

TESIS DOCTORAL

2019

**LAS PRÁCTICAS AGRESIVAS DESLEALES EN EL
MERCADO Y LA TUTELA DEL CONSUMIDOR**

YOLANDA AGUILAR OLIVARES

**PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES**

DIRECTORA: EVA M. DOMÍNGUEZ PÉREZ

LAS PRÁCTICAS AGRESIVAS DESLEALES EN EL MERCADO Y LA TUTELA DEL CONSUMIDOR.

CAPITULO I: EL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y LA TUTELA DEL CONSUMIDOR: DERECHO ANTITRUST, PROPIEDAD INDUSTRIAL Y COMPETENCIA DESLEAL. 9

1	Introducción.....	9
1.1	Políticas de protección de los consumidores y usuarios en la Unión Europea. ..	9
1.2	Planteamiento de la obra.	10
1.3	Metodología a seguir.....	13
2	Primeros pasos del Derecho de la competencia desleal: orígenes y sistemas de regulación.....	17
3	Breves indicaciones sobre el Derecho Antitrust americano.	22
4	Antecedentes en Europa del Derecho de la competencia desleal.....	25
5	Estado del bienestar y protección de los consumidores.	28
5.1	Fuentes del Derecho Comunitario y tutela de los consumidores.	30
5.1.1	Derecho Originario de la CEE y tutela de los consumidores.....	30
5.1.2	Derecho Derivado de la Unión Europea y la tutela del consumidor.....	36
5.2	Armonización de la normativa europea en materia de consumo.	42
6	Política de protección de los consumidores y usuarios y competencia desleal.	51
7	Antecedentes de la competencia desleal en Europa y su transposición al ordenamiento jurídico español.....	53
7.1	Incorporación al Derecho español de la regulación de la normativa de la UE relativa a las prácticas comerciales desleales con consumidores.	56
7.2	Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. La reforma de 2009.....	60
8	Nuevos planteamientos en el Derecho español en la tutela del consumidor: la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para	

la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias, aprobado por el Real decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre de 2007 y sus modificaciones.. 69

8.1	Principales modificaciones introducidas por la Ley 3/2014, de 27 de marzo y su impacto en la materia de competencia desleal.	70
8.1.1	Deber de información.	71
8.1.2	Entrega de bienes.	74
8.1.3	Contratos a distancia y fuera de establecimiento mercantil.	74
8.1.4	Derecho de desistimiento.	75
8.1.5	Información precontractual versus práctica comercial.	76
8.1.6	La nueva regulación en materia de contenidos digitales.	77

CAPITULO II. LAS PRÁCTICAS AGRESIVAS DE MERCADO SOBRE LOS CONSUMIDORES. 78

1	Ámbito normativo de las prácticas agresivas de mercado sobre los consumidores.	78
2	Noción de práctica agresiva.	83
3	Cláusula general de represión del Derecho de la competencia desleal y prácticas agresivas.	88
4	Breve referencia del catálogo de prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios.	91
4.1	Prácticas agresivas por coacción, por acoso, otras prácticas agresivas, y prácticas agresivas con los menores.	91
4.2	Propuesta de prácticas agresivas no expresamente tipificadas en LCD. Referencia a la publicidad agresiva.	93
5	Ámbito objetivo de aplicación.	94
5.1	En el mercado.	96
5.2	La cláusula del mercado interior.	98
5.3	Fines concurrenciales.	101
6	Ámbito subjetivo de aplicación: consumidores y empresarios.	107

6.1	Introducción.....	107
6.2	Consumidores: destinatarios de las prácticas agresivas.....	115
6.2.1	Especial referencia al consumidor en el sector de la publicidad: el derecho del consumidor a la información y las prácticas agresivas.....	115
6.2.2	El concepto de consumidor medio y su repercusión en las prácticas agresivas.....	119
6.2.3	Especial referencia al consumidor medio no especializado y prácticas agresivas.....	124
6.2.4	El novedoso criterio del consumidor vulnerable y su incidencia en las prácticas agresivas.....	126
6.2.4.1	Consumidor vulnerable:.....	126
6.2.4.2	Consumidor fragmentado:.....	129
6.2.4.3	Consumidor constitucionalizado.....	129
6.2.4.4	Consumidor electrónico.....	130
6.2.5	Nuevos consumidores y prácticas agresivas.....	131
6.3	Empresarios: sujetos activos de las prácticas agresivas.....	135
6.3.1	El concepto de diligencia profesional y prácticas agresivas.....	135
6.3.2	Las prácticas honestas del mercado.....	142
6.3.3	El principio de buena fe en el ámbito de las prácticas comerciales agresivas en torno a la diligencia profesional del empresario.....	143
7	Presupuestos de las prácticas agresivas.....	152
7.1	Planteamiento del comportamiento del consumidor.....	153
7.2	Definición del comportamiento económico del consumidor.....	155
7.3	Especial referencia a las contribuciones de la <i>Law and Behavioral Science</i> ..	157
8	Requisitos de las prácticas agresivas.....	158
9	El consumidor y las fases de la relación contractual en la que pueden producirse las prácticas agresivas.....	160

9.1	Fase precontractual.....	160
9.1.1	Especial referencia a las comunicaciones comerciales <i>on line</i> y prácticas agresivas.	163
9.2	Fase contractual.....	163
9.3	Fase post contractual.	165
CAPITULO III. LAS PRÁCTICAS COMERCIALES AGRESIVAS Y SUS TIPOS.....		168
1	Especial referencia a la publicidad agresiva.....	168
1.1	Planteamiento general.	168
1.2	Posible consideración de la exageración publicitaria como publicidad agresiva. 171	
1.3	La venta a pérdidas y las prácticas agresivas.	172
2	Las técnicas de negociación desleales.	179
3	Las omisiones engañosas de información.	179
4	Prácticas agresivas por coacción.	181
4.1	El artículo 28 LCD: planteamiento del ilícito desleal.	181
4.2	La remisión al Derecho Penal en el artículo 28 LCD.	183
4.3	Algunas manifestaciones de práctica agresiva desleal por coacción: sistemas de <i>time sharing</i> y coacción.	185
5	Prácticas agresivas por acoso.	188
5.1	Planteamiento general.	188
5.2	Prácticas agresivas por acoso con presencia física del empresario en el domicilio del consumidor: “El lugar” como criterio esencial en la práctica agresiva por acoso (art. 29. 1. LCD).	190
5.3	Las propuestas comerciales no deseadas y reiteradas: los nuevos medios de publicidad y las prácticas agresivas ex artículo 29.2 LCD.	190
5.4	Especial referencia al acoso telefónico: Recientes planteamientos jurisprudenciales.	195

6	Las prácticas agresivas cometidas por influencia indebida.....	198
6.1	Planteamiento general.....	198
6.2	Especial referencia al bundling y typing.....	201
6.3	Consideraciones sobre el <i>bundling</i>	202
6.4	Consideraciones sobre el sistema de ventas “ <i>Typing</i> ”.....	203
7	Especial referencia al telemarketing.....	206
8	Breve referencia a otras prácticas agresivas.....	208
8.1	Manifestaciones de la lista negra en el Derecho español de la competencia desleal: el artículo 30 LCD y el artículo 31 LCD.....	208
8.2	Manifestaciones de la lista negra en el Derecho español de la competencia desleal: artículo 31 LCD.....	211
8.2.1	Práctica agresiva en relación con la reclamación de indemnización en el marco de un contrato de seguro (art. 31. 1. LCD).....	211
8.2.2	Prácticas agresivas en relación a suministros no solicitados (art. 31. 2. LCD). 214	
8.3	Manifestaciones de la lista negra en el Derecho español de la competencia desleal: las prácticas agresivas en relación con los menores (art. 30 LCD).....	217
CAPITULO IV. CONSIDERACIONES SOBRE ECONOMÍA COLABORATIVA Y PRÁCTICAS AGRESIVAS DEL MERCADO.....		220
1	Aproximación al concepto de la economía colaborativa.....	220
2	Noción amplia de la economía colaborativa.....	223
3	El planteamiento de la UE sobre la economía colaborativa.....	226
4	Naturaleza jurídica del contrato suscrito con el consumidor en la economía colaborativa.....	231
4.1	Sujetos intervinientes.....	232
4.2	Las plataformas digitales en la economía colaborativa.....	232
4.3	Las plataformas colaborativas.....	234

4.4	Prestadores de los servicios u oferente de los productos.	236
4.5	Especial referencia al “Prosumidor”.	239
5	El nuevo consumidor en el mundo globalizado y la economía colaborativa: el prosumidor y la ausencia de habitualidad en el consumo.	242
6	El contrato de intermediación entre los usuarios y las plataformas en la economía colaborativa.	246
7	La economía colaborativa y las prácticas agresivas de mercado.	248
8	Las practicas agresivas en materia de competencia desleal en las redes: “ <i>influencer marketing</i> ”.	257
8.1	Concepto y clasificación de los denominados “ <i>influencers</i> ”.	257
8.2	Marketing de “ <i>influencers</i> ”.	259
8.3	Régimen jurídico. Posible consideración de la práctica del “ <i>influencer</i> ” como práctica agresiva de mercado conforme a la LCD.	260
CAPITULO V. LA ACTUACIÓN JUDICIAL Y EXTRAJUDICIAL EN MATERIA DE PRÁCTICAS AGRESIVAS DESLEALES CON LOS CONSUMIDORES.		263
1	Breve introducción.	263
2	Actuación judicial en materia de competencia desleal.	267
2.1	Acciones en materia de competencia desleal.	268
2.2	Prescripción de la acción en competencia desleal <i>ex art. 35 LCD</i> y especialidades.	269
2.3	Legitimación activa en materia de competencia desleal.	271
2.3.1	Ministerio Fiscal.	272
2.3.2	Algunas consideraciones sobre la legitimación procesal de las Asociaciones de consumidores y usuarios en materia de competencia desleal.	274
2.3.2.1	El interés difuso y el interés colectivo y la relevancia de su determinación para el ejercicio de la acción por competencia desleal.	278
2.3.2.2	Especial referencia a la acción de cesación en el marco de las prácticas agresivas de mercado contra los consumidores.	280

2.3.3	Legitimación activa del Instituto Nacional de Consumo (INC) y demás organismos o entidades de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales.	283
2.3.4	Legitimación de las entidades de los Estados miembros de la Unión Europea.	284
2.4	Legitimación pasiva en materia de competencia desleal. La especial relevancia de la responsabilidad solidaria en la realización de prácticas agresivas con los consumidores.....	284
2.5	Infracciones y sanciones en materia de competencia desleal con relación a la defensa de los consumidores y usuarios: la práctica agresiva como infracción administrativa.....	287
2.6	Códigos de Conducta y prácticas agresivas.....	291
3	Resolución extrajudicial de ilícitos desleales. Especial referencia a las prácticas agresivas en materia de competencia desleal.....	294
3.1	La Autorregulación publicitaria y su posible aplicación a las prácticas agresivas desleales.....	294
3.1.1	Breve referencia a la Autorregulación en Europa.....	295
3.1.2	“European Advertising Standards Alliance” (EASA).....	297
3.1.3	La autorregulación en España: Autocontrol y la publicidad agresiva.	298
3.2	Sistemas de Resolución Extrajudicial de Conflictos y su posible aplicación en materia de prácticas agresivas desleales.....	302
3.2.1	Breve introducción.....	302
3.2.2	Antecedentes.....	302
3.2.3	Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 y el Reglamento 524/2013, sobre resolución de litigios en materia de consumo.....	305
3.3	Arbitraje de consumo y prácticas agresivas desleales.....	307
3.3.1	Introducción.....	307

3.3.2	Ley 7/2017, de 2 de noviembre, de Resolución alternativa de litigios en materia de consumo.....	309
4	Ejercicio del derecho de desistimiento por el consumidor en relación a la contratación realizada en el marco de prácticas agresivas desleales.....	315
4.1	Antecedentes del derecho de desistimiento.....	316
4.2	Referencia a la regulación actual.....	319
4.3	Derecho de desistimiento y práctica agresiva de mercado con los consumidores. 325	
	RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES.....	328
1	RECAPITULACIÓN.....	328
2	CONCLUSIONES.....	332
	ABREVIATURAS.....	336
	BIBLIOGRAFÍA.....	338

CAPITULO I: EL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y LA TUTELA DEL CONSUMIDOR: DERECHO ANTITRUST, PROPIEDAD INDUSTRIAL Y COMPETENCIA DESLEAL.

1 Introducción.

1.1 Políticas de protección de los consumidores y usuarios en la Unión Europea.

Las políticas de protección de los consumidores y usuarios en la Unión Europea se desarrollan inicialmente a lo largo de los años 60 y tuvieron como referente la Carta del Consumidor de 1973 del Consejo de Europa, y es por tanto, podríamos decir, la época de inicio de esa política comunitaria.¹

Es de destacar que son cuatro las fases con las que cabe describir la evolución comunitaria²

- Primera fase: 1957-1972, La Europa de los comerciantes no prestó atención alguna a la defensa de los consumidores, sino por la vía de la libre competencia y la mejora de la calidad de vida.
- Segunda fase: 1972-1984: a partir de la cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de 1972 se potenció una Europa de los ciudadanos en la que había que desempeñar un papel central del consumidor, para ello se definieron sus derechos en los diferentes programas que más adelante veremos.
- Tercera fase 1984-2001: se consolida el diseño anterior a través de la publicación de importantes Directivas.

¹ BRETAL VAZQUEZ, J.M., “*La actividad del Consejo de Europa en el ámbito de la protección del consumidor*”, RAP, número 90, 1979, pp. 329-347.

² GUILLEN CARAMES, J., “*El Estatuto Jurídico del Consumidor*”, Civitas, Madrid, 2002, pp.107 y ss.

- Cuarta fase: 2001-actualidad: se define por la reelaboración y sistematización de las normas de consumo en busca de un mercado interior con un derecho común más orgánico y coherente.

1.2 Planteamiento de la obra.

El objetivo de esta obra es el análisis de las prácticas agresivas en el mercado y la tutela del consumidor. Como es sabido, la regulación de las prácticas agresivas que pueden influir en el comportamiento económico del consumidor constituye una novedad en el Derecho europeo de la competencia desleal, así como en las legislaciones de los diferentes Estados miembros.

Como veremos, el Derecho de la competencia desleal ha evolucionado en estos últimos años y muy especialmente con la Directiva 2005/29/CE,³ y en concreto con la transposición a nuestro ordenamiento interno con la publicación de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por el que se modifica la competencia desleal y la publicidad de los consumidores y usuarios⁴. Esta Ley nace con el propósito de que la “horizontalidad” de la legislación protectora de los consumidores se integre coherentemente dentro de la regulación del mercado, y se obtenga así la tutela efectiva de los consumidores en el marco del sistema de la leal competencia.

Para analizar las prácticas agresivas en el mercado -objetivo principal de este Trabajo de investigación-, es imprescindible exponer -siquiera brevemente-, los orígenes y la transformación que han experimentado el Derecho Antitrust, la Propiedad Industrial y la

³ 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, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE, y 2002/65/CE del Parlamento Europeo, y del Consejo y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, L149 de 11.6.2005, p. 22.

⁴Ley 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 (BOE, nº 35, de 31 de diciembre de 2009).

Competencia Desleal, con el claro objetivo de investigar cómo ha ido encajándose la tutela y protección del consumidor en las diferentes etapas de su evolución. Sólo así podremos exponer el tratamiento jurídico que el consumidor recibe en la normativa actual en cuanto que vinculado a las prácticas del mercado, y es en este marco en el que analizaremos en particular la tutela del consumidor en el marco de las denominadas prácticas agresivas en el mercado.

Como el análisis del Derecho de la Competencia exige, cualquier aproximación a este sector jurídico necesariamente debe estar guiado por la propia normativa reguladora tanto la nacional como de la Unión Europea, pero sin prescindir en absoluto de los hechos que rodean a cada supuesto en particular. En este sentido, y como exige cualquier análisis desde el prisma del Derecho de la competencia desleal, prestaremos especial atención a la jurisprudencia tanto nacional como de la Unión Europea más relevante sobre la materia. Y, finalmente, como la propia naturaleza del Derecho de la Competencia exige, también, prestaremos la debida atención a los planteamientos que sobre la materia procedan del Derecho Económico.

Asimismo, y en esta línea de investigación, es esencial *el destinatario* de las prácticas agresivas, a quien van dirigidas los comportamientos agresivos en materia de competencia desleal con los consumidores. Son consumidores aquellas personas físicas que actúan con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, así como aquellas personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial, como señala el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios⁵.

Como veremos en el desarrollo del estudio, el concepto de “consumidor medio”, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, concepto creado y asumido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como concepto de referencia para determinar si una publicidad o las prácticas utilizadas por los empresarios son o no desleales, y que han

⁵ BOE, nº 27 de 30/11/2007.

supuesto por ello una alteración del comportamiento económico del consumidor, puede que no se ajuste a la realidad socio-económica actual.

Y, es en esta coyuntura actual en la que nos encontramos, en la que la doctrina está discutiendo abiertamente si los avances en las técnicas de marketing o publicidad (como el neuromarketing) no deberán conllevar proporcionalmente las necesarias políticas de formación e información del consumidor, y por ende, el replantearse el concepto de consumidor suficientemente informado y razonablemente atento y perspicaz, ya que no se ajusta a la dinámica y a la evolución de las relaciones comerciales actuales.

En este sentido, se hará un análisis exhaustivo de los nuevos conceptos de consumidores en concordancia con las relaciones comerciales actuales y en especial con las contrataciones a distancia, y principalmente con la contratación *on line*, siempre en el marco de las prácticas agresivas. Además, se hará especial referencia a la relación de estas nuevas figuras de consumidores con la puesta en el mercado por parte de los empresarios, proveedores o vendedores, de sus técnicas de información y publicidad en el marco de la regulación de las prácticas agresivas en materia de competencia desleal.

Conjuntamente a este nuevo cambio de rumbo de la figura del consumidor y de las nuevas relaciones comerciales, y a mayor abundamiento en nuestro marco europeo que promociona las relaciones comerciales transfronterizas en los diferentes Programas europeos, aparece en nuestra sociedad la economía colaborativa, *sharing economy* o consumo colaborativo.

Este nuevo modelo de comercio, cuyas cifras en estos últimos años ha ascendido a números inimaginables cinco años atrás, modifica los estándares tradicionales de la economía de mercado. En este nuevo modelo, el consumidor asume un rol un tanto diferente, el rol de empresario, de intercambiador de sus productos y servicios, es decir, tiende a racionalizar la adquisición de productos y servicios para lo que se convierte en usuario de las nuevas tecnologías. La información y formación en el manejo de las nuevas plataformas comerciales evidencian que el consumidor ha modificado sus hábitos de consumo.

La utilización por parte de los consumidores de plataformas *on line*, en las que en algunas ocasiones las condiciones están marcadas por las compañías creadoras de las plataformas colaborativas y por tanto la adhesión, el alta o el registro en esa plataforma llevará consigo la aceptación de unas condiciones generales de la contratación, como si de un contrato en

masa se tratase. Conjuntamente a esas condiciones generales, surge todo tipo de información y publicidad a una velocidad (óptica) imparable, a través de la propia plataforma utilizada como medio publicitario; y es en este punto en el que este comportamiento de los empresarios para dar a conocer sus servicios antes que los de los competidores, pudiera ser constitutivo de prácticas agresivas, y por ello ser calificado como desleal.

Otro de los aspectos que se tratarán será la coexistencia de la regulación actual de las novedosas prácticas agresivas en materia de competencia desleal en la Ley de Competencia Desleal vigente con la inclusión de estas prácticas en el Código Penal (CP), incorporándose un nuevo delito de acoso o *stalking* en el artículo 172 ter (CP), centrándonos básicamente en el análisis detallado de las practicas agresivas desleales en la Ley de Competencia Desleal.

