitutiva de infracción penal.

Artículo 29. 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.

Artículo 30. Prácticas agresivas en relación con los menores.

Se reputa desleal por agresivo, incluir en la publicidad una exhortación directa a los niños para que adquieran bienes o usen servicios o convengan a sus padres u otros adultos de que contraten los bienes o servicios anunciados.

Artículo 31. Otras prácticas agresivas.

Se considera desleal por agresivo:

1. Exigir al consumidor o usuario, ya sea tomador, beneficiario o tercero perjudicado, que desee reclamar una indemnización al amparo de un contrato de seguro, la presentación de documentos que no sean razonablemente necesarios para determinar la existencia del siniestro y, en su caso, el importe de los daños que resulten del mismo o dejar sistemáticamente sin responder la correspondencia al respecto, con el fin de disuadirlo de ejercer sus derechos.

2. Exigir el pago inmediato o aplazado, la devolución o la custodia de bienes o servicios suministrados

por el comerciante, que no hayan sido solicitados por el consumidor o usuario, salvo cuando el bien o servicio en cuestión sea un bien o servicio de sustitución suministrado de conformidad con lo establecido en la legislación vigente sobre contratación a distancia con los consumidores y usuarios.

3. Informar expresamente al consumidor o usuario de que el trabajo o el sustento del empresario o profesional corren peligro si el consumidor o usuario no contrata el bien o servicio».

En estos preceptos, el legislador, por medio de la agrupación de los casos y de su ordenación bajo las rúbricas escogidas al efecto, ha hecho sin duda un bienintencionado esfuerzo por sistematizar y explicar lo que en los correspondientes apartados del Anexo de la Directiva 2005/29/CE es sólo una relación de prácticas agresivas aparentemente inconexas. Esta iniciativa no parece especialmente trascendente desde un ángulo sustantivo, puesto que no introduce ninguna diferencia de tratamiento entre las distintas modalidades de prácticas agresivas (de acoso, coacción, influencia indebida). Lo más significativo de ella es lo que tiene de interpretación auténtica en cuanto a la pertenencia de la práctica considerada al grupo de las de acoso o coacción (porque no hay ningún grupo de casos de influencia indebida) y, con ello, la asistencia que presta el intérprete para perfilar las nociones de acoso y coacción, siempre sin perjuicio de la interpretación que pueda establecer el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y siempre sin que pueda dejar de señalarse la insuperable dificultad que para el legislador ha tenido la asignación de las prácticas de los artículos 30 y 31 de la Ley a una u otra modalidad de práctica agresiva o la incapacidad de identificar las prácticas de influencia indebida y en este sentido la limitada ayuda sistemática de este esfuerzo.

Por otra parte, la redacción de estos preceptos no ha sido todo lo fiel a la Directiva que cabría haber esperado y, aún más, que debía haber sido observada en una materia en el que la propia Directiva 2005/29/CE indicó que esperaba de los legisladores internos una transposición literal (art. 5.5 de la Directiva 2005/29/CE) y en la que, como era de prever, el Tribunal de Justicia ha rechazado con contundencia los intentos de desviación (vid. STJ-CE 23-IV-2009, C-261/07 y C-299/07 «VTB-VAB c. Total Belgium NV» y «Galatea BVBA c. Sanoma Magazines Belgium NV», y 14-2-2010 C304/08 «Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV c. Plus Warenhandels-gesellschaft mbH»). Así,

por ejemplo, el artículo 28 de la Ley introduce una excepción a la deslealtad de la práctica a la que se refiere (hacer creer al consumidor que no puede abandonar el establecimiento) que no está prevista en el paralelo apartado 24) del Anexo I de la Directiva (como es el carácter delictivo de la conducta) y que era a todas luces innecesaria (hacer creer no apunta necesariamente a una detención ilegal y si es que ésta ocurre en cualquier grado es más que evidente que el reproche de deslealtad en forma alguna desplaza a la represión penal); el artículo 29 de la Ley, en cambio, omite una salvedad de la deslealtad de la conducta considerada (visita a domicilio no deseada) expresamente admitida por la Directiva (exigencia del cumplimiento de una obligación contractual), endureciendo de este modo el tratamiento de esta práctica en contra de las advertencias del artículo 5.5 y de las pautas sentadas por el Tribunal de Justicia en las sentencias antes citadas (omisión que más que probablemente se debe a un error, pues esta misma salvedad se recoge, aquí sí de forma fiel a la Directiva, en el apartado 2 de este mismo precepto); por su parte, el artículo 31.1 de la Ley limita el alcance de la práctica a la que se refiere (exigencia de documentación ante reclamación de indemnización derivada de un contrato de seguro) mediante la modificación de las expresiones de la Directiva: así, la exigencia de documentos que no puedan considerarse razonablemente pertinentes para determinar la validez de la reclamación de la prestación debida por la aseguradora en caso de siniestro, a la que se refiere el apartado 27) del Anexo I de la Directiva, se ha convertido en —y reducido a— reclamación de documentos relacionados con la existencia de siniestros y el importe de la indemnización.

En otros casos, el legislador ha añadido exigencias instrumentales que, a mi modo de ver, no inciden sobre las cuestiones relativas a la trascendencia de la práctica sobre la libertad de decisión o conducta de los consumidores, y que por ello mismo, y en particular por su ajenidad a la Directiva 2005/29/CE, son inhábiles para que su eventual incumplimiento determine la deslealtad *per se* de la conducta. Así sucede por ejemplo con las exigencias impuestas a los empresarios y profesionales que realizan ofertas por teléfono, fax y otros medios de comunicación a distancia en relación con la prueba de la oposición del consumidor y la identificación del número desde el que se realizan (*vid.* art. 29.2 de la Ley).

Finalmente, en la composición del catálogo de prácticas desleales agresivas en las relaciones con

los consumidores, el legislador español ha decidido enmendar la plana a la Directiva. Así, ha sacado la práctica agresiva del apartado 31) de su Anexo I de esta categoría de prácticas, para ubicarla en las prácticas engañosas *per se* mediante su consignación en el artículo 22.6 de la Ley. El cambio quizás no sea tan intrascendente como a primera vista acaso pudiera parecer desde una perspectiva sistemática de conjunto. En efecto, esta reubicación parecería querer dejar las prácticas promocionales que se valen de sorteos y concursos fuera del ámbito de las prácticas agresivas y situarla en el ámbito del engaño, consecuencia sistemática que, por una parte, no arregla la referencia al «uso de prácticas agresivas» que contiene el citado artículo 22.6 (pues media una contraposición entre el uso de sorteos y el uso de prácticas agresivas, que sólo serían un medio de realización adjetivo o accesorio) y por otra cambia el enfoque sustantivo del juicio de deslealtad, que pasa de la injerencia indebida en la libertad de la decisión del consumidor (clave de la deslealtad de las prácticas agresivas) a la frustración de la racionalidad de su decisión (clave de la deslealtad de los actos de engaño).

La modificación introducida por la Ley 29/2009 en la regulación de las prácticas agresivas encierra un aspecto adicional que no es menos importante y que, a mi modo de ver, entraña probablemente la modificación más relevante introducida por la Ley 29/2009 en el tratamiento de estas conductas (y de los actos de engaño). En efecto, las prácticas agresivas, en cuanto sean prácticas comerciales (desleales) con los consumidores, han sido incluidas entre las infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios (art. 49.1 l) de la LCU según la redacción dada por la Ley 29/2009). Así las cosas, y no obstante la unidad de tratamiento sustantivo, las prácticas agresivas efectuadas por los empresarios en sus relaciones con los consumidores están sometidas a un doble sistema de represión: uno jurídico-privado, que se promueve por medio de la acción de competencia desleal, se sustancia en el seno del procedimiento ordinario ante los Juzgados de lo Mercantil y se resuelve en su caso con el establecimiento de remedios civiles (cesación, remoción, indemnización de daños y perjuicios, etc.: *cfr.* art. 32 de la Ley), y otro jurídico-público, iniciado de oficio o en virtud de denuncia, sustanciado en el correspondiente procedimiento administrativo sancionador ante las «autoridades competentes en materia de consumo» (art. 47.3 de la LCU según la redacción dada por la Ley 29/2009), cuyas resoluciones están sujetas al control de los tribunales del orden

contencioso-administrativo, y conducente en su caso a la adopción de sanciones administrativas (como son las multas, el cierre temporal de establecimiento o la publicidad de las sanciones: *cfr.* arts. 51 y 52 de la LCU).

4 · EL FUNDAMENTO DE LA DESLEALTAD DE LAS PRÁCTICAS AGRESIVAS

Las prácticas agresivas se presentan, y ésta es ciertamente la aproximación de la Directiva 2005/29/CE, como supuesto particular de deslealtad contra el consumidor, cuya reprochabilidad se cimienta en particular en la indebida injerencia de la conducta del empresario en la autonomía de decisión del consumidor o, si se prefiere y como indica el nuevo artículo 8 de la Ley, en la afectación negativa a la libertad de decisión del consumidor (sin que puedan considerarse algunos supuestos enteramente ajenos a la injerencia indebida en la racionalidad de su decisión). Más en particular, y atendidos tanto los extremos indicativos de la existencia de coacción, amenaza o influencia indebida como las concretas de prácticas agresivas del catálogo de prácticas desleales *per se*, las injerencias indebidas en la autonomía de decisión del consumidor se concretan, sea en inducir efectiva o potencialmente una decisión por el deseo de evitar una situación peligrosa, embarazosa o simplemente incómoda, sea en conseguir decisiones no suficientemente meditadas, sea en inducir a abandonar reclamaciones o peticiones a fin de no afrontar los costes de transacción implícitos en ellas.

En este sentido, ha de advertirse que algunas de las prácticas que se consideran agresivas e incluso agresivas *per se* («*en todo caso y en cualquier circunstancia*», como reza el art. 19.2 de la Ley) encajan mal, al menos según las máximas de experiencia que parecen más razonables, con la idea de afectación negativa o merma de la libertad de decisión (y también con la idea de frustración de la racionalidad de la elección). No parece dudoso que éste es el caso de algunos de los supuestos de acoso y, más en concreto, de los casos de ofertas hechas por medios de comunicación a distancia: no parece especialmente probable, en efecto, que un consumidor (razonablemente informado y medianamente atento y perspicaz) se sienta obligado o movido a contratar el producto o servicio promocionado para evitar el continuar recibiendo llamadas telefónicas, correos electrónicos o faxes no solicitados e indeseados. Al respecto, tal vez no esté de más

recordar ahora que estas prácticas ya fueron consideradas desleales con anterioridad, y ello por razones que poco tienen que ver con esa probabilidad de anulación o falseamiento de la libertad de decisión del destinatario de la comunicación a distancia indeseada, como es el juicio negativo que merece tanto la invasión inesperada de la esfera privada o el aprovechamiento indebido de los medios y tiempos del consumidor para hacerle llegar su oferta en contra de su voluntad; en efecto, no pocas de las conductas ahora consideradas prácticas agresivas ya merecieron el reproche de deslealtad anteriormente sobre la base, mucho más realista y seguramente mejor entroncada con las exigencias de la competencia por méritos, de que se realizaban a costa de su destinatario (de su tiempo y de su inversión en los medios necesarios para recibir la oferta), sin que fueran proporcionados el esfuerzo y las molestias requeridas para eludirlos, a las que como queda apuntado tampoco fueron ajenas las consideraciones relacionadas con la inevitabilidad de la irrupción de la comunicación comercial en la esfera privada (una explicación clásica del reproche de deslealtad de estas conductas puede verse en BAUMBACH/HEFERMEHL, *Wettbebersrecht*, 16.^a ed., C. H. Beck, Munich, 1990, UWG § 1 [67]-[71]).

Aunque estas consideraciones relacionadas con el aprovechamiento de inversiones y tiempo de los destinatarios de la práctica no han recibido una expresa atención positiva ni en la Directiva ni en la Ley, no parece a mi juicio que puedan desterrarse de la fundamentación del reproche de deslealtad de las prácticas agresivas, especialmente al menos en los casos en que los intereses comprometidos por la conducta enjuiciada sean «sólo» los intereses generales o, en menor medida, los intereses de los competidores.