1.3 Metodología a seguir.

En este estudio se ha seguido una metodología idónea para lograr el objetivo deseado, que es poder exponer a la ciencia jurídica la importancia que tiene la protección del consumidor en la nueva regulación de las prácticas agresivas en materia de competencia desleal, teniendo en cuenta la nueva configuración de la economía de mercado, en la que ha surgido con fuerza la nueva figura del consumo colaborativo en la que la figura del consumidor tradicional ha evolucionado a un consumidor con unos intereses diferentes y más acostumbrado al uso de las nuevas tecnologías; para ello se proponen en cinco capítulos comprensivos de tales cuestiones.

En el primer capítulo, se expone la evolución sistemática del Derecho de la Competencia desleal, el Derecho Antitrust y la Propiedad Industrial con el objetivo de clarificar cómo se ha ido implantando la protección de los consumidores una vez instaurado el modelo social en el proceso al Estado del Bienestar. A continuación, se sitúa el marco normativo del Derecho de la competencia desleal desde sus orígenes, así como la transformación que han experimentado el Derecho Antitrust, la Propiedad Industrial y la Competencia Desleal, con el objetivo claro de investigar cómo ha ido encajándose la tutela y protección del consumidor en las diferentes etapas de su evolución, tanto el Derecho Antitrust americano como en el Derecho de la Unión Europea y nacional.

En concreto, a nivel de la Unión Europea se presenta la implantación de la materia del Derecho de competencia desleal en tres países que son esenciales para la evolución del tema que se aborda en esta Tesis doctoral: Francia, Alemania y Gran Bretaña. Es conocido que la creación de la Comunidad Europea (Tratado de Roma en 1950) de una parte, y el papel esencial jugado en esta materia por Alemania (con la Ley de Restricciones de la competencia de 1957) marcan una nueva era en el mercado europeo y del Derecho de la Competencia.

En definitiva, esta línea argumental es esencial para la delimitación de las políticas de protección de los consumidores en relación con la regulación de las prácticas agresivas en materia de competencia desleal

Asimismo, la horizontalidad de la política de protección de los consumidores se consagra en 1997 en la Unión Europea como política que debe ser tomada en cuenta en todas las disciplinas que puedan repercutir los intereses generales de los consumidores.

Por último, este capítulo se centrará en el estudio del desarrollo del Derecho de competencia desleal en España, sus antecedentes, evolución y su adaptación a las normas de protección de los consumidores para regular el principio de autonomía de la voluntad del consumidor, es decir, que tenga criterios suficientes para estar en condiciones de tomar una decisión en la formalización de una compra, y que por tanto intervengan como elementos esenciales la voluntariedad y la autonomía, y por ende, la posibilidad que tienen las personas de regular libremente sus intereses, ejercitar los derechos subjetivos de los cuales son titulares y concertar negocios jurídicos. Ahora bien, como es bien sabido, las leyes protectoras de los consumidores ponen límites a la autonomía de la voluntad cuando una de las partes contratantes (consumidor), no tienen poder de decisión en las condiciones contractuales.

En el segundo capítulo se desarrollará la novedad normativa de la regulación de las prácticas agresivas en la Directiva 2005/29/CE y en la Ley de Competencia Desleal de 2009, como prácticas comerciales desleales, ya que no existía normativa específica que abarca esta materia ni se haya tratado suficientemente la repercusión que ha supuesto para la tutela de los intereses económicos de los consumidores. En la esencia de la práctica agresiva, como es bien sabido, se encuentra la alteración del comportamiento del consumidor, consecuencia de la invasión del derecho a la autonomía de la voluntad en base a que el empresario o proveedor de productos o servicios pretende, a través de actos u omisiones, conseguir

convencer y alterar la decisión última del consumidor provocando la adquisición o contratación de un bien o servicio del que no tenía ningún deseo previo, incluso puede hasta decirse que llegue a ningún apego por el tipo de producto adquirido, y que además no se encuentra dentro de sus gustos y tendencias. Sucede, en definitiva, que la capacidad volitiva del consumidor ha sido tan influenciada que le ha sido posible modificarla.

Por supuesto, en esta línea de estudio es imprescindible delimitar con precisión -y es lo que se hará en este estudio- la figura del “consumidor medio” afectado por la comisión de prácticas comerciales agresivas y la falta de diligencia profesional y con fines concurrenciales del empresario.

Por ello, se desarrollará el planteamiento de la aparición de unas nuevas figuras de consumidor, ya que el concepto de consumidor medio, consolidado por la jurisprudencia del TJUE como consecuencia de la transformación de la economía de mercado y la sociedad motivado entre otros factores por la importante crisis económica y financiera mundial, ha generado un cambio en la filosofía del consumo en el consumidor, conllevando la constitución de nuevas figuras de consumidores, que afectan a la aplicación de la nueva regulación de las prácticas agresivas en materia de competencia desleal.

Por lo tanto, el planteamiento inicial parte de la idea de si el criterio general debe delimitar el ámbito subjetivo en el caso de la comisión de una práctica comercial agresiva. Asimismo, será una cuestión de estudio el ámbito en el que se produzca los hechos susceptibles de calificarse de prácticas comerciales agresivas, el momento contractual en el que se sitúe esa práctica comercial, la delimitación de la fase de la formalización del contrato; todo ello llevará, como es lógico, a efectos para el consumidor substancialmente diferentes, y por tanto, la repercusión en sus intereses económicos también será completamente distinta.

En definitiva, se observa que en esta investigación ha sido esencial delimitar la noción de la práctica agresiva para determinar así su repercusión en el comportamiento del consumidor, así como el ámbito objetivo como el ámbito subjetivo de aplicación, especificando los nuevos tipos de consumidores (conceptos como el consumidor vulnerable, el consumidor informático), como el ámbito temporal o la fase contractual en la que acontecen las prácticas agresivas (fase precontractual, previa a la formalización del contrato, como en la fase de realización del contrato y la fase postcontractual).

Seguidamente, *en el Capítulo tercero*, se analizarán con precisión los tipos de prácticas agresivas, es decir, aquellas prácticas agresivas que utilizando tipos como el acoso, coacción y la influencia indebida, han llevado a un efecto negativo en el comportamiento económico del consumidor, confundiendo, llegando incluso a poder anular la autonomía de su voluntad, y tomando una decisión diferente a la que hubiera tomado si el empresario hubiera actuado con la diligencia profesional que se le exige atendiendo a los principios generales de actuación en el mercado.

En este examen se incluirá además el nuevo tipo penal, constitutivo de delito y regulado en nuestro Código Penal (CP), así como su repercusión legal y comparativa de la regulación de la práctica agresiva comercial de acoso, y que ha generado un nuevo rumbo de la jurisprudencia nacional.

Por último, se expondrán los efectos de la comisión de este tipo de actuaciones o prácticas comerciales en las políticas de protección de los consumidores y la eficacia de la nueva regulación en la Directiva y en nuestro ordenamiento interno, al haberse producido en un contexto de crisis económica, y de una sociedad en gran medida evolucionada hacia *Sharing economy* que relega las relaciones comerciales entre los consumidores y empresarios a una nueva tipología jurídica, que abre un nuevo camino en la relación contractual entre las dos partes contratantes en las que los contratos en masa y con condiciones generales supusieron el nacimiento de un movimiento asociativo basado en el término “consumo”, donde la sociedad avanzaba en un mercado capitalista en esencia. Con este nuevo rumbo, las ofertas de los fabricantes, proveedores, distribuidores unidos a las nuevas fórmulas de marketing, pueden suponer un incremento en la comisión de nuevas prácticas agresivas comerciales para obtener la captación de un cliente cada vez, en términos generales, más informado, atento y perspicaz, en el marco de la leal competencia y el criterio de oportunidad.

Seguidamente, el *capítulo cuarto* se ha dedicado al análisis detallado de la relación entre consumo colaborativo y práctica agresiva, valorándose su posible deslealtad. Con la información detallada en el Capítulo II, en este Capítulo se aborda si, en el marco de la economía colaborativa, la mayor utilización de las plataformas *online* ha supuesto la modificación de las relaciones contractuales de las partes que acceden a la utilización de la prestación del servicio de una plataforma *online* y los canales para la realización de prácticas comerciales agresivas en el mercado.

El capítulo quinto se dedica a las posibles actuaciones del consumidor ante la presunta realización de prácticas agresivas en el mercado por el empresario o profesional. En este sentido, se exponen las diferentes vías de protección de la tutela jurisdiccional y extrajudicial que puede ejercer el consumidor para proteger sus intereses económicos como principios rectores de la política social y económica. En este apartado se mostrará la importancia y la necesidad imperiosa de potenciar, aún más por parte de los legisladores europeos y nacionales y de los órganos administrativos competentes, mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos y los códigos de buenas prácticas entre los empresarios. Asimismo, la importancia de la agilización de los procedimientos de las acciones de cesación y rectificación de las prácticas agresivas comerciales cometidas y su inminente ejecución con la publicidad a efectos de terceros.

Para finalizar este trabajo, se presentan unas *conclusiones generales*, en las que se muestra el resultado de esta obra, donde se recoge la opinión personal del autor en la que, motivadamente, se determina si la regulación actual de las prácticas agresivas en el mercado a la vista de la investigación realizada en torno a la Ley de Competencia Desleal cumple con el objetivo legislativo pretendido de proteger frente a estas prácticas al consumidor actual, valorándose así su eficacia jurídica para conseguir tal objetivo.

2 Primeros pasos del Derecho de la competencia desleal: orígenes y sistemas de regulación.

Como es bien sabido, el Derecho de la competencia desleal, tal como lo conocemos en nuestros días, surge en el seno del liberalismo económico resultante de la Revolución Francesa, que consagró la libertad de industria y de comercio y conllevó asimismo la desaparición de los gremios feudales.

Paradójicamente fueron los propios comerciantes integrantes de estos gremios, los que cometieron los propios abusos y desencadenaron prácticas desleales entre ellos mismos, lo que propició la necesidad de regular lo que vino a denominarse las prácticas restrictivas de

la competencia⁶. Por ello, surge en el siglo XIX la protección contra la competencia desleal, y esta emergente regulación del Derecho a la competencia desleal está íntimamente ligada a los derechos de propiedad industrial; en palabras del profesor MENENDEZ⁷, la competencia desleal en España se formó “por aluvión”, es decir con materias fragmentadas que corresponden a modelos distintos.

Por tanto, el Derecho contra la competencia desleal nace fuertemente vinculado al Derecho de la propiedad industrial, si bien paulatinamente se irá desvinculando de éste y aproximándose al Derecho Antitrust. Podemos afirmar a día de hoy que existe conformidad de la doctrina en que el Derecho de la Competencia lo conforman tanto la disciplina del Derecho Antitrust como el Derecho de la propiedad industrial⁸.

Por ello, la formación de un Derecho de la Competencia estará integrado por el Derecho de la libre competencia y el Derecho de la competencia desleal⁹. El primero de ellos, persigue y sanciona los abusos de la posición dominante, los acuerdos colusorios y las practicas concertadas y el segundo se basa en los principios de buena fe y sanciona a los competidores cuyos comportamientos empresariales sean contrarios a dicho principio.

Así, con posterioridad a la segunda guerra mundial se produce un cambio de configuración con el nuevo “modelo social” *“fundado en la protección del orden económico del mercado*

⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. “*Apuntes de derecho mercantil*”. Editorial Thomson Reuters, Edición 2015, Madrid, p. 392.

⁷ MENENDEZ MENENDEZ, A. “*La competencia desleal*”, Editorial Civitas, Edición 1968, Madrid, p. 38 y ss.

⁸ MASSAGUER FUENTES, J., “*Comentario a la Ley de Competencia Desleal*”, Editorial Civitas, Madrid, 1999. P.” Así, indica el autor que la concepción unitaria del Derecho de la Competencia surgida en la RFA, ha sido abrazada por la doctrina española”.

⁹ JURGEN SACKER, F., “*The relationship between competition law and unfair competition law*”, en *Competition Law: European Community practice and Procedure*, Editores HIRSCH, G.; MONTAG, F. y JURGEN SACKER, F., Sweet & Maxwell, Londres, 2008, pp. 15 a 20.

en función del interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado, denominado fenómeno de la socialización del Derecho contra la competencia desleal”¹⁰.

En este sentido, en los años sesenta, el *Derecho Antitrust* se enmarcaba en un contexto en el que el Estado utilizaba como instrumento de control al *Derecho Anti Trust* frente a la empresa, pero en los años posteriores y motivado en la crisis financiera y económica se genera una fractura del sistema profesional que había dirigido el modelo económico y de política industrial del momento¹¹.

Por tanto, la aparición del modelo social supone un cambio apreciable en todas las cuestiones que básicamente configuran el modelo: las referentes al objeto de protección, a los criterios de enjuiciamiento de la deslealtad o la determinación de las prácticas reprimidas. El progreso de la socialización de la disciplina de la Competencia desleal supuso el reflejo de una pluralidad de intereses en el que se incluirá el interés privado de los competidores, el interés de los consumidores y el interés público del Estado. En esta línea, ULMER puso de manifiesto hace ya algún tiempo, el cambio de una apreciación individual a una ético-social, subrayando la existencia de “el interés de la comunidad en una ordenación sana y limpia de la vida económica”¹².

En Europa, puede considerarse que los tres países cuyo sistema de represión de la competencia desleal han sido el reflejo para el resto de países miembros son el sistema francés, alemán y el sistema británico.

¹⁰ MENENDEZ MENENDEZ, A. “*La competencia desleal*”, *op.cit.*, pp. 95- 104.

¹¹ LIBERTINI, M., “*Il mercato: i modelli di organizzazione*”, en GALGANO (ed): *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*”, III Padova, 1979, p. 423. En la misma línea LIBERTINI, M., “*La prospettiva giuridica: caratteristica de la normativa antitrust e sistema giuridico italiano*” <http://www.agcm.it/>

¹² ULMER, E., “*La repressione della concorrenza sleale negli Stati membri della Comunità Economica Europe*” Volumen I Milano Dott. A. Giuffrè Editore, 1968., p. 202.

Así, en el caso de *Francia*, tierra natal de la protección contra la *concurrance déloyale*, - cuyo amparo nace del trabajo de la doctrina jurisprudencial basada en la interpretación de la norma del Código Civil Francés sobre responsabilidad extracontractual establecida en los artículos 1382 y 1383¹³, prescinde de la promulgación de una ley general contra la misma. Así surgió la llamada “*action en concurrance déloyale*”, que permitía emprender acciones legales contra el comerciante que cometiere un acto contrario a los usos honestos provocando un daño al competidor. Se desprende una nueva orientación hacia el modelo social¹⁴.

En resumen, puede decirse que el ordenamiento jurídico francés se caracterizaba por la ausencia de una ley general que regulase la competencia desleal, siendo su regulación la aplicación de los preceptos del Derecho común¹⁵.

Por el contrario, en *Alemania*¹⁶ se promulga una primera Ley general contra la Competencia Desleal en 1896, derogada por la segunda Ley de 7 de junio de 1909 (*UWG*): La citada norma recoge en su primer artículo una cláusula prohibitiva de toda conducta concurrencial contraria a las buenas costumbres, que será apoyada por diferentes preceptos reguladores de la represión a actos concretos de la competencia desleal. Asimismo, se concederá la legitimación activa a las asociaciones de consumidores en el artículo 13.1, de la citada ley¹⁷.

¹³ Art. 1382: “Tout fait quelconque de l’homme, que cause a autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, a le réparer.” Art. 1383: “Chacun est responsable du dommage qu’il a causé, non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou son imprudence”.

¹⁴ BOUTARD-LABERDE, M., “*Le nouveau droit de la concurrence*, Paris, 1987, pp., 32 y ss.

¹⁵ PLAISANT, R., “*L’évolution de l’action en concurrence déloyale*” en *Dix ans de droit de l’entreprise*, Paris, 1978, pp. 775 y ss.

¹⁶ ANSGAR O, “*La nueva ley alemana contra la competencia desleal en la encrucijada entre el derecho comunitario, el derecho constitucional y la liberalización*”. ADI, tomo 25, 2004-2005, pp. 227-256.

¹⁷ GHIDINI, G, “*La legittimazione ad agire per concorrenza sleale delle associazini dei consumatori in Germania*”, Riv, dir.ind., 1965, pp. 279 y ss.

Este ejemplo fue seguido en países como Austria, Bélgica, Suecia, Dinamarca, y Finlandia. Los países del sur de Europa, como España, también siguieron la sistemática de la ley alemana al incluir cláusulas generales de represión de la competencia desleal, como veremos más adelante. En el caso concreto de Italia, se debe destacar la labor importante de la doctrina italiana en el estudio de una modificación importante de la normativa en materia de competencia desleal incorporando los principios de la tutela del consumidor¹⁸.

El tercer ejemplo de represión de la competencia desleal es el de *Gran Bretaña*, que es diferente a los ejemplos comentados, ya que en la línea del case law “*propia del common law*”, se han desarrollado diferentes supuestos de ilicitud y la jurisprudencia ha trabajado sobre ellos, y por tanto no existe una ley general contra la competencia desleal. El citado sistema tiene su origen en el caso *Mogul Steamship Co. V. McGregor Gow*,¹⁹ en el que el juez del caso afirmó que “la fijación de los límites entre la competencia leal y desleal, entre lo que es razonable e irrazonable, excede de las facultades del Tribunal”, por lo que no dio origen a un mandato general prohibitivo de la competencia desleal²⁰.

Por ello, el Derecho anglosajón conoce del Derecho de la competencia desleal a través de actos ilícitos civiles extracontractuales dibujados por los tribunales ingleses y por diversas leyes sectoriales promulgadas por el legislador²¹.

¹⁸ ASCARELLI, “*Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*”, in Riv trim. Dir e proc. civ, 1954, pp.873 y ss.

¹⁹ COURT, WW.H.B, “*British Economic History*”, pp.1870-1914, Cambridge at the University Press, 1965, pp. 1870-1914.

²⁰ *Mogul Steamship Company Limited v McGregor Gow and Co*: 1888 J References: (1888) 20 QBD 544. Ratio: Ship owners formed themselves into an association to protect their trading interests which then caused damage to rival ship owners. The plaintiffs complained about being kept out of the conference of shipowners trading between China and London.

²¹ WENDELL HOLMES, O. JR., “*Privilege, Malice, and Intent*”, *Harvard Law Review*, Vol. 8, No. 1 (Apr. 25, 1894), pp. 1-14.

En definitiva, puede afirmarse que, tanto en una vertiente como en otra, el origen de la competencia desleal nace de los actos “deshonestos” realizados por un comerciante frente a otro.

Ahora bien, después de la segunda Guerra Mundial se produce un hecho que repercutirá y cambiará la disciplina del Derecho de la competencia desleal; se trata del llamado *Derecho “Antitrust”* norteamericano, que desembarca tardíamente en Europa. La instauración de un *Derecho Antitrust* significó, desde un punto de vista legislativo, un cambio radical frente al liberalismo económico tradicional surgido en el siglo XIX²².

Por tanto, el Derecho de la Competencia lo conforman el Derecho de la libre competencia y el Derecho contra la competencia desleal, encargado el primero de la protección y mantenimiento de la libre competencia, y el segundo relativo a la represión de los comportamientos que resulten objetivamente contrarios a las exigencias de la buena fe.

Como hemos indicado al principio de este capítulo, nos centraremos en el presente estudio en el campo del Derecho de la competencia desleal y en particular, en el exhaustivo análisis de las prácticas agresivas contra los consumidores en el mercado.

3 Breves indicaciones sobre el Derecho Antitrust americano.

La creación del primer órgano de Defensa de la Competencia se inició en EEUU con el establecimiento de las “*independent commissions*” de los Estados federados, que fueron inicialmente, unas comisiones parlamentarias *ad hoc* creadas para regular el sector del ferrocarril. Su origen fue consecuencia de los problemas sociales que surgieron por los precios elevados del ferrocarril y la corrupción política²³.