En cambio, parece que las consideraciones relacionadas con la sola irrupción inesperada en el ámbito o esfera privada de las personas y, en particular de los consumidores integran la fundamentación del reproche de deslealtad. En efecto, si bien la definición de las prácticas agresivas como acto de competencia desleal sólo requiere la aptitud del acoso, amenaza o influencia para distorsionar las preferencias y elecciones de los destinatarios, no es menos cierto que, del modo apuntado, algunos supuestos de prácticas agresivas catalogadas como desleales *per se* no parecen especialmente apropiados para distorsionar la conducta de los consumidores y, por el contrario, guardan una indudable conexión con la preservación de la esfera privada de las personas frente a la acción comercial de los empresarios y la

reprochabilidad de la invasión inesperada en un ámbito que por su naturaleza está en principio (salvo consentimiento de la persona) excluido de la acción comercial y en el que su evitación exige al destinatario incurrir en costes no debidos o simplemente no razonables (cfr. art. 29.1 LCD). De alguna forma parece que tanto la Directiva 2005/29/CE como la Ley 29/2009 se hacen eco de algunas posiciones anteriores que fundaban la deslealtad de estas prácticas en la extensión no consentida y difícilmente evitable del mercado a la esfera íntima de las personas, en el objetivo de prevenir la generalización de esas prácticas y por ello de impedir la invasión y anulación general de la esfera más personal como ámbito ajeno al mercado (cfr. PIPER/OHLY/SOSNITZA, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Kommentar*, C. H. Beck, Múnich, 2010, § 7 [1]-[3]).

No significa ello, sin embargo y como queda apuntado con la referencia hecha a los costes de la evitación de la injerencia, que el fundamento de la deslealtad de este grupo de prácticas agresivas se halle en la sola protección de la intimidad de las personas; esto es, que el reproche de la deslealtad que merecen algunas intromisiones en esa esfera privada obedezca a la sola consideración de que la conducta examinada vulnera las normas y límites de protección de la intimidad de las personas. El legislador es claro en este punto: cada grupo de normas actúa en el ámbito que le es propio y las razones en que se fundan sus respectivos ilícitos son diversas, lo que determina que sus bienes jurídicos protegidos sean diferentes y su aplicación independiente (cfr. art. 29.2 IV LCD). Y ello, sin perjuicio, como es obvio, de que la infracción de las normas protectoras de la intimidad de las personas, si reporta una ventaja competitiva significativa y de ella se prevale el infractor (o incluso un tercero) en el mercado, constituya una violación de normas desleal (cfr. art. 15.1 LCD).

Ajeno al reproche de deslealtad propio de las prácticas agresivas, en cambio, es lo desagradable o lo contrario al buen gusto y al decoro que pueda tener la práctica considerada. Del modo en que revela la advertencia de que ello es materia no armonizada que se deja en manos de cada Estado del Considerando (7) de la Directiva 2005/29/CE, las prácticas desagradables y contrarias al buen gusto y decoro, entre las que se han mencionado conductas ciertamente próximas al acoso («*publicidad directa en la calle*»), quedan fuera de las prácticas agresivas, aunque en no pocos supuestos puedan conducir a los consumidores a tomar decisiones por razones próximas a las que cabe esperar que inciten estas

prácticas y determinan su deslealtad, como es la evitación de la situación desagradable o embarazosa que pueda propiciar la práctica en cuestión. Esta clase de conductas, si no encajan en prohibiciones particulares (como por ejemplo la que pesa sobre la publicidad atentatoria de la dignidad de la persona y de los valores constitucionalmente protegidos con arreglo al artículo 3 a) de la LGP en la redacción dada por la Ley 29/2009), habrán de enjuiciarse a la luz de la cláusula general del artículo 4 de la Ley, en el bien entendido de que su reproche no podrá sostenerse sólo en la conculcación del buen gusto o decoro, sino en la contravención del estándar de buena fe aplicable y aptitud para distorsionar el comportamiento económico del destinatario.

5 · LA PROHIBICIÓN GENERAL DE LAS PRÁCTICAS AGRESIVAS

5.1 · La estructura de las prácticas agresivas

La prohibición general de las prácticas agresivas resulta de la prohibición de la competencia desleal establecida en el artículo 1 de la Ley de Competencia Desleal y de la definición de las prácticas agresivas como acto de competencia desleal del artículo 8 de la Ley de Competencia Desleal según la redacción dada por la Ley 29/2009, cuyo tenor y sistema se corresponde, como también se ha avanzado y por el orden en que se incorporan al precepto interno, con los artículos 8, 2 j) y 9 de la Directiva 2005/29/CE.

En particular, la estructura de esta conducta desleal consta, en primer término, de la determinación de la conducta relevante como «*comportamiento*» que se vale del «*acoso, coacción o influencia indebida*», determinación que se completa con la definición legal de una de estas modalidades, la influencia indebida; en segundo término, de la relación de las circunstancias a las que se debe atender de forma especial para precisar si la conducta considerada en el caso se vale en efecto del acoso, coacción o influencia indebida, y finalmente, de la configuración del requisito exigido para que esa conducta resulte desleal como el ser «*susceptible de mermar la libertad de elección o conducta del destinatario*» de modo que «*afecte o pueda afectar a su comportamiento económico*».

Esta estructura ya advierte de que el empleo del acoso, de la coacción o de la influencia indebida no es desleal por sí mismo, sino sólo en la medida en que con ello se pueda mermar y, aún más, se pueda

mermar de manera significativa la libertad de elección o conducta de los destinatarios y afectar a su conducta.