Más tarde surgieron organizaciones como *National Grange*, cuyo objetivo era defender los intereses de los *farmers*. Ante esta situación los poderes públicos se vieron en la obligación de reaccionar creando las llamadas comisiones independientes cuyas funciones principales

²² GALAN CORONA, E., “*Acuerdos restrictivos de la competencia*,” Ed. Montecorvo, 1977, pp.25 y ss.

²³ STIGLER, G., “*The origin of the Sherman Act*” *The Journal of Legal Studies*, vol. 14, n 1, pp. 1-12.

se encontraban obtener información, supervisar la seguridad de los ferrocarriles y la emisión de informes. Posteriormente se crearon las comisiones parlamentarias permanentes que respondían ante el Parlamento del Estado federado.

Las elevadas tarifas ferroviarias, la discriminación y la necesidad de establecer restricciones sobre las prácticas abusivas de las compañías en el sector a nivel federal llevaron a la intervención del Congreso y a la creación, en 1887, de la *Interstate Commerce Commission* que fue el modelo de la posterior *Federal Trade Commission*. Su régimen era parecido al de las comisiones de los estados federados. Estas comisiones estaban compuestas por 5 comisarios nombrados por el Presidente con un mandato de 5 años, causas tasadas de cese por el Presidente, respondían ante el Parlamento, recibía quejas, las investigaba y acudía a los tribunales.

Así, podemos decir que la *Federal Trade Commission*²⁴ fue la primera institución de Defensa de la Competencia. A principios del siglo XX surge la necesidad de la primera regulación de los mercados y esta intervención de los poderes públicos, es cada vez más eficaz por la necesidad de establecer un control efectivo sobre el creciente poder del trust. En estos momentos se está produciendo una ola importante de fusiones, empresas con dimensiones importantes y creación de agentes de mercado, las denominadas *Money Trusts*, que suponen la consolidación de varias industrias y los directivos de las empresas que formaban parte de los trusts eran miembros de varios consejos directivos de otras empresas²⁵. Se estaban produciendo interconexiones entre industrias y peligraban los derechos individuales, uno de los pilares básicos del Estado Americano. Con este objetivo se aprobaron la *Sherman*

²⁴ POSNER, R., “*The Federal Trade Commission*”, *The University of Chicago Law Review*, 1969, pp. 47-89 y “*A Federal Trade Commission: A Restrospective*”, *Antitrust Law Journal* Vol. 72, No. 3 (2005), pp. 761-771.

²⁵ CALLMANN, R., “*The essence of anti-trust*”, *Columbia Law Review*, Vol 49, N° 8, pp. 1100-1116.

*Antitrust Act*²² (1890)²⁶ y la *Clayton Act*²³ (1914)²⁷. La primera de ellas dio comienzo al Derecho de la Competencia tal y como lo conocemos en la actualidad, y en la cual se reconoció por vez primera la aplicación privada de este derecho, y por tanto la posibilidad de indemnización de los daños y perjuicios derivados de los ilícitos anticompetitivos; capacidad que volvió a ser recogida con posterioridad en la *Clayton Act* de 1914²⁸.

Dicho reconocimiento de la vertiente práctica se encuentra en la sección séptima de la *Sherman Act*, cuando establece que:

“Any person who shall be injured in his business or property by any other person or corporation by reason of anything forbidden or declared to be unlawful by this act, may sue therefor in any circuit court of the United States in the district in which the defendant resides or is found, without respect to the amount in controversy, and shall recover three fold the damages by him sustained, and the costs of suit, including a reasonable attorney's fee.”

La *Sherman Act* contiene uno de los pilares fundamentales del Derecho de la Competencia estadounidense, la finalidad punitiva o de castigo de los infractores que guía la actuación Antitrust en el ordenamiento americano, y cuyo mayor exponente, “*Treble Damages*” o Daños Triples.

Siguiendo a DIRLAM&KAHN²⁹ se dan dos principales causas para la regulación *antitrust* (y de aquí del establecimiento de instituciones *antitrust* por el Congreso):

²⁶ DONALD, F. “*The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal*”, *Harvard Law Review* Vol. 75, No. 4 (Feb., 1962), pp. 655-706.

²⁷ FINKELSTEIN, M. AND FRIEDBERG, R., “*The Application of an Entropy Theory of Concentration to the Clayton Act*” *The Yale Law Journal*, Vol. 76, No. 4 (Mar., 1967), pp. 677-717.

²⁸ ORTIZ BAQUERO, I. S., “*La aplicación privada del derecho antitrust y la indemnización de los daños derivados de ilícitos contra la libre competencia*”, *Revista e-mercatoria*, Volumen 7, número 1. 2008, pp. 193-255.

²⁹ DIRLAM & KAHN. “*Fair Competition: The Law and Economics of Antitrust Policy*”. Cornell University Press. 1954. Hardcover, pp. 15-17.

“Los controles se introducen con objeto de adecuar la situación al sentido de equidad y justicia en la sociedad, sobre todo protegiendo los derechos de los consumidores y los demás competidores. Aquí no se trata solamente de un objetivo social, sino también económico, porque el crecimiento de la demanda lleva a la fabricación de mejores productos a precios más bajos. Una visión en este sentido ofrece Schwartz, señalando que las ganancias económicas no pueden ser un factor exclusivo y decisivo cuando se resuelven las controversias basadas en las políticas antitrust: se afirma que el legislador ha buscado soluciones que aportan justicia y equidad.”

A la vista de lo anterior, puede concluirse que la finalidad de la política antitrust se fundamenta en la protección del bienestar de los consumidores, precios más competitivos, (es decir más bajos), y un aumento de la calidad de los productos. Conforme a este planteamiento, la protección de los consumidores tiene que llegar a cotas suficientemente altas para poder referirse a un estado del bienestar del consumidor y usuario que adquiere un producto o es destinatario de un servicio.

La contratación por parte del consumidor o usuario debe realizarse con las suficientes garantías y seguridad de tal forma que el consumidor haya decidido voluntaria y objetivamente la adquisición de un producto o la contratación de un servicio y específicamente como veremos, en relación con las prácticas agresivas en materia de competencia desleal, que en suma es el objeto de este estudio.

4 Antecedentes en Europa del Derecho de la competencia desleal.

En el escenario europeo, el Tratado de Roma, a diferencia del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (TCECA), y en concreto en el artículo 60.1, no contenía ninguna declaración explícita fundamental sobre Competencia desleal. No obstante, la doctrina había interpretado que se podía inferir de los artículos 3 g), 30 y 36 del TCE el rechazo de los actos de competencia desleal.

El artículo 3.g) del citado Tratado establece la aplicación de un procedimiento que permite la coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros y que garantiza que la competencia no será falseada en el mercado interior.

Así, el Derecho europeo de la Competencia desleal no fue objeto de un tratamiento genérico y sistemático hasta finales del siglo XX. La Comisión, a principios de los años 60, manifestó su intención de armonizar las diferentes legislaciones de los Estados miembros en esta materia, pero a pesar del incesante esfuerzo del legislador comunitario, sólo se consiguió una armonización parcial. Para ello, inició su andadura con el intento de una propuesta de Convenio que coincidió con la adhesión del Reino Unido e Irlanda, dos países del *Common Law*, donde no había una construcción teórica del derecho regulador de la competencia desleal, y de Dinamarca, donde existía en contraposición una construcción firme de la ideología consumerista y protección jurídica de los consumidores, por lo que conllevó al efecto contrario, es decir, a un incremento de las diferencias entre los Estados miembros en la regulación de esta materia.

Asimismo, en países como Alemania se habían elaborado conceptos jurídicos en materia del Derecho de la competencia desleal desconocidos en otros ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Así, en Alemania se promulga la *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* en 1957, la Ley contra las restricciones de la competencia³⁰, que será uno de los pilares del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea firmado en Roma en 1957.³¹ La Comisión Europea encargó al “*Institute for Foreign and International Patent, Copyright and Competition Law*”, actualmente “*Max Planck Institute for Innovation and Competition*”³² de Múnich la emisión de un informe sobre el Derecho de la competencia desleal en los distintos Estados de la Comunidad Europea por aquel momento, que era la llamada Comunidad Europea formada por Francia, Italia, Alemania, Benelux, Reino Unido (1965).

³⁰ Tras repetidas modificaciones, recibe una nueva versión de 26 de agosto de 1995 el BGBl, modificada recientemente.

³¹ AA VV., DOMÍNGUEZ PÉREZ, E., en “*Competencia desleal en*”, “*Derecho de la competencia y propiedad industrial de la Unión Europea*”, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO PEREZ (Dir) Ed. Thomson Aranzadi, 2007, p. 180.

³² www.mpg.de.

Tras la elaboración del estudio, y bajo la dirección del profesor EUGEN ULMER³³, la Comisión Europea publicó varios documentos de trabajo en relación con la posible armonización de esta materia. En este sentido, ULMER puso de manifiesto la existencia de “el interés de la comunidad en una ordenación sana y limpia de la vida económica”.

Así, el Tratado de Roma de 1957, en su artículo 2, precisa que “*la Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y la aproximación progresiva de las políticas de los Estados miembros, un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un desarrollo continuo y equilibrado, una mayor estabilidad, una creciente elevación del nivel de vida y un estrechamiento de las relaciones entre los Estados miembros.*”

Seguramente la falta de regulación del Derecho de la competencia desleal en el Tratado, al contrario de otros sectores como -el Derecho de Patentes y las medidas relativas al antidumping- fuera debido a su escasa regulación tanto en Europa como en el ámbito internacional; por ello, como único referente de regulación del Derecho represor de la competencia desleal, lo encontramos en el Convenio de la Unión de Paris de 1883.

El convenio de Paris de 20 de marzo de 1883 consiguió un acuerdo para los Estados miembros por el que reguló el Derecho industrial, y así en su redacción originaria contenía una disposición general relativa a la competencia desleal, en concreto en su artículo 10, (la primera versión firmada en Bruselas), (“*costituisce atto di concorrenza sleale qualsiasi comportamento concorrenziale contrario agli usci onesti in materia industriale e commerciale*”).³⁴

En resumen, podemos señalar que en los primeros momentos del nacimiento de la Unión Europea, no hubo una regulación “*européista*” en materia de competencia desleal por lo que conllevó a que cada uno de los Estados miembros tuviera su propia normativa en esta la

³³ ULMER, E., “*La repressione della concorrenza sleale negli Stati membri della Comunità Economica Europea*”, op.cit., p. 180.

³⁴ *Ibid.*, p.180.

materia. Esta pluralidad normativa supuso una importante inseguridad jurídica, no sólo para los operadores económicos del mercado, sino también para los consumidores finales. Téngase en cuenta que en estos primeros momentos el Tratado firmado en Roma no hace ninguna alusión a la figura del “*consumidor*” como grupo o colectivo, sino exclusivamente como receptores finales de los productos o de servicios; motivado como es bien sabido, en los primeros años tras la aprobación del Tratado, la principal aspiración de la antigua CEE era la de instaurar la libre circulación de mercancías en el marco del mercado único.

5 Estado del bienestar y protección de los consumidores.

Para seguir ahondando en el tema, es necesario hacer una breve referencia al Estado del Bienestar, la naturaleza del Estado de bienestar consiste en ofrecer algún tipo de protección a las personas que sin la ayuda del Estado puede que no sean capaces de tener una vida mínimamente aceptable según los criterios de la sociedad moderna, sobretodo en la Europa moderna. La idea fundamental versa en torno a la interdependencia entre los seres humanos³⁵.

Como hemos indicado, a lo largo de la segunda mitad del siglo XX se han ido produciendo una serie de fenómenos económico-sociales que han supuesto importantes cambios en la estructura del mercado. Por un lado, la aparición de la gran empresa y el consumo de masas, y, por otro lado, la transformación del mercado en el sector de la distribución comercial. En este segundo punto el fabricante cada vez está más alejado del adquirente de los productos ya que se produce una internalización de los mercados, y, por último, la aparición de técnicas comerciales agresivas que hacen difícil la elección del consumidor.

Este contexto ha llevado a la extensión del mercado y a un notable incremento de la complejidad del mismo, por lo que el consumidor se ha visto desbordado en sus relaciones jurídicas domésticas; esta situación de abuso frente al consumidor ha sido denominada “*degradación de la posición del consumidor*”. La reacción de los Estados con economías

³⁵ SEN, A.,” *El futuro del Estado del Bienestar*”, Conferencia pronunciada en el Círculo de Economía de Barcelona publicada en la Factoría, nº 8, febrero 1999. www.lafactoriaweb.com/articulos/amartya.htm.

más desarrolladas se ha concretado en la puesta en práctica de la Política de protección del consumidor, incluida en el denominado Estado del Bienestar o Cláusula del Estado Social. Como es bien sabido, la aparición del Estado social se origina a partir de la primera guerra mundial, y toma su impulso con la Constitución de Weimar en 1919. El Estado del bienestar, como es conocido, es algo distinto al Estado social, que se desarrolla especialmente en los Estados europeos del norte con una gran intervención de la Administración en servicios básicos: la enseñanza, servicios sociales y la sanidad. La intervención de la Administración en la sociedad se refleja en numerosos preceptos constitucionales.

Así, por ejemplo, artículo 1 de nuestra Carta Magna declara que *“España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.”*

El concepto de Estado social parte de las Constituciones Europeas aprobadas después de la Segunda Guerra Mundial, aparece por primera vez en un trabajo de H. HÉLLER³⁶, publicado en 1930 (Soziale Frage). Se plantea en él la ruptura de la coincidencia y confusión entre el Estado y la sociedad burguesa. Aseguró el citado autor, que esa concepción del Estado tendría que “modificarse por otra en el que la igualdad pudiera realizarse en un sentido material, los más débiles contarían con las mismas oportunidades y garantías que los más favorecidos.” El actual concepto es acogido por primera vez en un texto constitucional con la Ley Fundamental de Bonn de 1949. H. P. Ipsen ³⁷señala que *“El Estado Social debería entenderse como una tarea destinada a configurar el orden social y para remodelar la concepción fundamental de los derechos fundamentales”*.

La declaración del Estado Social se recoge también en otras sedes del ordenamiento jurídico español; así esta declaración del Estado social se incluye en el propio Preámbulo

³⁶ HELLER, H., *“Teoría del Estado”*, Editorial Fondo de Cultura Económica de España, Madrid 2011, pp.246 y ss.

³⁷ IPSEN, H. P., *“Anmerkung zu einem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 19.12.1951”*, en DÖV, 1952, p. 217.

constitucional, al que se señala que “el Estado debe asegurar “un orden económico y social justo” basado en una política “orientada al pleno empleo”.

En este sentido señala L. PAREJO que “El Estado Social (que se recoge en el artículo 1 de la CE) no tiene por qué ser una noción coincidente con la de del Estado del Bienestar. Realmente el concepto del Estado del Bienestar no está recogido en nuestra Constitución Española, ya que no es propiamente un concepto jurídico sino una noción que expresa el igualitarismo y la satisfacción de los ciudadanos o la distribución de la riqueza existente.”

Pero la evolución, no solo a nivel interno, sino también la consagración de las diferentes políticas comunitarias y el desarrollo de la política económica basada en la libre competencia y la libertad de mercado, han generado un incremento en el desarrollo de los servicios públicos de protección de los derechos de los ciudadanos.

5.1 Fuentes del Derecho Comunitario y tutela de los consumidores.

5.1.1 Derecho Originario de la CEE y tutela de los consumidores.

El Derecho Originario, es decir, la norma fundamental de la actual Unión Europea, también llamado derecho constitucional de la Unión Europea, es sabido que, se integra por un conjunto numeroso de Tratados, que podemos clasificar del siguiente modo: en primer lugar *Tratados constitutivos*, que crearon la Comunidad del Carbón y el Acero ya extinguido; la Comunidad Económica Europea, transformado sucesivamente en Tratado de la Comunidad Europea y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; La Comunidad Europea de la Energía Atómica; y la Unión Europea. En segundo lugar, Tratados de reforma puntual de los Tratados constitutivos como la Convención de Roma de 1957. En tercer lugar el Tratado de

reforma sustancial como es: El Acta Única y finalmente, Tratados de Adhesión³⁸ como: de Dinamarca, Irlanda, Reino Unido; de Grecia; de Portugal y España.³⁹

En el ámbito de la actual Unión Europea la protección de los consumidores⁴⁰ comienza con el Tratado de la CEE, firmado en Roma en 1957. En estos tratados se hacen referencias indirectas al concepto del consumidor, en relación con la eliminación de los obstáculos a la libre circulación⁴¹. Se trata de una concepción mercantilista de los intereses de los consumidores en el mercado común, que se ve reflejado, en las menciones a la mejora de las

³⁸ www.eu.eu/european-union/law. Los Tratados constitutivos se modificaron con la adhesión de nuevos países de la UE: 1973(Dinamarca, Irlanda, Reino Unido), 1981 (Grecia), 1986 (España y Portugal), 1995 (Austria, Finlandia y Suecia), 2004 (Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia y República Checa), 2007 (Bulgaria y Rumanía), 2013 (Croacia).

³⁹ LINDE PANIAGUA, E y MELLADO PRADO, P, “*Iniciación al Derecho de la Unión Europea*,” Colex, Madrid 2010, pp. 201 a 204.

⁴⁰ En relación al derecho comunitario de consumo y su evolución histórica se pueden citar numerosos textos doctrinales, entre ellos se destacan: HOWELLS, GERAINT, Y WILHELMSSON, *Ec Consumer Law*, Dartmouth, Aldershot,1997; OUGHTON,D Y LOWRY, J, “*Texbook on Consumer Law*”,2º Ed, Oxford University Express, Oxford, 2000, pp.53-73 PALAU MORENO, F.“*La protección de los consumidores en el ámbito comunitario europeo*”, en REYES LOPEZ, *Derecho de Consumo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p.39-40, WHEATHIRILL, “*The Evolution of European Consumer Law and Policy: From Well Informed Consumer to Confident Consumer* en MICKLITZ, *Rechtseinheit oder Rechtvielfalt in Europa?*, Nomos, Baden-Baden, 1996, 424-425.; HODGENS, P., “*Consumer protection in the Council of Europe*”, *Annualre européen*, vol. XX,1972,p. 99.). ALPA,G. “*Introduzione al Diritto dei Consumatori*”, Editori Laterza, Roma, 2006, pp. 45-71.

⁴¹ PALAU MORENO, F.“*La protección de los consumidores en el ámbito comunitario europeo*”, en REYES LOPEZ, *Derecho de Consumo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p.39-40, WHEATHIRILL, “*The Evolution of European Consumer Law and Policy: From Well Informed Consumer to Confident Consumer* en MICKLITZ, *Rechtseinheit oder Rechtvielfalt in Europa?*, Nomos, Baden-Baden, 1996, 424-425.; HODGENS, P., “*Consumer protection in the Council of Europe*», *Annualre européen*, vol. XX, 1972, p. 99.

condiciones y del nivel de vida, (artículo 2), y en la eliminación de la discriminación entre productores y consumidores de la Unión Europea (artículo 40)⁴².

La base legitimadora de la Unión Europea para promulgar las disposiciones iniciales en protección de los consumidores ha estado esencialmente desarrollada en el artículo 100 del TCEE.

El consumidor aparece en el Tratado de la CEE como un sujeto perteneciente a una entidad estrictamente individual, en donde sus intereses y necesidades colectivas no se tienen en cuenta; su rol en esta entidad se limita a desempeñar el papel de mero comprador de productos o usuarios de servicios, no definía a los consumidores ya que no eran considerados como un grupo social y económico relevante⁴³.

El Acta Única Europea de 1986, que reforma el Tratado de Roma, es donde se incluye por primera vez una alusión expresa a la protección de los consumidores en el artículo 100.a.3:

“La Comisión, en sus propuestas previstas en el apartado I referente a la aproximación de las legislaciones en materia de salud, seguridad, protección del medio ambiente y protección de los consumidores, se basará en un nivel de protección elevado”.

Esta disposición a pesar de su carácter general, sentó las bases del reconocimiento jurídico de la política de los consumidores⁴⁴.

La consolidación de la Política de los consumidores se produce con El Tratado de la Comunidad Europea firmado en Maastricht, el 7 de febrero de 1992, donde se otorga a la Comunidad Europea una base jurídica para continuar la política de protección de los

⁴² BOURGOIGNIE, TH, “*European Community Consumer Law: actual achievements and potentials for the future*”, en *European consumer Law (Prospects for integration of consumer law and policy within the European Community)*, Collection Droit et Consommation, Cabay, 1981, p.29.

⁴³ WEILER, J.H., “*The transformation of Europe*”, *The Yale Law Journal*, vol.100, 1991, pp. 2403 y ss.

⁴⁴ GONZALEZ VAQUÉ, L. “*La Noción del consumidor*” en *el Derecho comunitario de consumo*”, *Revista Estudios de Consumo*, Madrid, 2005, pp. 25-41.

consumidores a nivel comunitario. El TCE introdujo el nuevo título XI que lleva el epígrafe “*Protección de los consumidores*”. En concreto en el artículo 129 A:

“La Comunidad contribuirá a que se alcance un alto nivel de protección de los consumidores mediante:

- I. Medidas que adopte en virtud del artículo 100^a en el marco de la realización del mercado interior,*
- II. Acciones concretas que apoyen y complementen la política llevada a cabo por los Estados miembros a fin de proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, y de garantizarles una información adecuada.*

El Consejo con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 189 B y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará las acciones concretas mencionadas en la letra b) del apartado 1.

Las acciones que se adopten en virtud el apartado 2 no obstarán para que cada uno de los Estados miembros mantenga y adopte medidas de mayor protección. Dichas medidas deberán ser compatibles con el presente Tratado. Se notificarán a la Comisión.”

En definitiva, el artículo 129 A, no cabe duda, constituye una decisiva aportación a la implantación de la política de protección de los consumidores.

El Tratado de Ámsterdam de 1997 ha deparado algunas mejoras respecto al Tratado de la Unión Europea. Incorpora la denominada cláusula horizontal en la política de protección de los consumidores, en virtud de la cual, “al definirse y ejecutarse las otras políticas y acciones comunitarias se tendrá en cuenta las exigencias de la protección de los consumidores.” Esta base jurídica permitirá ejercer un control por las diversas jurisdicciones europeas, que deberán velar por los distintos intereses de los consumidores, así como coordinar de forma más efectiva las políticas comunes comunitarias.

El proyecto de Constitución Europea sigue la línea trazada en el Tratado de Maastricht y supera las insuficiencias del Tratado de Niza⁴⁵, el citado proyecto rubricado el 29 de octubre de 2004 en Roma, cierra el título IV de la solidaridad de la “Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea, precisamente con la aseveración de que en las políticas de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de los consumidores”.

El Tratado de Niza no incluye ningún concepto de consumidor, pero su artículo 153 indica que:

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

2. Al definirse y ejecutarse otras políticas y acciones comunitarias se tendrán en cuenta las exigencias de la protección de los consumidores.

3. La Comunidad contribuirá a que se alcancen los objetivos a que se refiere el apartado 1 mediante:

a) medidas que adopte en virtud del artículo 95 en el marco de la realización del mercado interior;

b) medidas que apoyen, complementen y supervisen la política llevada a cabo por los Estados miembros.

4. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará las medidas mencionadas en la letra b) del apartado 3.

⁴⁵ MICKLITZ, REICH Y WEATHERILL, “EU Treaty Revision and Consumer Protection”, Journal of Consumer Policy, vol.27, nº 4, 2004, p.371.

5. Las medidas que se adopten en virtud del apartado 4 no obstarán para que cada uno de los Estados miembros mantenga y adopte medidas de mayor protección. Dichas medidas deberán ser compatibles con el presente Tratado. Se notificarán a la Comisión.»

El Tratado de Lisboa entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, tras años de negociación sobre cuestiones institucionales. El nuevo texto modifica los actuales Tratados de la UE y la CE, pero no los sustituye. Lleva a cabo el rescate de la Constitución Europea, ya que recoge el 90 por 100 las reformas y nuevos instrumentos que incluía la Constitución.

El nuevo Tratado brinda a la Unión el marco y los instrumentos jurídicos necesarios para afrontar los retos del futuro y responder a las expectativas de los ciudadanos. Mantiene la misma línea anterior de garantizar un nivel elevado de protección de los consumidores.

Así, señala que para alcanzar el citado objetivo la Unión contribuirá adoptando medidas que apoyen, complementen y supervisen la política llevada a cabo por los Estados miembros.

Los Tratados están integrados por normas jurídicas plenas, susceptibles de crear derechos y obligaciones en sus destinatarios o bien por normas susceptibles de crear habilitaciones en las instituciones comunitarias para llevar a cabo actos de naturaleza normativa, ejecutiva o jurisdiccional.⁴⁶

En resumen, son cinco los derechos que se han considerado esenciales para la política europea de protección e información de los consumidores:

- Derecho a la protección de la salud y seguridad.
- Derecho a la protección de los intereses económicos.
- Derecho a la información y a la educación.
- Derecho a la representación
- Derecho a la justa reparación de los daños por medio de procedimientos rápidos, eficaces y poco costosos.

⁴⁶ LINDE PANIAGUA, E y MELLADO PRADO, P, “*Iniciación al Derecho de la Unión Europea*,” op. cit. Pp.

5.1.2 Derecho Derivado de la Unión Europea y la tutela del consumidor.

Como es bien sabido, por Derecho Derivado se entiende el conjunto de normas y actos de la Unión emanados de las instituciones de la Unión Europea, en virtud de las habilitaciones genéricas o específicas contenidas en el Derecho originario. El TFUE, en su artículo 288, establece que el Parlamento y el Consejo, así como el Consejo y la Comisión, para el ejercicio de sus competencias adoptaran Reglamentos, Directivas, Decisiones, Recomendaciones y Dictámenes⁴⁷.

Los antecedentes del Derecho Comunitario en materia de protección de los consumidores se sitúan en la Cumbre de París de 1972, donde quedó constancia de la necesidad de desarrollar una Política de protección e información de los consumidores y el desarrollo de unos programas de acción en este sentido⁴⁸.

El Consejo, en sus Resoluciones de 14 de abril de 1975 y de 19 de mayo de 1981, promulgo los Programas de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores⁴⁹.

La primera acción la constituye el Programa Preliminar de 1975⁵⁰ que recoge los denominados derechos fundamentales de los consumidores: derecho a la salud, a la seguridad, a la tutela de los intereses económicos, a la reparación de los daños y a la representación.

⁴⁷ *Ibíd.*, pp., 218 y ss.

⁴⁸ ISAAC, G., “*La acción de la Comunidad Europea para la protección de los intereses económicos y jurídicos del consumidor*”, *Revista de Instituciones Europeas*, número 3, 1990, pp. 829-841.

⁴⁹ MANGAS MARTIN, A. /LIÑAN HOGUERAS, D.J.: “*Instituciones y Derecho de la Unión Europea*”, Mc Graw Hill, 1996, pp. 375 y ss.

⁵⁰ Diario Oficial N°C-92, de 25 de abril de 1975.

El segundo Programa abarca el periodo comprendido entre 1981 y 1986, en él se ratifican los objetivos anteriores y se aprueban las primeras Directivas en protección de los consumidores; entre ellas se puede destacar publicidad engañosa, 84/450/CEE, responsabilidad del fabricante por daños de productos defectuosos 85/374/CEE, contratos negociados fuera de establecimientos comerciales 85/577/CEE⁵¹.

El tercero lo constituye el Programa de Nuevo Impulso a la política de protección de los consumidores de los periodos 85-86, en el año 85 ve la luz el Libro Blanco del Mercado Interior, no contiene medidas. Esta etapa está caracterizada por recomendaciones, entre ellas destaca las relativas a los sistemas de pago y relaciones entre titulares y emisores de tarjetas 88/59/CEE.

Después de un “parón” importante se retoma la actividad con el Primer Plan Trienal de acción sobre Política de los consumidores 90-92; el objetivo primordial es ajustar los intereses de productores y consumidores con la finalidad de aumentar las transacciones en el Mercado Único. Podemos destacar de este periodo la Directiva de viajes combinados 90/314/CEE, seguridad de productos 92/59/CEE, y se incorporan al ordenamiento jurídico las propuestas sobre responsabilidad del prestador del servicio y de cláusulas abusivas.

El Segundo Plan Trienal de 28 de julio de 1993, para el periodo 1993-95, tiene como objetivo el desarrollo de un mercado único al servicio de los consumidores y usuarios y contiene dos tipos de medidas, consolidación del Derecho Vigente y actuaciones nuevas de carácter prioritario, se destaca de este periodo la figura de la mejora de la información al consumidor, acceso a la justicia, y la creación en 1995 de la Dirección General XXIV de Política de los consumidores. Y se aprueba la Directiva de cláusulas abusivas 93/19/CEE.⁵²

⁵¹ LAWSON, R.G., “*Consumer protection in the EEC: the second programme*”, New Law Journal of Comparative Law, núm. 2, 1997.

⁵² En 1995 se crea la DGXXIV en la Comisión, la Dirección General para la política de protección de los consumidores, encargada de velar por los consumidores europeos pero en 1997 será redefinida añadiendo “de protección a la salud”, actualmente DG de Justicia y Consumidores.

El Tercer Plan Trienal 1996-98. En este periodo son las Directivas sobre contratos a distancia 97/7/CEE, publicidad comparativa 97/55/CEE y acciones de cesación 98/27/CEE. Este Plan tiene como objetivos: mejorar los derechos básicos de los consumidores a la información y educación, así como se comienza a ver ciertos resultados en el derecho de representación de los consumidores.

A finales de 1998 se aprueba el Cuarto Plan Trienal de Acción sobre la Política de los consumidores 1999-2001. Este Plan es de los más importantes ya que se sitúa en un nuevo entorno; en la nueva configuración de los mercados, las nuevas tecnologías, y una mayor preocupación por el desarrollo de los derechos de los consumidores.

El Programa de acción comunitaria en relación con la política de los consumidores (2007-2013), la Unión Europea fijó una dotación financiera de 156,8 millones de euros en apoyo de la política de los consumidores para el periodo comprendido entre el 31 de diciembre de 2006 y el 31 de diciembre de 2013. A través de esta dotación se financiaron once acciones con objeto de garantizar un alto nivel de protección de los consumidores y una aplicación efectiva de la normativa en este ámbito, para ello se publica la Decisión nº 1926/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, por la que se establece un programa de acción comunitaria en el ámbito de la política de los consumidores (2007-2013).

Destaca de esta Decisión que estableció un Programa de acción comunitaria para la política de los consumidores para estos años, así como su dotación financiera para los 27 Estados miembros de la UE. La finalidad del programa consistió en complementar, apoyar y vigilar las políticas de los Estados miembros y contribuir a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos y jurídicos de los consumidores, así como promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para defender sus intereses.

La Comisión Europea ha adoptado su visión estratégica para la política de consumidores de la UE para los años futuros que pretende maximizar la participación de los consumidores y la confianza en el mercado. Construido alrededor de cuatro objetivos principales de la Agenda Europea del consumidor, pretende, como principales objetivos, reforzar la seguridad de los consumidores; mejorar los conocimientos y alinear las políticas a los cambios en la

sociedad y en la economía y los derechos del consumidor. También presenta una serie de acciones claves que se ejecutaron entre 2012 y 2014.

Actualmente, el programa de acción de la Unión en materia de política de consumo, consta, en concreto, de la Agenda de Consumidor Europeo y el Programa de Consumidores (2014-2020), y se desarrolla a través del Reglamento 254/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014⁵³. Uno de los objetivos esenciales es la *capacitación: el principal objetivo general de la estrategia de política de consumo de la Unión tal como se describe en el documento de trabajo de la Comisión titulado «Consumer Empowerment in the EU» (Capacitación de los consumidores en la UE), con el que se busca dar poder a los consumidores de la Unión mediante opciones, información y conocimiento de los derechos de los consumidores y de los mecanismos de recurso, asimismo es la consolidación y mejora de la seguridad de los productos a través de una vigilancia efectiva del mercado en toda la Unión Europea, la seguridad de los consumidores es importante de la UE pero también para los comerciantes y fabricantes.*⁵⁴

⁵³ Reglamento (UE) N°54/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo de 26 de febrero de 2014 sobre el Programa Plurianual de Consumidores para el periodo 2014-2020 y por el que se deroga la Directiva n° 196/2006 (DOUE 20-3-2014).

⁵⁴ <http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/es/>.

La Agenda del Consumidor Europeo presenta varios objetivos:

- fomento de la seguridad del consumidor: por ejemplo, el paquete de medidas sobre la seguridad de los productos y la vigilancia del mercado de 2013, en particular a través de una mejora de la identificación y la trazabilidad de los productos, medidas que aumentan la seguridad de la cadena alimentaria y nuevas normas, de mediados de 2013, sobre la seguridad de los productos cosméticos;
- profundización del conocimiento en materia de derechos e intereses de los consumidores: se han desarrollado instrumentos interactivos para informar, educar y ayudar a los consumidores a participar plenamente en el mercado único, como el «Consumer Classroom» (Aula de los consumidores);
- refuerzo de la observancia de las normas sobre consumo: por ejemplo, acciones coordinadas contra las infracciones de la legislación de la Unión sobre consumo en forma de controles de sitios web

Asimismo, la formula legislativa de Reglamento ha sido una elección aceptada, que está dotado presupuestariamente para evitar situaciones anteriores en el que el incumplimiento por parte de las autoridades competentes estaba amparada en la ausencia de presupuesto⁵⁵.

Asimismo, la importancia del espacio digital del mercado único europeo se ve reflejada en *la Estrategia para el Mercado Único Digital, adoptada por la Comisión el 6 de mayo de 2015*, con el objetivo, entre otros, de facilitar un mejor acceso de los consumidores a los bienes y servicios digitales en Europa⁵⁶.

Así, en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 2012 para una Agenda del Consumidor Europeo para impulsar la confianza y el crecimiento indica en sus conclusiones que la presente Agenda del Consumidor establece un marco exhaustivo de medidas destinadas a situar a los consumidores en el núcleo del mercado único, ya que son clave para

(barridos) por las redes de autoridades nacionales de protección de los consumidores; procedimientos extrajudiciales simples, rápidos y poco costosos para que los consumidores busquen compensaciones, como resultado de la Directiva relativa a la resolución alternativa de litigios y el Reglamento sobre resolución de litigios en línea (2013);

- integración de los intereses de los consumidores en políticas sectoriales clave: nueva legislación en sectores como telecomunicaciones, tecnologías digitales, energía, transporte y alimentación, y nuevas medidas para incrementar la transparencia y el acceso a servicios financieros al por menor y facilitar el cambio de cuenta bancaria;
- capacitación: el principal objetivo general de la estrategia de política de consumo de la Unión tal como se describe en el documento de trabajo de la Comisión titulado «Consumer Empowerment in the EU» (Capacitación de los consumidores en la UE), con el que se busca dar poder a los consumidores de la Unión mediante opciones, información y conocimiento de los derechos de los consumidores y de los mecanismos de recurso.

⁵⁵ GONZÁLEZ VAQUÉ, L., “La protección de los consumidores vulnerables en el Derecho de Consumo de la UE (El programa plurianual 2014-2020)”, Revista Cesco de Derecho de Consumo, nº 10, 2014, pp. 92-109.

⁵⁶ Comunicación de la Comisión titulada “Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa” COM (2015)192.

el crecimiento en la UE. Engloba las acciones que esta Comisión tiene previsto realizar durante su mandato al objeto de beneficiar a los consumidores⁵⁷. Todas las medidas tienen en cuenta los cambios en los hábitos de consumo que se han observado sobre el terreno, los avances tecnológicos, los mercados en rápida transformación, así como la necesidad de capacitar a los consumidores y garantizar que puedan ejercer sus derechos de manera efectiva.

La presente Agenda del Consumidor Europeo determina las principales medidas que se necesitan en la actualidad para capacitar a los consumidores y mejorar su confianza, y que básicamente son medidas para situar a los consumidores en el núcleo de todas las políticas de la UE, a fin de alcanzar los objetivos de Europa 2020.

Asimismo, reconoce la importancia que juega la política de protección de los consumidores como materia multidisciplinar y como cláusula horizontal que recogió el Tratado de Maastricht. Detalla también la política en sus diferentes vertientes, expone de forma precisa la preocupación por la seguridad de los productos industriales, en un mensaje distinto a épocas anteriores, debido al giro que ha dado el consumidor (tal vez por la crisis económica) o también generado por los cambios en las necesidades y las prioridades del consumidor; la importancia del precio frente a la calidad; y la problemática de la entrega de productos de terceros países (como los originarios de China). Se destacan las cuatro acciones más importantes; la seguridad de los productos, la potenciación de la educación, la formación de los consumidores y la resolución de los conflictos.

Una de las acciones esenciales para el buen desarrollo de la Estrategia de la política de los consumidores es la de información y, en concreto la información y educación de los consumidores en lo relacionado con las prácticas comerciales desleales y específicamente con las prácticas comerciales agresivas.

⁵⁷ La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 22 de mayo de 2012 para una Agenda del Consumidor Europeo para impulsar la confianza y el crecimiento. COM (2012) 225 final.

Para ello, la Comisión Europea se ha preocupado de velar por el cumplimiento de la Directiva 2005/29/EC, así ha llevado a cabo diversos estudios de la aplicación de la Directiva en diferentes Estados miembros y su repercusión en los consumidores nacionales⁵⁸.

En mayo de 2016, la Comisión publicó una Guía actualizada para facilitar la correcta aplicación de la Directiva, así como una *legal database* con la misma finalidad, en el sentido de dar a conocer a través de un sistema de comunicación la aplicación de la Directiva en cada Estado miembro y su diferente interpretación, y así ha pretendido crear un espacio común de colaboración para todos los Estados miembros.

5.2 Armonización de la normativa europea en materia de consumo.

Las Instituciones de la Unión Europea han recurrido a la técnica de la armonización legislativa con el fin de conseguir una mayor igualdad entre las legislaciones de los Estados miembros y evitar un trato desigual entre los consumidores europeos. En particular, ha utilizado la técnica de la armonización legislativa a través de la Directiva como instrumento jurídico más característico en el desarrollo de la política comunitaria de protección de los consumidores.

Las Directivas, conforme al artículo 249 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, “obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios”⁵⁹.

⁵⁸ www.ec.europa.eu/justice/consumer-marketing; *Study on the application of Directive 2005/29/EC Unfair Commercial Practices in the UE*.

⁵⁹ MELLADO PRADO, P, LINDE PANIAGUA, E y GOMEZ DE LIAÑO FONSECA, M; “*Instituciones del Derecho Comunitario*”; ed. 1, p. Colex, 2012, pp.234 a 237.

Como es bien sabido, la Directiva es una norma de resultado que no condiciona ningún elemento, formal o material, del proceso de cada Estado para llevar a cabo la transposición de la misma a cada uno de los Derechos nacionales⁶⁰.