Tras ello, a mi juicio, no debe verse una liberalización de ciertas prácticas de acoso, coacción o influencia indebida, sino más bien el reconocimiento de que no pocas de las técnicas promocionales y conductas para contractuales entrañan un cierto grado de acoso, coacción o influencia indebida que, sin embargo, carece de la entidad suficiente para interferir en la autonomía de la conducta de destinatario y en consecuencia carece de aptitud para falsear el juego de la competencia como proceso y la formación de las relaciones económicas en el mercado según las exigencias del principio de competencia por méritos. En buena medida esta opción puede explicarse porque los intereses no concurrentiales que están en juego en este ámbito, como son señaladamente la seguridad o la intimidad de las personas, no sólo son ajenos a la finalidad de la Ley (preservación de la competencia como institución), sino que constituyen materia propia de otras ramas del ordenamiento jurídico. Dicho en otros términos, que ciertas prácticas concurrentiales que se valen, por ejemplo, del acoso o de la coacción no tengan la intensidad necesaria para distorsionar la conducta de mercado de los destinatarios que las soportan no conlleva, como es lógico, ninguna excepción a la aplicación de las normas especiales de protección de la intimidad o seguridad de las personas, por más que se trate de conductas realizadas en el mercado con una finalidad concurrential.

5.2 · Conducta relevante

La conducta encuadrada en el ámbito de la prohibición de las prácticas agresivas es todo comportamiento que haga uso del acoso, coacción o influencia indebida. Esta relación de medios debe considerarse exhaustiva. Dicho en otros términos, no existen otros medios «agresivos», esto es, no existen otros medios (distintos del acoso, coacción e influencia indebida) cuyo empleo determine la «agresividad» de una práctica a los efectos del artículo 8 de la LCD. Y ello, sin perjuicio de que estas nociones sean conceptos en blanco, de lindes considerablemente amplios, y sin perjuicio, por otra parte, de que de este modo no se liberaliza ninguna conducta similar que sea contraria a las exigencias de la buena fe y adecuada para distorsio-

nar significativamente la conducta económica de su destinatario.

5.2.1 · Comportamiento

La conducta que con carácter general constituye una práctica agresiva se define legalmente como todo comportamiento, lo que significa tanto como toda conducta comprendida en el ámbito de aplicación de la Ley de Competencia Desleal. Así pues, la práctica agresiva es, desde este punto de vista, una conducta realizada en el mercado con finalidad concurrential, incluidas las que pueden denominarse conductas paracontractuales, esto es, las realizadas antes, durante o después de una transacción comercial (art. 2 LCD) distintas de la propia ejecución de las prestaciones comprometidas, por cualquier persona que participe en el mercado de forma organizada (empresario o profesional) (art. 3 LCD) y cualquiera que fuere su destinatario (art. 8 LCD).

Con ello, y del modo en que se ha apuntado, la Ley amplía el espectro de las prácticas agresivas respecto de la Directiva 2005/29/CE, que lo limita a su propio ámbito de aplicación, y por ello sólo a las prácticas comerciales (esencialmente coincidente en los actos realizados en el mercado con finalidad concurrential y conductas paracontractuales) realizadas por los empresarios en su relación con consumidores. Las prácticas agresivas son en el ordenamiento jurídico español, por lo tanto, un acto de competencia desleal general, y no específico de la relación empresario-consumidor, sin perjuicio de que cuando se produzcan en este último ámbito tengan un tratamiento especial y, en particular, tengan la consideración de prácticas comerciales desleales con los consumidores (art. 19.1 LCD) y, desde esta perspectiva, constituyan ilícitos en materia de defensa de los consumidores y usuarios (art. 49 l) de la LCU según la redacción dada en la Ley 29/2009).

La nota caracterizadora del comportamiento constitutivo de práctica agresiva reside en el medio empleado para la promoción de las prestaciones o de las operaciones comerciales y contratos, y en particular en el uso del acoso, la coacción o la influencia indebida a este objeto. De estos medios sólo la influencia indebida ha sido objeto de una determinación legal; el sentido y alcance que en este contexto deben atribuirse al acoso y a la coacción, en cambio, han de determinarse a partir del propio contenido de la Ley en esta materia, espe-

cialmente de la relación que estos medios guardan entre sí, de las circunstancias que se relacionan legalmente precisamente con la indicación de que se atienda a ellos para establecer si la conducta enjuiciada se vale del acoso, la amenaza o la influencia indebida (art. 8.2 LCD) y de los supuestos concretos de prácticas agresivas definidas como prácticas comerciales desleales con los consumidores en todo caso y en cualquier circunstancia (arts. 28 a 31 LCD). Con carácter previo debe advertirse, no obstante, que estos preceptos acaso no contribuyan mucho a configurar unas nociones particularmente precisas, puesto que ese catálogo, por una parte, acoge algunas prácticas que no parecen corresponderse con el entendimiento más común de lo que pudiera constituir acoso o coacción ni con la definición legal de influencia indebida (como es la exhortación dirigida a menores a la que se hace referencia en el art. 30 de la Ley), y puesto que, por otra parte, parece excluir otras que tradicionalmente se han encuadrado en este grupo de casos (como es el ofrecimiento de ventajas de atractivo excesivo).

5.2.2 · Acoso

A la luz de las circunstancias que se acaban de referir y especialmente de la fundamentación de la deslealtad de las prácticas agresivas y del contenido sustantivo que a ellas se proporciona en la propia Ley, el acoso consiste en perseguir, importunar, incomodar o apremiar al destinatario como medio para obtener su atención o su decisión respecto de una oferta o de una conducta contractual (contratación, ejercicio de un derecho, exigencia de saneamiento de un incumplimiento, restitución de un producto, etc.), sin que sea condición o característica propia del acoso el contacto personal entre oferente y destinatario (como es de ver, por ejemplo, de la inclusión de técnicas de *marketing* directo mecanizadas entre los supuestos de acoso del artículo 29 de la LCD).

Con carácter general, el acoso se revela adecuado para determinar la reacción del destinatario, para captar su atención por la oferta en contra de su voluntad y más allá de las posibilidades exigibles o razonables de escapar a la acción comercial del oferente (como sucede típicamente en el caso del *marketing* efectuado con medios de comunicación a distancia sin el necesario consentimiento), o incluso para ocasionar que su decisión de contratar la prestación promocionada o de observar una u otra

conducta contractual no venga motivada por lo genuino del interés por lo ofrecido o lo fundado de una reclamación, sino por el deseo de escapar a la incomodidad o dificultad de la situación creada por el oferente y, en general, por la falta de reflexión acerca de la necesidad o conveniencia de lo ofrecido o pretendido.