Los Estados miembros deben elegir la forma adecuada para la adaptación, interpretar adecuadamente el objetivo que la Directiva impone y hacerlo en el plazo establecido. Los problemas se presentan cuando el Estado miembro no transpone la Directiva en el plazo previsto. Ahora bien, desde la sentencia de 12 de noviembre de 1974, caso 2 Friedrich Haaga GmbH, as”. 32/74, de 26 de febrero de 1975, as. 67/74 2Carmelo Bonsignore”; y de 20 de mayo de 1976, as. 11/75 “Mazzalai”. El TJCE comienza a perfilar el principio de interpretación como una facultad de las autoridades nacionales. En la sentencia “Mazzalai” señala que los Tribunales nacionales deben asegurarse de que el Derecho nacional se aplica de conformidad con el Derecho comunitario.

Como es sabido, existen diferentes tipos de armonización:

- Armonización total, cuando la aplicación de la norma comunitaria de armonización supone la exclusión automática de la correspondiente normativa nacional.
- Armonización opcional: que permite la coexistencia de normas nacionales y comunitarias al mismo tiempo.
- Armonización mínima; la más utilizada; utilizada con frecuencia en el ámbito de la protección de los consumidores.

Pues bien, la utilización de los actos atípicos (los planes) de carácter no vinculante ha tenido una destacada influencia en el actuar de las Instituciones comunitarias en la política de protección de los consumidores. Tienen un importante valor informativo de cara a su realización concreta mediante otros instrumentos, que sí son de carácter normativo.

⁶⁰ MANGAS MARTIN, A., “Algunos aspectos del derecho derivado en el Tratado de Lisboa: categorización de los actos, indeterminación de actos, bases jurídicas y jerarquía”, Revista General de Derecho Europeo, (18), 2009, pp.1-32.

El desarrollo de esta política comunitaria de tutela de protección de los consumidores y usuarios a través de la Directiva, tiene como finalidad la unificación del Derecho Privado Europeo, para alcanzar un espacio económico común, al menos en aspectos básicos, como los principios generales o el Derecho de obligaciones.

Fundamentalmente, dos son los textos comunitarios que han abierto el proceso de consulta y reflexión para adoptar las nuevas medidas que satisfagan tal objetivo: La Comunicación de la Comisión Europea sobre Derecho contractual europeo de 11 de julio de 2001, y el Libro Verde sobre la protección de los consumidores de la UE de 2001.

Ahora bien, como pone de relieve el Libro Verde sobre Protección del Consumidor 2001⁶¹, los consumidores no se están beneficiando plenamente del mercado interior. Así se refleja en el bajo número de negocios transfronterizos, por lo que la Comisión entiende que es el momento de cambiar de estrategia, y ello ha conllevado un cambio en la estrategia legislativa.

Por tanto, el llamado “déficit armonizador” se pretende cubrir con iniciativas relativas a un Derecho contractual europeo coherente. Puede decirse que los defectos del acervo comunitario en materia de consumo provienen de dos flancos: por un lado, las insuficiencias de la Directivas como instrumento armonizador. La multitud de excepciones uso de términos abstractos, transposiciones no simultáneas; y, por otra parte, la debilidad del conjunto o sistema creado por dichas directivas y falta de uniformidad en la delimitación del sujeto protegido.

Por ello, y a pesar de los distintos intentos con el impulso en 1989 para la elaboración de un Código europeo de Derecho Privado, se ha limitado a la aprobación de las disposiciones particulares de protección de los consumidores. Y es por ello que se estudian diversas propuestas, y entre ellas, se ha valorado seguir el sistema americano de los *restatements* del derecho norteamericano (especie de compilaciones de carácter privado, *american law*

⁶¹ Libro Verde sobre la protección de los consumidores de 2 de octubre de 2001. COM(2001)531 Final.

institute, que sintetizan, de manera metódica y sistemática en un ámbito jurídico particular (contratos, daños, propiedad).

Como señala PATTI⁶², el sistema del Código Civil que se ha buscado en Europa choca con el sistema de armonización más utilizado en la materia de consumo, (la Directiva); esta fórmula atiende a las diferencias de cada país, por un lado, Europa busca la armonía la igualdad en la elaboración de un Código Civil, y por otro en, materias muy concretas, -como es el consumo-, se aparta y dicta Directivas para regular cláusulas abusivas, (publicidad, entre otras materias).

En esta línea, la Comisión Europea ha publicado, el 1 de julio de 2010, el Libro Verde sobre opciones políticas para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para los consumidores y usuarios y las empresas⁶³. Propone, dada la disparidad normativa, de un margen conjunto del Derecho contractual europeo.

En definitiva, puede decirse que la perspectiva de futuro es la de facilitar las transacciones transfronterizas evitando la multiplicidad de ordenamientos jurídicos, tal y como señala el Libro Verde de 1 de julio de 2010 (“un instrumento de Derecho contractual europeo que sea suficientemente fácil de utilizar y jurídicamente seguro, podría también servir de modelo, especialmente para los organismos internacionales que han tomado a la Unión como modelo de integración regional. La Unión podría así desempeñar un papel protagonista para establecer normas internacionales uniformes en esta materia, lo que, a su vez, podrá dar a la economía europea una ventaja competitiva en el mundo”).

Este libro Verde planteaba diferentes formas de llevar a cabo la regulación del Derecho contractual europeo, pero, como en otras ocasiones, encuentra en la Directiva la mejor forma de regular el derecho contractual europeo; en todo caso como sabemos, tiene sus defectos para conseguir una armonización normativa plena, es evidente que no es un instrumento armonizador perfecto.

⁶² PATTI ,S., “*Diritto Privado y Codificazione Europee*”, Giufre Editore, Milano, 2004, pp.9-12.

⁶³ LIBRO VERDE de la Comisión Europea de 1 de julio de 2010. COM (2010) 348 final.

En concreto, en este sentido puede citarse la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y se derogan la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europea y del Consejo; se trata de una regulación parcial y solo afecta a determinadas materias, como veremos.

En este sentido, las diversas materias en las que se han dictado las Directivas han dado lugar a los diversos ordenamientos de los diferentes Estados miembros iguales en un mínimo común, pero distintos en diferentes aspectos, por lo que la diversidad planteaba un problema. En este sentido el *EC Consumer Law Compendium* de 2007 expuso estas claras diferencias⁶⁴. Los diferentes planteamientos tampoco han llevado a un consenso final. En octubre de 2008 se publicó una propuesta de Directiva de Derechos de los Consumidores que reunificaría las normas de las Directivas de los negocios fuera de establecimiento mercantil, contratos a distancia, cláusulas abusivas y garantía en las ventas a consumidores, basada en un criterio de “armonización máxima”. Esta armonización máxima supone la eliminación de los estándares nacionales preexistentes y la imposibilidad de aprobar normas nacionales contrarias a las armonizadas. Este nueva visión se descartó en 2010, y se publicó finalmente la Directiva 2011/83/CE que se limitaba a modificar las normas de las ventas a distancia y negocios fuera de establecimiento mercantil, siguiendo el criterio de la armonización plena selectiva que significa una armonización máxima en ciertos aspectos concretos⁶⁵.

Posteriormente, se publica la Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo ⁶⁶relativa a una normativa común de compraventa europea que señala en su exposición de motivos que la armonización del Derecho de los consumidores a nivel de la

⁶⁴ EC Consumer Law Compendium puede consultarse en [Http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons_int/safe_shop/acquis/comp_analysis_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons_int/safe_shop/acquis/comp_analysis_en.pdf).

⁶⁵ GOMEZ POMAR, F.-GANUZA FERNANDEZ, J.J, “*Fundamentos económicos de la armonización del Derecho privado europeo*”, Indret, 2-2011, pp. 1-29.

⁶⁶ Bruselas, 11.10.2011 COM (2011) 635 final.

Unión ha permitido cierta aproximación en algunos ámbitos. Sin embargo, las disparidades entre las legislaciones de los Estados miembros siguen siendo importantes; la armonización existente deja a los Estados miembros un amplio abanico de opciones sobre la forma de cumplir los requisitos de la legislación de la Unión y la posición en que se fija el nivel de protección de los consumidores. Igualmente se enfatiza de que «el objetivo general de la propuesta consiste en mejorar el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior facilitando la expansión del comercio transfronterizo a las empresas y las compras transfronterizas a los consumidores».

En el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo se destaca que «sólo una de cada diez empresas en el marco del mercado único y la mayoría de las que lo hacen únicamente exportan a un número reducido de Estados miembros. Sólo 8% de los consumidores ha comprado bienes y servicios por Internet en otros Estados miembros. El potencial del mercado interior y del comercio electrónico transfronterizo solo está parcialmente explotado. «Acepta que la normativa común de compraventa europea «está centrada en los contratos más destacados para el comercio transfronterizo (contratos de compraventa entre empresas y consumidores o entre empresas en caso en que al menos una parte sea una pyme, incluidos los contratos de contenidos digitales y de prestación de servicios relacionados).» Destaca que hay importantes dificultades para aplicar la normativa, pues hay que «aclarar la interrelación entre el instrumento facultativo y el Derecho internacional privado europeo...⁶⁷.

La aplicación de este Reglamento tendría como ámbito de aplicación los negocios jurídicos entre empresarios y consumidores⁶⁸. El principio esencial es el de protección de la parte más débil, llevando a niveles de protección suficientemente altos, mayor que el de las Directivas. Queda por decir que el sistema es facultativo, a diferencia de la aplicación de las Directivas,

⁶⁷ DE MIGUEL ASENSIO, P., “*Sobre la Propuesta de normativa común de compraventa europea de 18 de diciembre de 2012*”, <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2012/12/sobre-la-propuesta-de-normativa-comun-de-compraventa-europea,18-de-diciembre-de-2012>.

⁶⁸ ILLESCAS ORTIZ, R., /PERALES VISCASILLAS, P., “*El Reglamento opcional en materia de compraventa en el ámbito de la Unión Europea (CESL); crítica a su ámbito de aplicación*”, *Derecho de los Negocios*, número 265-266, 2012, pp. 9 y ss.

respetando el principio de autonomía de la voluntad. La aplicación de la citada norma requerirá un acuerdo entre las partes contratantes, con consentimiento expreso para el consumidor, debiendo el comerciante facilitar al consumidor una confirmación de dicho acuerdo en un soporte duradero. Esta información también se incluirá en la información precontractual para que el consumidor pueda acceder a la información incluso antes de formalizar la relación contractual. En el momento actual, la propuesta de Reglamento sigue pendiente de aprobación ya que ha sido objeto de numerosas enmiendas y modificaciones.

Asimismo, debemos destacar el papel desempeñado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como factor de equilibrio entre la libertad de circulación de mercancías, las medidas de protección de los consumidores y las prácticas comerciales leales.

Podemos hacer referencia, a modo de ejemplo, para hacer al lector más práctica la aplicación del tema que estamos analizando, de cómo han intervenido de forma intercomunicada y multidisciplinar materias como la protección de los consumidores y la seguridad de los productos industriales dentro del marco al respeto a la libre circulación de mercancías. En muchas ocasiones los diferentes Estados miembros de la Unión Europea utilizaron las llamadas “medidas de efecto equivalente de las restricciones cuantitativas” (MEE)⁶⁹. La conjugación de la libre circulación de mercancías y el desarrollo del Estado del bienestar ha conllevado a que las autoridades administrativas ejercen su poder de vigilancia y control⁷⁰. Así, los redactores del Tratado de Roma, después de configurar la libre circulación de mercancías también eran concedores que la mera supresión de los derechos de aduana y las

⁶⁹ IZQUIERDO CARRASCO, J., “*Las seguridad de los productos industriales: régimen jurídico administrativo y protección de los consumidores.*” Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 115-165.

⁷⁰ REBOLLO PUIG, M/ IZQUIERDO CARRASCO, M., “*Responsabilidad por infracciones administrativas de los interventores en la puesta en el mercado de bienes y servicios a disposición del consumidor y usuario final*”, Revista de Estudios de Consumo, nº 56, 2001, Madrid, pp.69-98.

restricciones cuantitativas no eran suficientes para la consecución de un mercado común⁷¹. Así el Tratado de Roma recogió en su artículo 30 la referencia a las medidas de efecto equivalente, definidas por el Tribunal de Justicia de la CE (20) en la sentencia Dassonville, de 11 de julio de 1974, en su considerando quinto. "Toda reglamentación comercial de los Estados miembros susceptibles de obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente el comercio intracomunitario"⁷².

Tanto la jurisprudencia como la doctrina⁷³ se enfrentaron desde el primer momento a la complicada tarea de desarrollar el concepto de las llamadas "medidas de efecto equivalente de las restricciones cuantitativas", que aparecen prohibidas por el artículo 28, además de concretar aquellos supuestos bajo los cuales dichas medidas podrían estar justificadas, según lo previsto en el artículo 30 y en las denominadas exigencias imperativas establecidas en la doctrina Cassis de Dijon:

"Los obstáculos a la circulación intracomunitaria que resultan de las disparidades de las legislaciones nacionales relativas a la comercialización de los productos en cuestión deben de ser aceptados en la medida en que estas prescripciones puedan ser reconocidas como necesarias para satisfacer las exigencias imperativas relativas, particularmente, a la eficacia de los controles fiscales, a la protección de la salud

⁷¹ REBOLLO PUIG, M., "El principio de libre circulación de mercancías", *Jornadas sobre el derecho administrativo comunitario* (coord., por GOMEZ-REINO Y CARNOTA), 2001, pp. 91-114.

⁷² La sentencia Dassonville, de 11 de julio de 1974, en su considerando quinto, indica que "Toda reglamentación comercial de los Estados miembros susceptibles de obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente el comercio intracomunitario".

⁷³ MARTÍNEZ LAGE, S. (1993). «La contribución de la jurisprudencia a la realización de la libre circulación de mercancías: la eliminación de las medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas». En: *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*. Dir. por G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS/ D. LIÑÁN NOGUERA. Madrid. Civitas. Construye una definición de lo que puede entenderse por MEE "cualquier disposición legal o reglamentaria o administrativa, incluidas las prácticas administrativas, y hasta las simples incitaciones, que tengan o puedan tener por efecto imposibilitar las importaciones o hacerlas más difíciles o más costosas que la venta de la producción nacional."

pública, a la lealtad de las transacciones comerciales y a la defensa de los consumidores, (considerando 8).”

Ante esta visión tan estricta, el TJCE en el asunto “Dassonville”, define a la MEE como toda reglamentación de los Estados miembros susceptible de obstaculizar, directa o indirectamente, actual o potencialmente, el comercio intracomunitario⁷⁴.

⁷⁴ Como es conocido en el asunto, Caso Dassonville (1974) para la importación de Whisky en Francia no se exigía al Whisky escocés ningún certificado de origen, mientras que en Bélgica se exigía y además su comercialización sin el certificado era constitutivo de delito. El TJCE concluye que la exigencia belga tiene un efecto restrictivo sobre las importaciones que no puede justificarse en el artículo 36 del TCEE.

El asunto CASO CASSIS DE DIJON: el objeto del problema radicaba en el rechazo por parte de la Administración alemana del monopolio de alcoholes, a conceder una autorización (Dassonville 1974) para importar un licor (EL CASSIS) originario de Francia. La causa de ello residía en que el CASSIS DE DIJON, fabricado y comercializado legalmente en Francia, no alcanzaba la graduación alcohólica mínima del 25 por 10 exigida para poder ser comercializado en Alemania. El gobierno alemán lo justificaba en razones de salud y de protección de los consumidores, alegaba que estos obstáculos solo podían ser eliminados mediante una armonización de las reglamentaciones nacionales, es decir mediante Directivas del Consejo. El argumento alemán fue rechazado por el TJCE estableciendo que la reglamentación alemana constituía una MEE de acuerdo con la jurisprudencia establecida en el caso DASSONVILLE y se enmarca en la prohibición del artículo 30., siendo lo novedoso lo establecido en su considerando 8, antes citado. “todo producto importado de un Estado miembro debe ser en principio admitido en el territorio del Estado miembro importador si está legalmente fabricado, es decir si respeta la reglamentación y los procedimientos de fabricación leales y tradicionales del país de exportación y comercializado en el territorio de éste último. “

La jurisprudencia derivada de la doctrina CASSIS de Dijon ha sido rica y abundante, aunque los resultados han sido distintos dependiendo de si los supuestos llevados ante el TJCE se referían a las características de los productos y, por tanto, quedaban englobados en la línea trazada por la jurisprudencia CASSIS (en la mayor parte las medidas nacionales fueron declaradas ilegales por no pasar el test de proporcionalidad), o de si los supuestos planteados ante el TJCE se referían a las condiciones de realización de venta, en cuyo caso el TJCE reaccionó de dos maneras diferentes:

En un primer momento, un grupo de sentencias consideró que las normativas nacionales impugnadas se encontraban excluidas del ámbito de aplicación del artículo 30, sin detenerse si podían ser justificadas o no. Considero que no encajaban en la formula Dassonville, porque no tenían un nexo de unión con el comercio

6 Política de protección de los consumidores y usuarios y competencia desleal.

Como hemos indicado anteriormente (vid supra, en el capítulo 4º) la evolución de la competencia desleal viene derivada de la propia evolución del mercado; la protección de los consumidores está íntimamente conectada a la protección del propio sistema competitivo. Por ello, una de las actuaciones básicas en las políticas de la protección del consumidor es la educación y formación del consumidor para mejorar sus conocimientos y, que con ello pueda disfrutar de un nivel suficiente y adecuado de información para poder seleccionar los productos y servicios que se le ofrecen en una economía concurrencial.

En este sentido ya indicaba el profesor MENENDEZ MENENDEZ⁷⁵ “que el consumidor debe ser el árbitro de la lucha económica, y debe hacerse a través de decisiones libres, y no

intracomunitario, no afectaban a las modalidades de venta y permitían la comercialización por otros canales diferentes.

En el CASO OEBEL No considero que fuese MEE una reglamentación alemana que prohibía durante la noche y hasta una cierta hora de la mañana, la fabricación de productos de panadería y de pastelería, así como el transporte y la entrega de esos productos a los consumidores individuales y a los comercios minoristas. En el ASUNTO BLESSEN, el TJCE estimo que no se consideraba como una MEE la reglamentación belga que se refería a la prohibición de venta de bebidas alcohólicas en los hoteles, restaurantes, tabernas, bares y locales similares accesibles al público.

A partir de la sentencia CINETHÈQUE se perfila una nueva corriente jurisprudencial, conforme a la cual el TJCE considera MEE a las medidas nacionales referentes a las modalidades de venta y las somete al test de la proporcionalidad para verificar su justificación en virtud del artículo 30 TCE o de las exigencias imperativas. En Francia se prohibía en atención a una reglamentación francesa de las películas en cintas de video hasta que no hubiera transcurrido un año desde el comienzo de su proyección en las salas de cine. Debido a que el resto de Estados no disponían de dicha reglamentación, la norma francesa creó un obstáculo a la libre circulación intracomunitaria de películas grabadas en video y el TJCE considero que se trataba de un MEE.

Pero esto llevo a considerar que cualquier reglamentación comercial de un Estado miembro que difiera de la de otros Estados crea un obstáculo técnico, ello llevo a un cambio jurisprudencial con el caso KECK.

⁷⁵ MENENDEZ MENENDEZ A., “*La competencia desleal*”, op.cit, pp. 99 y ss.

mediatizadas, que se apoyen en el criterio de la eficiencia de cada competidor. La disciplina de la competencia desleal tiene, pues, que tutelar su autonomía de decisión”.

Piénsese en una publicidad engañosa o una información incorrecta en un determinado producto o servicio que provoca que el consumidor opte por uno u otro en virtud de esa publicidad o información. En este sentido, el artículo 81.3 del TCE ordena que hay que evaluar la participación equitativa de los usuarios en el beneficio resultante de la conducta a la que se declara inaplicable el apartado 1º artículo 81 TCE.