Supuestos de acoso considerados legalmente, en su caso merecedores de un reproche desleal *per se* como prácticas comerciales desleales con los consumidores, son el aprovechamiento o explotación de situaciones de infortunio y otras similares en las que la realización de una oferta o comunicación comercial se dirige a un destinatario que no está en condiciones de recibirla y valorarla con la reflexión y atención que merece (art. 8.2 *b*) de la Ley), como sucede cuando la oferta se hace en el mismo lugar de un accidente o en el del fallecimiento de una persona; la realización de ofertas directas (mediante visita a domicilio o envío de publicidad por medios de comunicación individual: fax, teléfono, correo electrónico) en contra de la voluntad del destinatario (art. 29 LCD); la exhortación a la compra dirigida a los menores (art. 30 de la Ley); la indicación de que el sustento o trabajo del oferente corre peligro si no contrata la prestación ofrecida (art. 31.3 de la Ley).

A la vista de esta relación legal de casos de acoso, también parece que deben quedar encuadrados en este grupo de casos la realización de publicidad y otras comunicaciones comerciales en situaciones en las que el destinatario no pueda evitarlas o no pueda evitarlas sin asumir unos costes o esfuerzo que no son razonables; la apelación a la compasión, solidaridad u otros sentimientos altruistas, o las apelaciones dirigidas a niños invitándoles a participar en eventos de carácter promocional. Asimismo, y por contraste con la noción de coacción (construida, como se verá, en torno a la irrogación de una desventaja) e influencia indebida (articulada, como se determina legalmente, en torno al abuso de la situación de poder a la que se refiere la propia Ley), parece que también pueden quedar comprendidas en las modalidades de acoso el prevalimiento de la relación de parentesco o de la relación social (amistad, vecindad, trabajo, etc.) que tiene el oferente o la persona de quien se vale el oferente para hacer llegar su oferta a sus destinatarios (*cf.* art. 2 *a*) de la Directiva 2005/29/CE), como puede suceder en la modalidad de promoción de ventas conocida como *padrinazgo* o en ciertas modalidades de venta directa como las organizadas por no-empresarios en reuniones en domicilios privados. Y otro tanto pue-

de decirse de la presión psicológica de compra, esto es, de las conductas 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 de no hacerlo así (cfr. art. 8.1 de la Ley de 1991), como sucede en el caso de las apelaciones dirigidas a los niños a las que se refiere el artículo 30 de la Ley de Competencia Desleal, las ofertas de transporte gratuito al establecimiento o la entrega de muestras (cfr. J. MASSAGUER, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, ob. cit., Art. 8 [17]-[18] y [21]).

Más dudoso es en cambio que el acoso comprenda también la apelación a sentimientos irracionales o indignos, como el miedo, la curiosidad o la xenofobia (cfr. RJP (Pleno) 19-IX-2003 «Estrella del Sur»). El hecho de que la apelación a la compasión se haya incluido como se ha visto entre los supuestos de acoso (art. 31.3 de la Ley) obra a favor de que esta noción se extienda también a este grupo de casos, pues con ellos tiene en común, sea la colocación del destinatario en una situación embarazosa de la que puede razonablemente desear librarse y necesitar de un esfuerzo excesivo para ello, sea la anulación de la racionalidad en la formación de preferencias y decisiones. En cambio el abordar en la calle queda al margen de este supuesto, pues no en vano el Considerando (7) de la Directiva 2005/29/CE lo presenta como ejemplo de publicidad de mal gusto o indecorosa (aparentemente sólo «*indeseable por motivos culturales*») que expresamente se declara fuera del ámbito armonizado y por ello mismo se sitúa en una esfera ajena al acoso propio de las prácticas agresivas.

5.2.3 · Coacción

La coacción se caracteriza en la Ley por el uso o la amenaza del uso de la fuerza o violencia, sea de la fuerza física, sea de otra clase de fuerza que pueda deparar una lesión, privación u otra desventaja material o inmaterial para el destinatario. Así resulta de la expresa advertencia de que el uso de la fuerza es un supuesto de coacción (art. 8.1 LCD), como también de la inclusión del empleo de lenguaje y comportamientos amenazadores e insultantes y de la advertencia de ejercicio de acciones que no puedan ejercitarse entre las circunstancias a las que debe atenderse para establecer si el comportamiento considerado hace uso de la coacción (art. 8.2 b) y e) de la Ley), y en fin de la consideración de que hacer creer al destinatario de la práctica que no puede abandonar el establecimiento sin

contratar es una práctica agresiva por coacción (art. 28 LCD).

Adviértase en particular que el anuncio de acciones, que comprende tanto la interposición de demandas y presentación de denuncias o actuaciones similares como la adopción de otras medidas encaminadas a proteger intereses o derechos, para el caso de que el destinatario diga o ejecute algo sólo entra dentro de la noción en la medida en que la acción anunciada no pueda ejercitarse legalmente (art. 8 e) de la Ley). Ello, a mi modo de ver, debe entenderse en el sentido de que la acción tal y como se anuncia, bien no existe en derecho, bien carece manifiestamente de sus presupuestos, lo que excluye que cualquier anuncio de acciones, como son los habituales requerimientos previos a la presentación de una demanda, pueda ser considerado constitutivo de coacción a estos efectos.

Y adviértase asimismo que la inclusión de las conductas insultantes en este ámbito permite, en general, extender la coacción a las conductas que puedan causar o anticipar lesiones psicológicas, esto es, extenderla al empleo de fuerza o violencia psicológica, como son las conductas que deparan la vejación, el ridículo, la difamación, etc. del destinatario.

Como se ve, la esencia de estos supuestos se halla en que se ocasiona o se advierte de que se ha de ocasionar un daño a la persona, bienes, derechos o intereses del destinatario como medio de apoyar el requerimiento de atención a la oferta, promover la contratación de lo ofrecido o determinar la decisión acerca del ejercicio o no de derechos derivados de la relación contractual.

De esta manera, por lo tanto, y como se ha avanzado, la utilización de la presión psicológica de compra queda excluida del ámbito de la coacción. En efecto, las conductas que se valen de esta clase de influencia encajan mejor en la noción de acoso cuando llevan o puede llevar al consumidor a decidirse por contratar la oferta para evitar el apuro que pasaría en otro caso, o en el ámbito de la influencia indebida cuando se vale del ofrecimiento de alicientes que mueven a prestar atención o contratar una oferta. Y, sobre lo anterior, las conductas consistentes en el ofrecimiento de proporcionar una ventaja o favor no se corresponden con el sentido propio del término escogido por el legislador (al que es propia la idea de empleo de la fuerza), ni en el caso de coacción incluido en el catálogo de prácticas agresivas desleales *per se* (art. 28 LCD), ni en las circunstancias a las que debe atenderse para apreciar la existencia de coacción (art. 8.2 LCD);

sistemáticamente, y del modo en que se ha de exponer seguidamente, esta situación encaja más adecuadamente en los casos de influencia indebida. Igualmente, y aun admitido que la coacción puede consistir en el empleo de una fuerza psicológica, no parece que el asociar el consumo o uso de un producto o servicio con la superación de problemas personales (timidez, aceptación social, etc.) o con la obtención de ventajas desligadas de las propiedades específicas del producto o servicio de que se trate pueda encuadrarse entre las prácticas agresivas.

5.2.4 · Influencia indebida

La influencia indebida es a estos efectos la utilización de una posición de poder en relación con el destinatario de la práctica para ejercer una presión (distinta de la que resulta del empleo de la fuerza física o el acoso) de compra. La definición del artículo 8 de la LCD ha prescindido de la referencia final a la limitación significativa de la capacidad del destinatario de tomar una decisión con conocimiento de causa que, en cambio, se hace en el art. 2 j) de la Directiva 2005/29/CE. Y ello, probablemente con buenas intenciones, pues aparentemente se trata de una indicación que reitera la exigencia general de distorsión significativa que contiene la propia definición de la práctica agresiva consistente en el uso de una influencia indebida como acto de competencia desleal (art. 8.1 II LCD), pero con la consecuencia sistemática de ampliar el ámbito de la influencia indebida como conducta relevante, pues no es necesario que la conducta enjuiciada limite de forma significativa la capacidad de decisión del destinatario para ser tenida por influencia indebida (como pedía la Directiva) y desplazar la consideración de este extremo a la determinación de si la utilización de poder considerada cumple la condición de deslealtad de este grupo de casos, esto es, puede mermar la libertad de elección del destinatario.

Frente al acoso y a la coacción, la influencia indebida se caracteriza por el aprovechamiento de una situación de poder, que puede ser propio del oferente o propio del tercero del que se vale el oferente para trasladar su oferta o su posición respecto de la celebración o cumplimiento del contrato (cfr. art. 2 b) de la Directiva 2005/29/CE), a la que está sujeto el destinatario de la práctica. Y ello, cualquiera que sea la naturaleza de esa situación de poder y, por tanto, tanto si tiene su origen en una relación jurídica (como la que resulta de un contrato de trabajo), en una relación social (como la que

media entre profesor y alumno) o en una relación de hecho debida a la previa realización de una prestación (como la entrega de una dádiva: *vid.* Considerando (21) de la Propuesta de Directiva y apartado 31) del Anexo I de la Directiva 2005/29/CE) o simplemente en lo inesperado de la práctica.

A mi modo de ver, pueden encuadrarse en este ámbito las conductas del tradicional grupo de casos denominado «abuso de autoridad» (J. MASSAGUER, *ob. ult. cit.*, Art. 5. [30]), que comprende el padrinazgo instrumentado por medio de superiores o personas con ascendiente sobre los destinatarios de la práctica o el prevalimiento de una posición de autoridad social (por ejemplo, el profesor en relación con alumnos o estudiantes), los obsequios publicitarios y la intrusión o injerencia en la esfera íntima del destinatario de la práctica (en las que la situación de poder resulta de la misma irrupción no esperable en esa esfera) distintos de las que se han encuadrado entre los actos de acoso, como sucede en el caso de que los envíos o prestaciones no solicitadas (que no se perciba como obsequio publicitario), que será desleal *per se* si comporta la exigencia del pago, devolución o custodia (art. 31.2 de la Ley); el prevalimiento de la mayor experiencia comercial, negociadora o financiera frente al destinatario de la práctica, como sucede en el caso de que se exija el cumplimiento de requisitos prácticos no razonables para poder recibir la prestación contratada (que será desleal *per se* si se produce en el contexto de la reclamación de la indemnización debida por aseguradora: art. 31.1 de la Ley), o como sucede con el empleo de advertencias o salvedades en la comunicación comercial al amparo de las cuales pueda pretender el oferente eludir su responsabilidad o librarse del cumplimiento de lo ofrecido, como son las cláusulas «hasta fin de existencias» y similares, «precios sujetos a variaciones», «oferta válida salvo error», «foto no real»; o con el abuso de la confianza depositada en el oferente.

En la Directiva 2005/29/CE se incluyen entre los casos de influencia indebida las prácticas conocidas como *sweepstake*, en las que el oferente comunica al destinatario la obtención de un premio en un concurso en el que no ha participado, para cuya obtención se revela necesario (no necesariamente de forma inadvertida) contratar la prestación promocionada (apartado 31) del Anexo I de la Directiva 2005/29/CE). El legislador español, como se ha dicho, ha decidido (sin justificación aparente) recalificar esta práctica e incluirla entre las prácticas engañosas (art. 22 de la Ley), perdiendo de vista con ello que la indicación de que la obtención del

premio depende de la realización de una contraprestación, incluida la contratación de un producto o servicio, puede contenerse de forma clara y precisa desde el principio, con exclusión del engaño, y de que incluso en esas circunstancias la Directiva ha considerado que esta práctica es una práctica agresiva desleal *per se*.