La noción del consumidor en el Derecho Antitrust comunitario ha sido siempre amplia, que se puede aproximar al concepto de “cliente”; en esta línea, la Unión Europea ha prestado más atención a la repercusión de las normas de defensa de la competencia en los consumidores finales (véase el caso de la Directivas sobre la evaluación de las concentraciones horizontales C 31/5/ de 5 de febrero, al señalar que “*una competencia efectiva presenta diversas ventajas para los consumidores, tales como precios bajos, productos de calidad y una amplia gama de oferta de bienes y servicios e innovación*”). A través del control de las concentraciones, la Comisión impide aquellas que podría privar a los consumidores de estas ventajas al incrementar de forma significativa el poder de mercado de las empresas⁷⁶.

Por tanto, las normas de competencia desleal tienen como finalidad primordial asegurar el correcto funcionamiento del mercado, pero también la protección de los consumidores, y es por ello, por lo que tienen los consumidores legitimación activa para el ejercicio de acciones por competencia desleal. Como sabemos, la legitimación activa se ha visto reforzada en el marco de la LCD 2009, que incorpora la Directiva sobre prácticas comerciales desleales de 11 de mayo de 2005, como analizaremos en los capítulos siguientes.

⁷⁶ BERENGUER FUSTER, L y otros., “*La nueva legislación española ante la evolución del derecho de la competencia*”, Editorial Fundación Rafael del Pino, Colección Derecho, Marcial Pons 2010, Madrid. pp., 158 y ss.

7 Antecedentes de la competencia desleal en Europa y su transposición al ordenamiento jurídico español.

Con la instauración de la economía basada en un sistema liberal, aparece en el mercado el modelo profesional. En este momento surge una normativa defensora de los intereses comerciales, y deja a un lado la protección y tutela de los intereses de los actores de la economía de mercado. Esta regulación eminentemente corporativa y privatizadora, se traslada en parte al Derecho español. Pero será después de la Segunda Guerra Mundial, cuando dado los acontecimientos históricos, sociales y económicos después de encontrarse una sociedad devastada por la guerra, surge la aparición de un modelo social. Con este modelo, como se ha comentado anteriormente, la defensa y protección de los intervinientes en el mercado es esencial. En este sentido el Estatuto de la Publicidad de 11 de junio de 1964 incorporó en su artículo 10 una cláusula de protección de los intereses profesionales⁷⁷.

En los años 70, los primeros estudios que se realizaron sobre la competencia desleal y una vez constituida la Comunidad Europea, dieron sus primeros frutos en el Anteproyecto de Directiva en 1977, en el que la propuesta era lo suficientemente “humilde” para no pretender una armonización del conjunto del Derecho contra la competencia desleal, sino tan solo un acercamiento a las diferentes legislaciones de los Estados miembros (en aquel momento) en torno a la materia de la publicidad engañosa y desleal.

El 10 de septiembre de 1984 se aprobó la Directiva del Consejo relativa a la publicidad engañosa. En la Exposición de motivos de la Directiva se vislumbraba el propósito último del legislador comunitario la “*futura armonización del régimen jurídico de la publicidad comparativa*”. La Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa (traspuesta al Derecho español mediante la Ley General de Publicidad, ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de

⁷⁷ CAMPUZANO, A, y otros., “*El derecho de la competencia*”, Editorial Tirant Blanch, 2015, Valencia, pp. 353 y ss.

Publicidad, LGP). Esta Directiva conceptúa a la publicidad como forma de comunicación con la finalidad de iniciar una actuación comercial generadora de una previsible relación contractual (art. 2)⁷⁸.

A continuación, el artículo 3 establece los requisitos que han de concurrir para determinar si la publicidad es o no engañosa; las características de los bienes o servicios, tales como la ejecución, naturaleza, composición, procedimiento, fecha de fabricación, precio, condiciones de suministro de bienes o prestación de servicios, o la naturaleza, características y derechos del anunciante.

En el mismo sentido, la Ley General de Publicidad (LGP) regulaba en el artículo 3 la publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva en el apartado e), dentro de la publicidad ilícita, en los términos contemplados en la LCD (nueva redacción con la ley 29/2009, de 30 de diciembre.)

Asimismo, la Ley 26/1984 de 19 de julio, General de Defensa de Consumidores y Usuarios reguló en su artículo 8 bajo la rúbrica de la “*oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios en relación a los intereses económicos y sociales de los consumidores.*”, las relaciones de la publicidad en el acto de consumo, cumpliendo lo dispuesto en el artículo 51.2 de nuestra Carta Magna “los poderes públicos promoverán la información....de los consumidores”⁷⁹.

⁷⁸ El artículo 2 de la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados miembros en materia de publicidad engañosa define a la *publicidad como “toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones”*. Y a la publicidad engañosa “*aquella publicidad que, de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o puede inducir a error a las personas a las que dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o que, por estas razones perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor.*”

⁷⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: “*Comentarios a la Ley General de Consumidores y Usuarios*”, Estudios sobre consumo, ed. 3, diciembre 1984, Madrid, pp. 20-38.

1. *La oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios, se ajustarán a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre la publicidad. Su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio, y las condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles por los consumidores o usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en documento recibido.*
2. *No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, estas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad.*
3. *La oferta, promoción o publicidad falsa o engañosa de productos, actividades o servicios, será perseguida y sancionada como fraude. Las asociaciones de consumidores y usuarios, constituidas de acuerdo con lo establecido en esta Ley, estarán legitimadas para iniciar e intervenir en los procedimientos administrativos tendentes a hacerla cesar.*

El inciso 2º del número 3º ha sido declarado inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional 15/89, de 26 de enero (B.O.E. 20 de febrero), en la expresión “constituidas de acuerdo con lo establecido en esta Ley”, y de otro lado, para indicar que la publicidad engañosa o falsa, cuando menos, da lugar a sanciones administrativas. A tal efecto entra en aplicación la Ley General de Publicidad, Ley 34/1988, de 11 de noviembre.

Ahora bien, quizá lo más relevante en este artículo es lo establecido en el apartado primero, es decir, *la incorporación de la publicidad y propaganda en el contenido de la relación contractual*, aunque las promesas publicitarias no hubieran sido transcritas ni incorporadas al contrato o la documentación aneja al contrato. Este dato significó un avance esencial en la protección de los consumidores al considerar a la publicidad como parte elemento esencial, del contrato, lo que supuso que las autoridades de consumo pudieran ejercer con cierto éxito el poder de autoridad vigilante del mercado.

Otra cuestión íntimamente ligada a la anterior es la determinación del tipo de consumidor al que va dirigido esa propaganda o publicidad que debe tomarse en consideración para calificar a una publicidad como engañosa; para ello, el TJCE ha tomado como referencia en numerosas sentencias al denominado *consumidor medio*, que es definido como un

consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz. Posteriormente, como veremos, este criterio ha quedado incorporado por el legislador comunitario en la Directiva 2005/29 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, así como en la Ley española de Competencia Desleal.

7.1 Incorporación al Derecho español de la regulación de la normativa de la UE relativa a las prácticas comerciales desleales con consumidores.

La importancia que ha tenido la regulación de las actuaciones comerciales con el consumidor desde la publicación de las LGDCU y de la LCD, ha llevado a la necesidad de adaptarse a los nuevos tiempos e intentar recoger las consecuencias que las nuevas prácticas comerciales generan en el comportamiento del consumidor. En este sentido, y como es bien sabido, la nueva Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE de 28 de marzo de 2014) ha visto la necesidad de incluir entre sus modificaciones algunas referentes a las prácticas comerciales desleales.

La Directiva 2005/29/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas con los consumidores en el mercado interior⁸⁰, se traspuso a la normativa interna a través de la ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, que modifica la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, y otras leyes, como la Ley 7/1996, de

⁸⁰ PALOTTA, A., “*Le pratiche commerciali sleali, Direttiva Comunitaria*” ed. ordinamento italiano, Casa editrice Giuffrè, S.p.A. Milano, 2007, p. 168.

“...Presupposto da cui prende le mosse la direttiva è la considerazione che le leggi degli Statti membri in materia di pratiche commerciali sleali son caratterizzate da differenze notevoli, tali da provocare sensibili distorsioni alla concorrenza ed essere di ostacolo al buen funcionamiento del mercado interno...”

15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, o el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

La transposición de la Directiva se hizo a través de la ley 29/2009, de 30 de diciembre, con el propósito de que la legislación protectora de los consumidores se integrase dentro de la regulación del mercado y en concordancia con la LCD, como forma de garantizar la tutela y protección de los operadores económicos y de los propios consumidores, y por tanto, los argumentos a favor de la regulación integrante en la LCD constituyeron la base de la modificación de la LCD; pero la experiencia de estos últimos años nos ha demostrado la necesidad de regular y modificar también el Texto Refundido de la LGDCU y, lo que quizá hubiera sido más coherente, hacer una modificación conjunta de ambos textos normativos. Pero la realidad fue otra, sin embargo, en primer lugar, se modificó la LCD, como veremos, y en 2014 se llevó a cabo una nueva modificación del TRLGDCU.

En este sentido, se originó cierto debate doctrinal en la forma que debía transponerse la Directiva comunitaria 2015, siguiendo a la doctrina más relevante⁸¹, que nos indica que la decisión de incorporar la Directiva 2005/29 a través de la reforma de la normativa española contra la competencia desleal supuso un incomparable acontecimiento para revisar la regulación actual en ese momento⁸². Basta recordar que la situación normativa en nuestro país había llevado a que los supuestos de hecho calificados como publicidad ilícita y competencia desleal eran tipificados de forma distinta por la LGP y LCD simultáneamente,

⁸¹ El Tribunal Supremo acogió al respecto la posición mantenida por la doctrina mayoritaria (TATO PLAZA, A., “*La publicidad comparativa*”, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 249 y ss.) siendo aplicables ambos textos simultáneamente.

⁸²PALOTTA, A., “*Le pratiche commerciali sleali, Direttiva Comunitaria*”, op.cit., p. 171.

“...Con la direttiva le pratiche aggressive ricevono, invece, una rilevanza e un inguadamento giuridico autónomo l’art. 5, comma 4, distingue le pratiche aggressive dalle pratiche ingannevoli all’interno della medesima valutazione di slealtà, e all’art 8 ne definisce le caratteristiche essenziali e gli elementi in base ai quali emettere il relativo giudizi di aggressività...”

y que condujeron como era lógico, a pronunciamientos judiciales diferentes y sentencias contradictorias.

En resumen, por un lado, se suprimió el régimen de acciones por publicidad ilícita, con la consiguiente derogación del Título IV LGP y por otro lado en la reforma llevada a cabo, la LGP renunció a la tipificación expresa de la publicidad engañosa y de la publicidad desleal, remitiendo ambas a lo dispuesto en la LCD. Conllevó con ello la derogación de la LGP en todo lo relativo a la publicidad engañosa y desleal, refiriéndose únicamente el artículo 3.1.e) de la LGP a que la publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la LCD; asimismo, el artículo 18 de la LCD señala que “ la publicidad considerada ilícita por la LGP, se reputará desleal.”, por lo que entiende por desleal cualquier supuesto de publicidad ilícita del artículo 3 LGP.

Es decir, se emprende una importante reforma configurando el Derecho español en materia de competencia desleal en un marco bastante más ordenado que antes de la incorporación de la Directiva 2005/29 en nuestro derecho interno; ahora bien, considerando que el legislador nacional podría haber sido más ambicioso, ya que por una lado, hubiera podido derogar la publicidad ilícita contenida en la LGP y reajustarla al texto normativo exclusivamente de la competencia desleal, y por otro, podría haberla interconectado con la normativa de protección de los consumidores con mayor amplitud.

En efecto, la reforma llevada a cabo fue alabada por un gran espectro de la doctrina, pero como se ha demostrado al haberse llevado a cabo en el año 2014 la reforma de la norma protectora de los consumidores en lo referente a la competencia desleal, hace necesario reconocer la importancia de las dudas que surgieron en otra parte de la doctrina, que por otro lado no hicieron más que exponer la sistemática llevada a cabo por otros países europeos del entorno como Portugal, Italia, Irlanda, Reino Unido, recogiendo en la LCD y LGP la protección del sector empresarial ante la publicidad y legislando en la LCD el ejercicio de acciones iniciadas por los empresarios en relación con las prácticas comerciales desleales independientemente contra quien se dirigiesen. De esta forma, los empresarios podrían impugnar las prácticas comerciales desleales dirigidas contra los consumidores cuando otros empresarios las utilizasen en el mercado con fines concurrenciales.

Ahora bien, la argumentación de la justificación de la inclusión de la Directiva en la normativa competencial tenía todos los parabienes al tratarse de una norma de competencia estatal cuyo propósito pretendía atender a la unidad en la regulación del mercado interior unido a que las competencias en materia de protección de los consumidores, como es bien sabido, corresponde a las Comunidades Autónomas, con su diversidad legislativa⁸³.

Así, la Exposición de Motivos de la ley 29/2009 señala *“que las normas que imponen la protección de la libre competencia o prohíben la competencia desleal protegen a los consumidores de la misma manera que protegen el funcionamiento del mercado y de los intereses de los operadores económicos que actúan en el mismo. Es por ello que esta Ley articula la protección de los consumidores teniendo en cuenta las exigencias del propio mercado y los legítimos intereses de los operadores económicos que actúan en el mismo.”*

Por otro lado, la misma Exposición de Motivos indica que *“el problema surge en ocasiones por el concurso entre la Ley General de Publicidad y la Ley de Competencia Desleal, que hace necesario, y así lo recoge la jurisprudencia, la introducción de mecanismos de coordinación. En ese sentido, se modifica la Ley General de Publicidad, con objeto de disponer de un mismo cuerpo de acciones y remedios contra todas las prácticas comerciales que perjudiquen los intereses económicos de los consumidores, sin renunciar a la regulación específica de la publicidad y sin menoscabo de la legislación especial que en la Ley General de Publicidad se establece frente a la publicidad ilícita por utilizar de forma vejatoria o discriminatoria la imagen de la mujer. En coherencia con este planteamiento se procede a derogar el Título IV de la norma, que queda vacío de contenido.*

Por otra parte, se dedica un capítulo completo de la Ley a regular los actos de competencia desleal que, afectando también a los competidores, se considera que sólo son susceptibles de perjudicar a sus destinatarios cuando éstos son consumidores y usuarios, tal es el caso de las omisiones engañosas o de las prácticas que la norma europea establece que son desleales cualquiera que sea la circunstancia en la que se produzcan.

⁸³ TATO PLAZA, A. /FERNANDEZ CARBALLO-CALERO, P. /HERRERA PETRUS, C., *“La reforma de la Ley de Competencia Desleal”*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 43 y ss.

7.2 Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. La reforma de 2009.

Como hemos indicado anteriormente, la protección contra la competencia desleal surgió como una expansión de la protección a las distintas modalidades de la propiedad industrial, especialmente del Derecho de las marcas, por lo que ha existido siempre un nexo entre la competencia desleal y la propiedad industrial. Esa vinculación aparece consagrada en el Convenio de la Unión de París para la protección de la propiedad industrial, que regula en su artículo 10 bis tanto los derechos exclusivos de la propiedad industrial como la protección contra la competencia desleal. Ahora bien, este artículo no podía ser invocado por los nacionales españoles, ya que faltaba la necesaria norma interna que lo autorizase⁸⁴.

Como es bien sabido, se promulga en 1991 la Ley de Competencia Desleal de 10 de enero, señalando su objeto en el artículo 1 *“la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita en los términos de la Ley General de Publicidad”*. Tal y como la propia Exposición de Motivos de la ley indicaba, se aspiraba a poner término a la tradicional situación de incertidumbre y desamparo que ha vivido el sector, creando un marco jurídico cierto y efectivo, que fuese capaz de dar cauce a la cada vez más enérgica y sofisticada lucha concurrencial”.

Este artículo, como veremos seguidamente, fue modificado conforme a 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 («B.O.E.» 31 diciembre), con la clara finalidad de dotar con una mayor protección a los consumidores.

Como destacaba igualmente la Exposición de Motivos, varias circunstancias en común hacían inexcusable esta iniciativa. *La primera* venía dada por la creciente demanda social

⁸⁴GOMEZ SEGADE, J.A., *“El secreto industrial (Know-how). Concepto y protección”*, Tecnos, 1974, Madrid, pp. 402-404.

que al respecto se había dejado sentir en los últimos tiempos: la apertura de nuevos mercados, la emancipación de nuestra vida mercantil de vínculos corporativos y proteccionistas y una mayor sensibilidad de nuestros hombres de empresa hacia la innovación de las estrategias comerciales han abierto nuevas perspectivas a nuestra economía. Pero al propio tiempo se ha puesto de manifiesto el peligro de que la libre iniciativa empresarial sea objeto de abusos, que con frecuencia se revelan gravemente nocivos para el conjunto de los intereses que confluyen en el sector: El interés privado de los empresarios, el interés colectivo de los consumidores y el propio interés público del Estado al mantenimiento de un orden concurrencial debidamente saneado.

La Ley respondía, *en segundo lugar*, a la necesidad de homologar, en el plano internacional, nuestro ordenamiento concurrencial. España había omitido esta equiparación en ocasiones anteriores, pero en aquel momento, esa situación ya no podía prolongarse por más tiempo sin grave inconveniente: el ingreso en la Comunidad Económica Europea exigía, en efecto, la introducción en el entramado de nuestro Derecho mercantil y económico de una disciplina de la competencia desleal que estableciese condiciones concurrenciales similares a las que reinan o imperan en el conjunto de los demás Estados miembros. Desde esta perspectiva, la presente Ley se proponía dar un paso más en la dirección iniciada por la reciente Ley de Marcas, por medio de la cual se trató de materializar el compromiso contraído en los artículos 10 bis y 10 ter del Convenio de La Unión de París.

Obedecía la Ley, *finalmente*, a la necesidad de adecuar el ordenamiento concurrencial a los valores que han cuajado en nuestra constitución económica. La Constitución Española de 1978 hace gravitar nuestro sistema económico sobre el principio de libertad de empresa y, consiguientemente, en el plano institucional, sobre el principio de libertad de competencia. De ello se deriva, para el legislador ordinario, la obligación de establecer los mecanismos precisos para impedir que tal principio pueda verse falseado por prácticas desleales, susceptibles, eventualmente, de perturbar el funcionamiento concurrencial del mercado. Esta exigencia constitucional se complementa y refuerza por la derivada del principio de protección del consumidor, en su calidad de parte débil de las relaciones típicas de mercado, acogido por el artículo 51 del texto constitucional. Esta nueva vertiente del problema, en general desconocida por nuestro Derecho tradicional de la Competencia desleal, ha

constituido un estímulo adicional de la máxima importancia para la emanación de la nueva legislación.

La Ley de Competencia Desleal de 1991 se publica en un momento en el que tanto la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios estaba en vigor -con motivo de que la sociedad española sufrió la mayor intoxicación alimentaria de nuestro país (el aceite adulterado de colza), como la Ley General de Publicidad (LGP).

Como veremos posteriormente, la LCD de 2009 ha variado el contenido de la LGP de 1988, si bien ésta sigue vigente.

En 1996, se publica la Ley del Comercio Minorista (LCM) en la que el legislador integrará las nuevas modalidades de venta al público en el marco de la libre competencia y protección de los consumidores.

En este contexto, la Ley de Competencia Desleal nació con el espíritu de regular el mercado y proteger el tráfico económico dentro del marco de la protección al consumidor final de las relaciones comerciales, tal como refleja su Exposición de Motivos (“la nueva ley se hace portadora no sólo de los intereses privados de los empresarios en conflicto, sino también de los intereses colectivos del consumo”).

El citado texto recoge la culminación de la consideración de respeto a la trilogía de intereses que pueden estar en juego en el mercado, es decir, el interés privado de los empresarios, el interés colectivo de los consumidores, y el interés público del Estado al mantenimiento de un orden concurrencial debidamente saneado.⁸⁵ En esta misma línea se pronuncia la Audiencia Provincial de Cádiz, en su sentencia de 12 de junio de 1992 donde hace referencia a esta confluencia de intereses recogida en la LCD, “que deja de concebirse como un

⁸⁵ BARONA VILAR, S., “*Competencia desleal*”, op. cit., p. 25.

ordenamiento primariamente dirigido a resolver los conflictos entre los competidores para convertirse en un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado”⁸⁶.

Como hemos indicado el legislador español traspuso la Directiva 2005, modificando la LCD de 1991.

En este sentido, puede decirse por ello, que *el artículo 1º* amplía el espectro del ámbito de la norma a todos aquellos sujetos intervinientes en el mercado, a todos los participantes con interés en el mismo, y deja claro también la inclusión de la publicidad ilícita; así, en concordancia, establece el artículo 19 de la citada ley la legitimación activa de los consumidores para el ejercicio de las acciones contra la competencia desleal, (entiéndase por consumidores no solamente el consumidor individual sino el consumidor colectivo, a través de la representación por sus asociaciones de consumidores).

A continuación *el artículo 2º de la LCD* establece los requisitos objetivos que debe cumplir un acto para que la LCD sea aplicable, es decir, que se realice “en el mercado”, y que se lleve a cabo con fines concurrenciales, es decir, que tenga por finalidad promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero; en este sentido, la Sentencia de la AP de Barcelona de 29 de septiembre de 1995 (RA 2584), Sentencia AP de Islas Baleares 332/2011 ,de 19 de octubre de 2011⁸⁷ referencia los requisitos objetivos para que un acto o práctica comercial sea legal, sentencia ⁸⁸.

Asimismo, *el artículo 3º de la LCD* señala su ámbito subjetivo, dejando taxativamente claro que será de aplicación a los profesionales, empresarios y cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado (3.1), y no podrá supeditarse a la existencia de una

⁸⁶ SANCHEZ CALERO GUILARTE, J., “*La venta a pérdida como supuesto de competencia desleal (Comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (sección 2º) de 12 de junio de 1992*”, en Revista General de Derecho nº589-590, 1993, p.10.349.

⁸⁷ DOMINGUEZ PEREZ, E., “*Consideraciones sobre los “actos de engaño” y “la participación en el mercado con fines concurrenciales”* al hilo de la sentencia de la AP de Islas Baleares de 19 de octubre de 2011, Actas de derecho industrial y derecho de autor, Tomo 32, 2011-2012, pp. 501-526.

⁸⁸ Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de septiembre de 1995(RAC 2584).

relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del acto de competencia desleal (3.2). Por lo tanto, abarca todo el espectro del mercado y a todos los operadores intervinientes en el tráfico económico.

Como puede apreciarse, la prohibición de competencia desleal ha pasado a ser la prohibición de actuar incorrectamente en el mercado; por tanto, a la exigencia de la competencia desleal ha sucedido la vigencia de corrección en el tráfico económico⁸⁹.

A continuación, la nueva cláusula general de competencia desleal se recoge en el artículo 4º de la LCD; así “se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe” siguiendo al antiguo artículo 5 de la LCD de 1991 y a continuación desglosa los supuestos de competencia desleal que aparecen en la práctica.

Como es sabido, la cláusula general de comportamiento desleal tiene su origen en el Derecho suizo, en *Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale* que hacía referencia a la buena fe objetiva, que sirve para expresar la confianza que legítimamente tienen todos los que participan en el mercado en que todos los que actúan tendrán una correcta conducta⁹⁰.

En nuestro Derecho interno y como precedente a la Ley de 1991, el comportamiento desleal se encontraba regulado en el Estatuto de la Publicidad de 1964, cuyo articulado y en concreto el artículo 10 declaraba como desleal genéricamente la actividad publicitaria “que sea contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles”; ahora bien, la regulación en 1984 de la LGDCU asentó el criterio doctrinal de que las normas de competencia desleal también debían proteger a los consumidores y usuarios como operadores esenciales en el tráfico económico. Por tanto, tal como señalaba la cláusula general ex artículo 5 LCD, será

⁸⁹ DE LA CUESTA, J.M., “Significado de la ley y requisitos generales de la acción de la competencia desleal”. La regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991, 1ª Edición BOE y Cámara de Comercio e Industria de Madrid; Madrid, 1992, pp. 24-33.

⁹⁰ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A., Coord “La regulación contra la competencia desleal en la ley 10 de enero de 1991”. Boletín oficial del Estado. Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992. pp. 40 y ss.

desleal “todo comportamiento o acto que sea contrario a la buena fe objetiva”, que en un principio no implicaba la concurrencia del requisito de la mala fe, aunque en la práctica esto sucederá en la mayor parte de los supuestos; y, en todo caso, determinará su tipificación a todo aquel supuesto que aun no concretándose en un caso concreto tipificado en los artículos siguientes, se pueda calificar de acto de competencia desleal ateniéndose a los criterios de carácter general.⁹¹

Por tanto, *el artículo 5º de la LCD* recogía la cláusula general de deslealtad concurrencial, como “todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe” tal como el legislador redactó este artículo, dejó claro que no era necesario que el comportamiento realizado por su autor haya sido realizado con mala fe o dolo,⁹² sin perjuicio de su condición de presupuesto de la responsabilidad civil derivado de los actos competencia desleal⁹³.

Por ello, debemos precisar que hasta la redacción de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por el 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, que analizamos en este trabajo, las prácticas abusivas hacia el consumidor venían subsumidas en el artículo 5º de la Ley de Competencia Desleal de 1991, artículo que desarrollaba una cláusula lo suficientemente general como para poder recoger todas aquellas prácticas de competencia desleal que requerían una regulación en su propia normativa sectorial; ahora bien, en esos años, *las prácticas abusivas* contra el consumidor se encontraban reguladas en la normativa sectorial de protección de los consumidores, y años más tarde en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

⁹¹ GARCIA PEREZ, R., “*Ley de Competencia Desleal*”, Thomson- Aranzadi, Pamplona, 2008, pp.82 y ss.

⁹² En esta línea, STS de 20 de marzo de 1996 (RJ 1996, 2246) FJ 4; STS de 15 de abril de 1998 (RJ 1998,2053), FJ 3; STS de 15 de octubre de 2001 (RJ 2001, 9441) FJ 5.

⁹³ MASSAGUER FUENTES, J., artículo “*La cláusula de prohibición de la competencia desleal*” en “*Competencia desleal y defensa de la competencia*”, Cuadernos de derecho judicial, nº 11, 2002, ejemplar dedicado a la competencia desleal y defensa de la competencial, Ferrándiz Gabriel, J.R (dir.), pp. 93-142.

Así, el legislador de la primera Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios consiguió instrumentar las llamadas cláusulas abusivas en los contratos denominados en masa o que contenían condicionados generales para el consumidor o usuario de servicios, y se reguló por primera vez en su artículo 10º las cláusulas, condiciones o estipulaciones que, con carácter general, se aplicaban a la oferta, promoción o venta de productos o servicios, incluidos los que facilitaban las Administraciones públicas y las Entidades y Empresas de ellas dependientes, que debían cumplir los siguientes requisitos:

- a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.
- b) Entrega, salvo renuncia del Interesado, de recibo, justificante, copia o documento acreditativo de la operación, o, en su caso, de presupuesto, debidamente explicado.
- c) Buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones lo que, entre otras cosas, excluye la utilización de cláusulas abusivas.

Siguiendo en esta línea, el artículo 8.1 del TRLGCU señalaba que *“la oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios, se ajustarán a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad”*.

Como es bien sabido las normas de protección se insertaban en el Estatuto de Publicidad, y este nuevo artículo 8.1 supondrá una renovación del principio de veracidad ya que abarcaba a la oferta y a la promoción de los productos y servicios.

Así, concretamente recogía dos operaciones de gran dimensión, como eran por una lado las promociones con premio, en las que se agrupaba todas las iniciativas comerciales que les acompañaba de un premio, a un bien o servicio y se obtenía un premio a cuantos adquirieran un cierto producto, y por otro lado, las operaciones con concurso en sus dos modalidades: por sorteo y por habilidad. En los concursos por sorteo se producía entre los adquirentes del producto promocionado, en el que se promete el premio a quien, entre los que se encuentren en posesión de un cupón o contraseña por haber adquirido el producto, sea favorecido por la

suerte y los concursos por habilidad que conceden el premio a quien sea el mejor en el juego propuesto a los adquirentes del producto, seleccionados entre quienes posean los boletines o cupones requeridos. En este tipo de concurso la esencia se encuentra en llamar la atención de los posibles o futuros adquirentes. En muchas ocasiones la promoción no contiene ninguna referencia a las características del producto o servicio sino que simplemente inducen a la adquisición.

Pues bien, en aquellos años anteriores a la publicación de la Ley de la Competencia desleal de 1991, y coincidiendo con la entrada en vigor de la Ley de consumidores en 1984, se consideró por una parte importante de la doctrina española que el primer párrafo del artículo 8º podía considerarse como la pequeña cláusula general prohibitiva de la competencia desleal, cumpliendo funciones semejantes a las que el artículo 2º de la ley alemana sobre competencia desleal cumplía en el derecho alemán⁹⁴.

Por tanto las normas de publicidad siguieron vigentes hasta que no fueron reformadas de una manera expresa por el legislador hasta su publicación en la ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, con motivo de la transposición de la Directiva comunitaria relativa a la armonización de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los países miembros en lo que afecta la publicidad engañosa⁹⁵.

⁹⁴ FERNÁNDEZ NOVOA. C., "La sujeción de las expresiones publicitarias al principio de veracidad" Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 2 de febrero de 1974, ADI, 3, 1975, pp. 369 y ss.

⁹⁵ En concreto, decía su artículo 1º en su redacción originaria "La publicidad se regirá por lo dispuesto en esta Ley y en las normas especiales que regulen determinadas actividades publicitarias" y su artículo 6º indica que es publicidad desleal:

- a) La que por su contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa o de sus productos, servicios o actividades.
- b) La que induce a confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores, así como la que haga uso injustificado de la denominación, siglas, marcas o

Cuando en el año 2009 se produce la reforma de la LCD de 1991, el legislador, pese a variar en gran parte la LGP de 1988, sigue manteniendo la vigencia de la integración del contenido publicitario en el contrato⁹⁶.

Ahora bien, como es bien sabido, las practicas agresivas son actos de competencia que se han incorporado a supuestos particulares regulados específicamente por el legislador en la Ley 29/2009. Estas prácticas comerciales no habían recibido una consideración específica en la Ley de 1991, es decir no habían sido objeto de una regulación concreta y por tanto, no tenían un 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 1991⁹⁷. Ciertamente, la regulación contemplada en la actual normativa en su artículo 8 del TRLGDCU tenía su encuadre como se ha comentado anteriormente en el artículo 5 de la Ley de 1991 y en el artículo 6 b) de la Ley General de Publicidad de 1988 y por ello en relación a la prohibición del artículo 1 de la Ley de 1991, debía entenderse contraria a Derecho y prohibidas⁹⁸.

En este sentido, la doctrina construyó un grupo de casos de competencia desleal a los cuales se les aplicaba la cláusula general contenida en el artículo 5 y que buena parte de ellos se

distintivos de otras empresas o instituciones, y, en general, la que sea contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles.

c) La publicidad comparativa cuando no se apoye en características esenciales, afines y objetivamente demostrables de los productos o servicios, o cuando se contrapongan bienes o servicios con otros no similares o desconocidos, o de limitada participación en el mercado”.

⁹⁶ PINO ABAD, M., “Comentario al artículo 61 y 65. La relevancia negocial de la publicidad comercial” en la “Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias” dir. REBOLLO PUIG, IZQUIERDO CARRASCO, M., Iustel, 2011, pp. 1106-1131.

⁹⁷ MASSAGUER FUENTES, J., “Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal”, Artículo de Actualidad Jurídica Uría Menéndez /27-2010.

⁹⁸ En este sentido, Sentencia TS de 24 de noviembre de 2006(RJ 2007, 26) FJ 2; STS de 29 de diciembre de 2006 (RJ2007, 1714), FJ 13; SAP de Girona de 19 de diciembre de 2000(JUR 2001, 120124) FJ 6; SAP de Baleares de 25 de octubre de 2007 (AC 2006, 85) FJ8.

correspondían a las prácticas agresivas ahora reguladas particularmente en la nueva norma. Entre este tipo de prácticas, ya reguladas en la nueva LCD, cabe citar la publicidad molesta, marketing directo, supuestos de prácticas agresivas por influencia indebida inducidas por personas del entorno cercano a los consumidores como familiares, amigos, compañeros de trabajo, que veremos posteriormente con detenimiento en el Capítulo III.

8 Nuevos planteamientos en el Derecho español en la tutela del consumidor: la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias, aprobado por el Real decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre de 2007 y sus modificaciones.

La modificación del TRLGDCU tiene como objeto la transposición de la Directiva comunitaria 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores que deroga las Directivas 85/577/CEE y 97/7/ CE, que supone la modificación de una importante parte del articulado del TRLGDCU, tal como indica la Exposición de motivos⁹⁹. Como veremos, las modificaciones recientes que ha experimentado el TRLGDCU inciden también en algún aspecto de este trabajo que son analizados desde criterios de derecho de la Competencia Desleal.

⁹⁹ Puede afirmarse que esta nueva Directiva supone un nuevo impulso a la protección de los consumidores y usuarios europeos y la consolidación de un mercado interior, dirigido a reforzar la seguridad jurídica, tanto de los consumidores como de los empresarios, eliminando disparidades existentes en la legislación europea de los contratos de consumo que crean obstáculos significativos en el mercado interior. Con esta finalidad, la Directiva amplía la armonización de los ordenamientos internos de los Estados bajo un enfoque de “*armonización plena*”, con excepciones puntuales, e introduce modificaciones sustanciales en la vigente normativa europea en materia de contratos...”

Seguramente que el aspecto más novedoso es que la Ley 3/2014, de 27 de marzo, igual que la Directiva de 2011 que se incorpora al Derecho español, no pretendía establecer una tutela general del consumidor, pese a lo ambicioso que el título de la Directiva pudiera sugerir (“Derecho de los Consumidores”). En realidad, la Ley 3/2014 sólo regula parcialmente algunos aspectos de la tutela del consumidor: la Ley procede a regular conjuntamente los contratos celebrados a distancia y los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, siguiendo la técnica jurídica utilizada por la Directiva. De esta forma, modificó el libro II del Texto refundido, unificando la regulación de ambos tipos de contratos en su título III, lo que conllevó la eliminación del título V, cuya denominación y contenido pasó al título IV.

Seguidamente, la Ley reguló *los requisitos formales* de los contratos a distancia y de los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, y contempló la exigencia, más que reclamada, por otro lado, de que los sitios web de comercio indiquen de modo claro y legible si se aplica alguna restricción de suministro y cuáles son las modalidades de pago que se aceptan. Además, el consumidor deberá al efectuar el pedido confirmar expresamente que es consciente de que dicho pedido implica, en su caso, una obligación de pago.

En el mismo sentido, las modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores y por la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

8.1 Principales modificaciones introducidas por la Ley 3/2014, de 27 de marzo y su impacto en la materia de competencia desleal.

De forma sintetizada podemos señalar las principales modificaciones introducidas por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, y que afectan sustancialmente a las prácticas comerciales con los consumidores y usuarios que incide por ello en la tutela de éstos desde el punto de vista del

Derecho de la Competencia Desleal introducidas en la tutela del consumidor a través de la referencia vía la ley citada, y que produce también un nivel de tutela jurídica más elevado al consumidor desde el prisma del Derecho de la competencia desleal; así, es comprensible que el ilícito administrativo pudiera constituir también en algunos supuestos un ilícito desleal, atendiendo a la regulación contenida en la LCD.¹⁰⁰

Las reformas esenciales afectaron a los derechos básicos de los consumidores y usuarios, así:

8.1.1 Deber de información.

Puede afirmarse que uno de los objetivos de la norma es un considerable incremento en la información que recibe el consumidor; y es que, como era lógico prever, existía por parte tanto del legislador europeo y español una honda preocupación por dotar al consumidor de mayores instrumentos para que pudiera operar en el tráfico comercial, ya que los estudios y análisis realizados desde la U.E desvelaban la escasa confianza y seguridad jurídica que mostraba el consumidor en el marco de las relaciones comerciales transfronterizas.

Recordemos que ya el Texto Refundido aludido destacó en su Exposición de Motivos la preocupación del legislador por la imposición en las relaciones contractuales con los consumidores de obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos en el contrato, y en coherencia además con lo previsto en la Directiva 2005/29/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005, sobre prácticas comerciales desleales, que prohíbe los obstáculos no contractuales para el ejercicio de tal derecho.

El Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, recogía en su artículo

¹⁰⁰ CORDERO LOBATO, E., “*Protección sectorial y protección consumerista general de minimis y de maximis sobre la reforma del artículo 59.2 del TRLGDCU*”, Cesco, Universidad Castilla - la Mancha, 2014, pp. 1-8.

60 la información previa al contrato, pero la norma de 2014 modifica el elenco de información que debe aportarse al consumidor con tres apartados (i, j, K)“*relativos a la funcionalidad de los contenidos digitales, incluidos las medidas técnicas de protección aplicables., como son, entre otras, la protección a través de la gestión de los derechos digitales o la codificación regional. A los efectos de esta norma se entiende por contenido digital los datos producidos y suministrados en formato digital; cuando proceda, toda interoperabilidad relevante del contenido digital con los aparatos y programas conocidos por el empresario o que quepa esperar razonablemente que conozca ; y el sistema de tratamiento de las reclamaciones del empresario, así como, en su caso, la información sobre el sistema extrajudicial de resolución de conflictos previsto en los servicios de atención al cliente.*

Por consiguiente, la información a disposición del consumidor tendrá que ser relevante, comprensible y clara; el legislador español sigue en 2014 la misma línea de redacción que en la primera Ley de tutela del consumidor, la ley 26/1984 de 19 de julio, General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, en la que el antiguo artículo 7º señalaba que la información que se contenía en la oferta, promoción o venta debía ser veraz, comprensible y clara para los consumidores y usuarios; pues bien, en los mismos términos, pero con mayor precisión, se recoge en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre en los artículos 20, 21 y 60 (nuevos artículos 21, 60 y 97 TRLGDC).

En consecuencia, puede afirmarse que en la nueva normativa de 2014 se amplía la información precontractual exigible en los contratos con los consumidores y usuarios, y a mayor abundamiento, en los contratos a distancia, así como en los contratos celebrados fuera del establecimiento del empresario, que han sido objeto de plena armonización por parte de la Directiva de la Unión Europea.

Dentro de esta información, que debe ser necesariamente ofrecida al consumidor, es importante destacar la información facilitada a los consumidores y usuarios en relación con la existencia y condiciones de los depósitos u otras garantías financieras que, en su caso, tengan que pagar o aportar a solicitud del empresario, incluidas aquellas por las que se bloquee un importe en la tarjeta de crédito o débito del consumidor. También deberán de informar de la existencia de garantía legal de conformidad con los bienes, así como de la

existencia y condiciones de los servicios postventa y de las garantías comerciales que otorguen, en su caso. Igualmente en los contratos de suministro de contenido digital deberán de informar de la funcionalidad del mismo, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables, así como de toda interoperabilidad relevante con los aparatos y programas conocidos por el empresario o que quepa razonablemente esperar que deba conocer.