5.3 · Merma de la libertad de elección o conducta del destinatario

Del modo en que se ha señalado, el solo empleo del acoso, coacción o influencia indebida en un comportamiento dirigido a promover prestaciones o asegurar su difusión, incluidas las conductas paracontractuales, no constituye por sí un acto de competencia desleal. Es preciso que además «*sea susceptible de mermar de manera significativa la libertad de elección o decisión del destinatario*» y por ello afecte o pueda afectar el comportamiento del destinatario (art. 8.1 I de la Ley) y, sobre lo anterior, que así se compruebe en el caso enjuiciado (de hecho la efectiva comprobación de este extremo marca la diferencia entre la prohibición general de las prácticas agresivas como acto de competencia desleal y la prohibición de algunos grupos de estas prácticas como prácticas comerciales desleales con los consumidores: STJCE 14-I-2010, C-304/08 «Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV c. Plus Warenhandelsgesellschaft mbH»).

En esencia, este requisito de deslealtad consiste en la inducción al destinatario a tomar una decisión que de otro modo no habría tomado (art. 8 de la Directiva 2005/29/CE) o, lo que es lo mismo, en la distorsión significativa de su comportamiento económico (art. 2 e) de la Directiva 2005/29/CE); no se olvide, en este sentido, que la toma de una decisión que no se habría adoptado sin mediar la práctica enjuiciada es la esencia de la distorsión sustancial. Como se ve, por tanto, la afectación de la conducta económica del destinatario puede ser tanto efectiva como sólo potencial, no se requiere por tanto que en efecto tome una u otra decisión y que la adoptada no sea libremente adoptada, sino que basta con el riesgo real de que, en atención a las circunstancias del caso, ello pudiera ser así. Por otra parte, ese mismo riesgo de influencia negativa en la conducta de los destinatarios encarna la relevancia o «*manera significativa*» en que se produce la merma en la libertad del destinatario; dicho en otros términos, la relevancia exigida para que la merma de la libertad de elección o decisión que pueda ocasionar el

comportamiento enjuiciado determine su deslealtad no es cosa distinta de la misma aptitud de la práctica para afectar a la conducta del destinatario llevándole a tomar decisiones que de otro modo no habría tomado.

Esta influencia negativa se ha de proyectar sobre la libertad de la elección o conducta económica del destinatario. Ello significa, en primer término, que ha de incidir en los aspectos propios de la autonomía de las decisiones, y no ya sobre los relacionados específicamente con su racionalidad, esto es, en los motivos por los que se adopta una decisión reflexionada y querida. Y significa, en segundo término, que puede incidir tanto sobre el interés por una oferta (elección), esto es, sobre el proceso de formación de preferencias, como sobre la decisión de contratar la prestación o de adoptar una u otra conducta en relación con una oferta o con una prestación ya contratada, esto es, exigir el cumplimiento de lo ofrecido o de la prestación debida, ejecutar la prestación asumida, conservar un producto o ejercer cualquier otro derecho o facultad que resulte de la oferta o contrato.

Para establecer la concurrencia de este riesgo de distorsión del comportamiento de los destinatarios del acoso, coacción o influencia indebida ha de estarse a las circunstancias del caso o, como indica la Directiva 2005/29/CE, ha de atenderse al contexto fáctico del caso. Siendo estas prácticas por su propia naturaleza adecuadas para influir en la reacción de los destinatarios a una oferta o a un impedimento o dificultad en el ejercicio de su derecho contractual o en la exigencia del cumplimiento de una promesa o de una obligación, la esencia de su aptitud para mermar su libertad de actuación se encuentra estrechamente conectada con la intensidad de la práctica, así como con la oportunidad o contexto en que se produce. De este modo, la determinación de este extremo entronca con las circunstancias de la propia práctica y, por lo tanto, con los indicadores de la existencia de acoso, coacción o influencia indebida señalados por la Ley (art. 8.2 LCD) y, en especial, con el lenguaje y actitudes adoptadas por el oferente, la capacidad de atención que tiene el destinatario en el momento y lugar en el que se expone a la acción del empresario o profesional, la razonabilidad y dificultad de cumplimiento de los requisitos o condiciones no previstos que limitan la obtención de lo ofrecido o el disfrute de lo comprometido por el oferente o la reiteración de la práctica enjuiciada, así como con la inexistencia de justificación objetiva y legítima (como la exigencia del cumplimiento de un contra-

to prevista en el apartado 25 del Anexo I de la Directiva 2005/29/CE y olvidada en el artículo 29 de la Ley) o la existencia de un contacto personal entre oferente y destinatario, que ciertamente intensifica la potencialidad distorsionadora de la libertad de elección y decisión de los consumidores. Y todo ello, valorado siempre desde la perspectiva del destinatario del acoso, la coacción o la influencia indebida y, en especial, a la vista de su capacidad de resistencia a la presión así ejercida y de las posibilidades reales y efectivas de liberarse de ella, apreciadas unas y otras a la luz de las nociones de consumidor medio o, en su caso, de consumidor especialmente vulnerable y teniendo en cuenta, por otra parte, si la conducta enjuiciada pudiera estar objetivamente justificada, como es la advertencia del ejercicio de acciones en defensa de los propios derechos e intereses ante la realización u omisión de cierta conducta (arg. ex art. 29.2 de la Ley), y si en tal caso se ha realizado de forma proporcionada a las circunstancias.

A mi modo de ver y con carácter general, atendida la propia agresividad de la conducta de que se trata, la aptitud para influir negativamente en el comportamiento económico de los destinatarios deberá afirmarse en todos los casos en los que sus destinatarios no puedan escapar a la influencia a que se les somete (por medio de acoso, coacción o influencia indebida) de forma razonablemente sencilla y sin caer precisamente en aquello que el destinatario evitaría dejándose vencer por el acoso, coacción o influencia indebida (esto es, aquello que vitaría prestando atención a la oferta, contratando lo ofrecido, cumpliendo lo comprometido o dejando de exigir lo debido) sin necesidad de caer en una situación de embarazo o vergüenza, sin necesidad de ponderar con cuidado las ventajas de lo ofrecido cuando no se está en condiciones de reflexionar, sin necesidad de estudiar con algún detenimiento la propia posición jurídica frente al oferente o suministrador de un producto o servicio para decidir si lo que se le exige o se le niega está justificado, sin tener que cumplir trámites que cuando estén previstos legal o contractualmente vayan más allá de lo dispuesto para evitar la práctica, etc. Y ello, debiéndose reparar en que el umbral de relevancia es bajo, como pone de manifiesto la propia definición de las prácticas agresivas *per se*, pero al tiempo sin prescindir de una visión realista del destinatario medio y en particular de su experiencia y reacción esperable frente a las acciones promocionales, propuestas o estrategias contractuales de los anunciantes, oferentes o contrapartes.

6 · PRÁCTICAS AGRESIVAS DESLEALES PER SE COMO PRÁCTICAS COMERCIALES CON CONSUMIDORES

La regulación sustantiva de las prácticas agresivas se completa con un catálogo, contenido en los arts. 28 a 31 de la Ley, de prácticas agresivas que son consideradas desleales *per se*, esto es, «*en todo caso y en cualquier circunstancia*» cuando se realizan por empresarios o profesionales en el marco de relaciones con consumidores, esto es, cuando tienen precisamente la consideración de prácticas comerciales con consumidores (art. 19 de la Ley) y por tanto se sitúan en el ámbito de la armonización comunitaria. Como se ha indicado estos preceptos son resultado de la transposición de los apartados 24) a 31) del Anexo I de la Directiva 2005/29/CE.

Se trata por tanto de conductas concurrentialmente relevantes, es decir, comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley de Competencia Desleal (pues son prácticas agresivas del artículo 8 de la Ley, y no prácticas comerciales del artículo 19 de la LCU, aunque sustantivamente no existe diferencia) que se valen del acoso, coacción o influencia indebida cuya deslealtad no se somete a la comprobación de que, en el caso considerado, hacen uso efectivo del acoso, la coacción o la influencia indebida y además son susceptibles de mermar de forma significativa la libertad de elección o conducta de los destinatarios y ello porque según máximas de experiencia comportan necesariamente acoso, coacción o influencia indebida y entrañan por sí esa aptitud para distorsionar significativamente el comportamiento de los consumidores.

Sin embargo, este planteamiento del legislador no implica que la aplicación de los correspondientes preceptos resulte en forma alguna mecánica, esto es, comporte un simple ejercicio de verificación de datos objetivos y de sencilla subsunción del supuesto de hecho en la norma. En no pocas ocasiones el ejercicio exigido para la aplicación de estas normas comporta la ponderación de las circunstancias en que se desenvuelve la práctica, la consideración de sus consecuencias más probables sobre la conducta del consumidor o incluso la realización de juicios de valor. Así, por ejemplo, la aplicación del artículo 29 de la Ley de Competencia Desleal requiere comprobar el entendimiento del consumidor (si cree o no que puede abandonar el establecimiento sin contratar); la del artículo 29.2 de la Ley de Competencia Desleal, examinar en qué circunstancias el envío de comunicaciones no solicitadas está justificado para hacer cumplir una obli-

gación; la del artículo 30 de la Ley de Competencia Desleal, precisar cuándo una comunicación comercial comporta una «*exhortación directa*» a los niños; o la del artículo 31.1 de la Ley, establecer cuándo el requisito exigido no es necesario para determinar la existencia de siniestro o el importe de los daños ocasionados o cuándo se deja de atender «*sistemáticamente*» la correspondencia.

La delimitación estrecha de la deslealtad *per se* con que se sancionan estas prácticas agresivas, esto es, la sujeción de su calificación como prácticas desleales en todo caso y en cualquier circunstancia al cumplimiento de los requisitos indicados en la norma correspondiente no expresa de ninguna forma que en ausencia de esos requisitos la práctica en cuestión haya quedado liberalizada; por ejemplo, no se liberaliza el informar expresamente al consumidor de que el trabajo o sustento de un trabajador o varios trabajadores del empresario o profesional dependa de la contratación del producto o servicio ofrecido (advirtiéndose que el artículo 31.3 de la Ley sólo se refiere al empresario o profesional, pero no a sus colaboradores), ni el envío no solicitado de productos sin exigencia de pago, devolución o custodia (como se requiere en el artículo 31.2 de la Ley). Por el contrario, esas prácticas pueden igualmente constituir una práctica agresiva desleal con arreglo al artículo 8 de la Ley si, atendido su entorno contexto fáctico y circunstancias que rodean su realización, merman o pueden mermar de manera significativa la libertad de comportamiento del consumidor y por ello afectan o pueden afectar a su comportamiento económico.

En particular, se consideran prácticas agresivas desleales (*per se*) como prácticas comerciales con los

consumidores, en las condiciones en cada caso señaladas legalmente, la inducción a hacerles creer que no pueden abandonar el establecimiento sin contratar (art. 28 de la Ley); la visita domiciliaria en contra de la voluntad del consumidor, expresada en el acto o con anterioridad (art. 29.1 de la Ley); el envío de comunicaciones comerciales no solicitadas y persistentes por teléfono, fax, correo electrónico u otros medios de comunicación a distancia, cuya calificación como práctica desleal es independiente del cumplimiento o no de las normas sobre protección de datos de carácter personal, de modo que el cumplimiento de esta normativa no exime del reproche de deslealtad (art. 29.2 de la Ley) y otras normas relativas a la publicidad directa, como las existentes en materia de servicios de la sociedad de la información o de telecomunicaciones (art. 21.1 de la LSSI y art. 38.3 h) de la LGT); la exhortación directa a niños para que adquieran bienes o usen servicios (se supone que para su adquisición previa o posterior) o convenzan a padres o guardadores de que los adquieran (art. 30 de la Ley); la exigencia de requisitos desproporcionados a quien reclame la indemnización de un siniestro (tomador, beneficiario o tercero perjudicado), la presentación de documentos innecesarios para demostrar verificación del siniestro o importe de daños o el no atender sistemáticamente a la correspondencia al respecto a fin de disuadirle de la reclamación (art. 31.1 de la Ley); la exigencia de pago, devolución o custodia de productos o servicios suministrados sin haber sido previamente solicitados por el destinatario (art. 31.2 de la Ley); la información de que el trabajo o sustento del profesional o empresario corren peligro si el consumidor no contrata el producto o servicio ofrecido (art. 31.3 de la Ley).