Asimismo, añade *un artículo 60 bis relativo a pagos adicionales*, en el que el empresario deberá obtener el consentimiento expreso del consumidor para todo pago adicional a la remuneración acordada para la obligación contractual principal. En la misma línea, se destaca la importancia que da el legislador a la incorporación de dos artículos exclusivamente dedicados a regular los pagos adicionales requiriendo el consentimiento expreso del consumidor y los cargos por la utilización de los medios de pago, supuestos éstos que no son sino manifestaciones del incremento informativo para el consumidor.¹⁰¹

Finalmente, la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, Directiva que desarrolla el acceso de los consumidores a la justicia a través de mecanismos extrajudiciales de conflicto, ya que, resulta a pesar, especialmente relevante a los efectos de este trabajo, de los esfuerzos de la Unión Europea en establecer unas garantías para los consumidores en materia de reclamaciones judiciales y extrajudiciales, todavía existían bastantes obstáculos que repercuten en el desarrollo y buen funcionamiento del mercado interior¹⁰², como veremos en el Capítulo V.

¹⁰¹ Artículo 60 ter. Cargos por la utilización de medios de pago.

1. Los empresarios no podrán facturar a los consumidores y usuarios, por el uso de determinados medios de pago, cargos que superen el coste soportado por el empresario por el uso de tales medios.

2. Corresponde al empresario probar el cumplimiento de las obligaciones a que este artículo se refiere.»

¹⁰² La Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013. www.boe.es.

8.1.2 Entrega de bienes.

La nueva normativa relativa a la entrega de bienes se introduce en los artículos 66 bis y 66 ter, bajo la rúbrica “entrega de bienes y transmisión del riesgo”, concediendo al consumidor nuevos derechos en cuanto al plazo de entrega máximo de 30 días naturales a partir de la celebración del contrato. Asimismo, también se incorporan novedades aunque en menor medida, en cuanto a la forma de entrega, el riesgo de pérdida o deterioro de los bienes se transmitirá al consumidor cuando él o un tercero por él indicado, distinto del transportista haya adquirido su posesión material.

Finalmente el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo ha modificado el apartado 3º cuando se haya resuelto el contrato de forma que el empresario deberá proceder a reembolsar, sin ninguna demora indebida, todas las cantidades abonadas por el consumidor y usuario en virtud del mismo¹⁰³.

8.1.3 Contratos a distancia y fuera de establecimiento mercantil.

Estos contratos han sido objeto de plena armonización por parte de la Directiva de la UE que incorporaba dentro de los contratos a distancia aquellos contratos celebrados entre el empresario y el consumidor exclusivamente mediante el uso de uno o varios medios de telecomunicación, como puede ser la venta por correo, internet, teléfono o fax, hasta el momento que se celebra el contrato.

¹⁰³ Artículo 66 bis del TRLGDCU, modificado por el Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de los trabajadores: “Cuando se haya resuelto el contrato, el empresario deberá proceder a reembolsar, sin ninguna demora indebida, todas las cantidades abonadas por el consumidor y usuario en virtud del mismo.”

La Ley establece que en el caso que un contrato a distancia se celebre por teléfono, el empresario deberá confirmar la oferta al consumidor por escrito o, salvo oposición expresa del consumidor y usuario, en cualquier soporte de naturaleza duradera (artículo 98.6 TRLGDCU).

Merece también especial atención la redacción dada al artículo 97.1, f, en el que el legislador recoge el contenido mínimo que debe facilitar al consumidor en la información precontractual en el apartado f, indicando el coste de la utilización de la técnica de comunicación a distancia para la celebración del contrato, en caso de que dicho coste se calcule sobre una base diferente de la tarifa básica, pero en ningún momento define o conceptúa la denominación de *tarifa básica*.

8.1.4 **Derecho de desistimiento.**

Las modificaciones introducidas por la Ley se refieren a la regulación del derecho de desistimiento en los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento, regulando un formulario normalizado al respecto que el consumidor podrá utilizar opcionalmente al tiempo que se amplía también el plazo para su ejercicio de 7 días hábiles a 14 días naturales, de conformidad con el Reglamento CEE, Euratom nº 1182/71 del Consejo, de 3 de junio de 1971, por el que se determinan las normas aplicables a los plazos, fechas y términos. Además, en caso de que el empresario no facilite al consumidor la información sobre el derecho de desistimiento, se amplía el plazo para desistir del contrato hasta 12 meses después de la fecha de expiración del periodo inicial. La Ley regula igualmente las obligaciones que asumen las partes del contrato en caso de desistimiento, así como los efectos del mismo respecto a los contratos complementarios.

Por otra parte, la Ley contempla la posibilidad de que el empresario ofrezca al consumidor la opción de cumplimentar un formulario de desistimiento en línea, en cuyo caso deberá

proporcionar sin demora indebida un acuse de recibo, por ejemplo, por correo electrónico”

¹⁰⁴

Como veremos detalladamente en el Capítulo V de este trabajo, el derecho de desistimiento desempeña un rol muy destacable como medio de resolución de conflictos surgidos en el marco de prácticas agresivas.

8.1.5 Información precontractual versus práctica comercial.

Como es bien sabido, la nueva ley de modificación del TRLGDCU pretende incrementar la información del consumidor y usuario, ampliando los requisitos de información precontractual exigibles en los contratos con consumidores y usuarios y en concreto en los contratos a distancia o celebrados fuera de establecimiento mercantil.

Especial consideración tienen los servicios de atención al cliente debiendo dar unas garantías de calidad y seguridad en la atención de las quejas y las reclamaciones recoge la modificación de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, en la que se recoge que en caso de no resolverse la reclamación con los empresarios podrá acudir a una entidad de resolución alternativa de conflictos.

¹⁰⁴AGUILAR OLIVARES, Y. “*Recientes modificaciones en el derecho español sobre la tutela del consumidor tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLCU: especial referencia al derecho de desistimiento*”, Revista Uned, 2014, pp.17-34.

8.1.6 La nueva regulación en materia de contenidos digitales.

La transposición de la Directiva antes mencionada básicamente se centra en ofrecer nuevos derechos de información al consumidor precontractual, pero con unos efectos novedosos en la fase contractual al exigir el suministro de información de la funcionalidad y la interoperabilidad de los contenidos digitales.

El artículo 59 1.i TRLGDCU abarca cualesquiera datos producidos y suministrados en formato digital, con una amplitud sin restricciones; las nuevas obligaciones informativas obligan al proveedor, al prestador del servicio, y también al productor del contenido digital, cada uno en la régimen de su responsabilidad y en función de las consecuencias legales que haya de producir la omisión de la información.

Además, la nueva regulación contiene una limitación al derecho de desistimiento del consumidor para los contratos digitales suministrados sin soporte material, respecto del que cabe pronosticar que será poco operativo en la amplitud de las excepciones y el día a quo fijado. En concreto, estos contratos no han de calificarse ni como compraventa ni como contrato de servicios, la normativa comunitaria lo contempla como contratos de suministro de contenidos digitales¹⁰⁵.

¹⁰⁵ CASTILLO PARRILLA, J.A., “El contrato de suministro de contenidos digitales y los contratos de desarrollo de software y creación web en el derecho de consumidores. De la propuesta CESL y la Directiva 2011/83/UE a la propuesta de Directiva 634/2015, de 9 de diciembre”, Revista Cesco de Derecho de Consumo, número 17/2016, pp. 45-61.

CAPITULO II. LAS PRÁCTICAS AGRESIVAS DE MERCADO SOBRE LOS CONSUMIDORES.

1 **Ámbito normativo de las prácticas agresivas de mercado sobre los consumidores.**

Como hemos visto anteriormente, la categoría de las prácticas agresivas se ha regulado por primera vez en nuestro ámbito normativo en la Directiva 2005/29/CE como prácticas comerciales desleales, ya que no existía ni a nivel europeo ni tampoco a nivel nacional normativa específica que regulase las citadas prácticas. Pero, como hemos expuesto en el capítulo anterior, ello no implicaba que no se aplicase la normativa relativa a la competencia desleal desde la cláusula general recogida en el artículo 5 de la LCD de 1991.

Así, la tutela del consumidor en materia de prácticas comerciales agresivas en los Estados miembros de la UE se aplicaba través de los principios generales que regulaban las transacciones comerciales entre empresas y consumidores. Ahora bien, el sistema normativo era diferente en uno u otros países; así, en algunos países la regulación estaba recogida en coordinación con la regulación de la protección de los consumidores, como sucedía en Bélgica, Alemania, Suiza y Suecia, mientras en otros países la cláusula general era la base de la protección de la competencia desleal (Francia, Italia, Países Bajos, Alemania (párrafo *1 Gesetz gegen unlautern Wettbewerb*), Italia (art. 2598 C.c) y España (artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal de 1991 y artículo 6 de la Ley General de Publicidad de 1988.). Por otro lado, conforme al sistema de *Common Law*, en el Reino Unido e Irlanda no existieron normas jurídicas generales sobre competencia desleal pero se recogían principios generales equivalentes: *Common Law* ha establecido principios como “*unconscionability*” y “*equity*”, con el objetivo de garantizar el equilibrio y la lealtad de las transacciones comerciales¹⁰⁶.

Como consecuencia de esta dispersión normativa y la necesidad imperiosa de proteger la libertad de elección de los consumidores, de una parte, unido a la voluntad de la Unión

¹⁰⁶ CARUSO, M.A, “ *Le Pratiche commerciali aggressive*”, Cedam, Milano, 2010, p.20.

Europea de crear un mercado único y competitivo, de otra parte, para que las transacciones comerciales entre ciudadanos europeos pudiera ser un realidad próxima, provocó que el legislador europeo promulgará la Directiva 2005/29/CE.

Así, a las prácticas comerciales agresivas dedica la Directiva los artículos 8 y 9. En concreto, en el primer artículo citado define a la práctica comercial agresiva y en el segundo fija los criterios sobre los que se acordará si una práctica comercial es o no agresiva. Como es bien sabido, ha sido criticado por parte de la doctrina la clasificación dada por la Directiva, ya que cita elementos y supuestos que proceden de dos grupos de actos de competencia desleal diferenciados históricamente, como son la indebida presión en el acto de compra y los actos molestos recogidos (los apartados 25 y 26 del Anexo II de la Directiva)¹⁰⁷.

Por tanto, la Directiva utiliza, como veremos, dos elementos para determinar que una práctica comercial es agresiva: por un lado, los medios utilizados para ser reputada desleal, y por otro lado, la utilización de “técnicas” como el acoso, coacción o la influencia indebida, regulando como hemos señalado en el artículo 8 y 9 los aspectos generales de las prácticas comerciales agresivas y el Anexo II la lista negra de las prácticas comerciales agresivas *per se*¹⁰⁸.

¹⁰⁷ MASSAGUER FUENTES, J., “*Las practicas agresivas en materia de competencia desleal*”, op.cit. p., 131 y ss.

¹⁰⁸ LISTA NEGRA de la Directiva 25/2009/CE, sobre las prácticas comerciales desleales;

Anexo II- Prácticas comerciales 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,

El legislador nacional transpone la Directiva comunitaria 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales modificando la Ley de Competencia Desleal de 1991, como hemos visto en el primer capítulo, a través de la ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios¹⁰⁹. La nueva Ley de 2009 contiene dos grandes bloques; el primero de ellos está integrado por las conductas recogidas en el capítulo II, y

para hacer cumplir una obligación contractual. Este supuesto se entenderá sin perjuicio del artículo 10 de la Directiva 97/7/CE y de las Directivas 95/46/CE (1) y 2002/58/CE.

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

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

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

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

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

— no existe tal premio o ventaja equivalente,

— 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.

¹⁰⁹ MONTERO GARCIA-NOBLEJAS, P., “*La deslealtad de las prácticas comerciales agresivas entre competidores*”, ADI 32, 2011-2012, pp.173-194

que se considerarán actos de competencia desleal de carácter general, y el segundo bloque está integrado por las prácticas comerciales desleales con los consumidores.

Por tanto, se modifica el ámbito de aplicación objetivo, subjetivo y territorial de la Ley y su cláusula general; se suprime el apartado 2 del artículo 6; y se da una nueva redacción al artículo 7 (actos de engaño); se sustituye la regulación de los «obsequios, primas y supuestos análogos» del artículo 8 por la de las prácticas agresivas; se introduce una regulación de los criterios de licitud de la publicidad comparativa en el apartado 2 del artículo 10 (actos de comparación) y se altera y modifica el tenor del artículo 11 (actos de imitación). Por último, se modifican los capítulos III y IV. El nuevo capítulo III regula las «prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios». El capítulo contempla la regulación de los «actos de confusión engañosos para los consumidores» y las «omisiones engañosas en relación con los consumidores». A continuación incorpora las prácticas comerciales que el Anexo I de la Directiva considera desleales en cualquier circunstancia (arts. 20 a 30) y consagra el artículo 31 al «fomento de los códigos de conducta».

En este sentido, el capítulo III es el capítulo que recoge exclusivamente conductas que tienen como destinatarios los consumidores y usuarios, remitiéndose al concepto de estos al artículo 2 del TRLGDCU.

Como ya ha sido señalado por la doctrina¹¹⁰, para la aplicación de la LCD a un supuesto concreto de hecho, debe determinarse, en principio si la conducta analizada se ha planteado en el marco de las relaciones entre empresarios o profesionales con los consumidores; en el caso concreto de las prácticas agresivas en el mercado que es el que centra este trabajo, primero deberemos analizar si se encuentra tipificado en uno de los artículos dedicados con exclusividad a las prácticas comerciales desleales con los consumidores. En caso contrario, debería analizarse si puede incluirse en los supuestos del capítulo II, prácticas comerciales aplicables a cualquier tipo de destinatario, y en caso negativo, deberá acudir si es posible

¹¹⁰ Vid, entre otros, referencias allí citadas, TATO, A., /CARBALLO-CALERO, P., “*La reforma de la Ley de Competencia Desleal*”, op.cit. pp. 37 y ss.

a la aplicación de la cláusula general de represión contenida en el artículo 4.1 de la Ley de Competencia Desleal.

En todo caso, y como ha señalado ARROYO APARICIO, debe tenerse en cuenta que también el contenido del art. 8 de la LCD, pese a estar incluido en el marco del Capítulo II de la Ley de Competencia Desleal, es relevante a efectos de su consideración como práctica desleal, tal y como se desprende del art. 19. 1. LCD¹¹¹.

Resulta relevante señalar, aunque sea brevemente, la reciente reforma que ha experimentado el art. 8 LCD, mediante la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos de carácter general y garantía de los derechos digitales¹¹² (en adelante LOPDPGDD), cuya Disposición Adicional Decimosexta única introduce nuevos supuestos considerados desleales por constituir conductas agresivas. De esta manera, el legislador español ha adaptado la normativa interna (LCD 2009) al Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a su libre circulación¹¹³.

En particular, se trata de prácticas agresivas en materias relativas a la protección de datos que son expresamente citados en la cuya Disposición Adicional Decimosexta única y que han sido incorporados al art. 8 LCD, y entre los que guarda una estrecha conexión con las prácticas de mercado agresivas la señalada en el apartado c de la Disposición Adicional Decimosexta única (“realizar prácticas desleales en las que se coarte el poder de decisión de

¹¹¹ ARROYO APARICIO, A., “Artículo 8. Prácticas agresivas”, p. 203, AA.VV., “Comentarios a la Ley de Competencia Desleal”, dir. A. Bercovitz Rodríguez-Cano., ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 197-221.

¹¹² BOE nº 294, 6 de diciembre de 2018.

¹¹³ PEREZ CARRILLO, E., “Proyecto LOPD, Prácticas desleales por agresivas, en el ámbito de la protección de datos”. [Logs.unileon.es/mercantil/proyecto LOPD- 2-prácticas desleales por agresivas en el ámbito de la protección de datos 2018](https://logs.unileon.es/mercantil/proyecto-LOPD-2-practicas-desleales-por-agresivas-en-el-ambito-de-la-proteccion-de-datos-2018).

los destinatarios mediante la referencia a la posible imposición de sanciones por incumplimiento de la normativa de protección de datos personales”).

En definitiva, se pone de relieve con la reciente reforma de la LCD 2009 como la realidad del mercado ha puesto de relieve que las prácticas agresivas son *una categoría expansiva*, idónea para poder realizarse en muy diversos sectores, no sólo en el mercado¹¹⁴.

2 Noción de práctica agresiva.

La incorporación de la categoría de las prácticas agresivas viene dada por la Directiva comunitaria 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales¹¹⁵ que las define en el artículo 8 como *“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”*¹¹⁶.

Así, la Directiva comunitaria establece la definición de la influencia indebida e indica los requisitos que deben de tener las prácticas comerciales para que sean agresivas por acoso,

¹¹⁴ PEREZ BES, F. “Las buenas prácticas en el marketing legal: publicidad agresiva en el ámbito de la protección de datos.” Abogacía Española, Consejo General, blog comunicación y marketing. 22 de noviembre de 2018.

¹¹⁵ Directiva 2005/29/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005, Considerando 11, La presente directiva introduce las prácticas agresivas comerciales que actualmente no están reguladas a nivel comunitario.

¹¹⁶ La *European Advertising Standard Alliance* ha señalado en su Memoria de 2015/2016 que el 73% de las quejas que se han presentado en Alemania y Reino Unido versan sobre la publicidad engañosa, que es la que recoge mayores reclamaciones por parte de los consumidores.

coacción o influencia indebida, además de establecer en el Anexo II la lista negra de prácticas comerciales agresivas, como hemos señalado. Asimismo, el Preámbulo de la Directiva establece que las prácticas contrarias al buen gusto y al decoro quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva en la medida en que no limiten la libertad de elección de los consumidores, por lo que será a través de los artículos generales y la labor de la jurisprudencia, como veremos, donde se delimite la comisión o no de prácticas comerciales agresivas con los consumidores y usuarios.

De forma un tanto diferente se traslada a nuestra norma nacional en el artículo 8, que indica que:

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

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

- a) El momento y el lugar en que se produce, su naturaleza o su persistencia.*
- b) El empleo de un lenguaje o 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 cambiar de bien o servicio o de suministrador.*
- e) La comunicación de que se va a realizar cualquier acción que, legalmente, no pueda ejercerse”.*

El artículo 8 introduce como novedad la regulación de las prácticas agresivas en el ordenamiento jurídico español, lo que no significa que con anterioridad esa conducta fuera

ajena a la práctica comercial, como hemos visto, ni que tales actuaciones no fueron consideradas como desleales antes de la citada reforma, sino que eran consideradas contrarias a las exigencias de la buena fe objetiva, de conformidad con la cláusula general del artículo 5 LCD¹¹⁷, tal como se ha expuesto en el capítulo anterior. Como acertadamente ha señalado la doctrina, la práctica agresiva cuenta con antecedentes inmediatos en el Derecho español, como sería la publicidad molesta, si bien la práctica agresiva regulada en la LCD española es más amplia y obedece realmente a una nueva categoría, reelaborada, que cubriría varios supuestos¹¹⁸.

En íntima conexión con la regulación de las prácticas agresivas contenida en la Ley de Competencia Desleal, se encuentra el TRLGDCYU, que reconoce la esencia de la protección de los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios en su Título V bajo la rúbrica de “La protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios”. La protección básica contra las prácticas agresivas ejercitadas contra los consumidores se ajustará a las normas de protección de los consumidores recogidas en este Texto Refundido, así como en la Ley de Competencia Desleal y en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (en adelante LOCM).

En la citada Ley básica de protección de los consumidores y usuarios se definen las prácticas comerciales de los empresarios con los consumidores y usuarios como “*todo acto, omisión, conducta, manifestación o comunicación comercial, incluida la publicidad y la comercialización, directamente relacionada con la promoción, la venta o el suministro de un bien o servicio a los consumidores y usuarios, con independencia de que sea realizada antes, durante o después de una operación comercial*”.¹¹⁹

¹¹⁷ MASSAGUER FUENTES, J., “*Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal*”, op.cit., p.18.

¹¹⁸ ARROYO APARICIO, A., “*Artículo 8. Prácticas agresivas*”, pp. 211 y 212, cit. en “Comentarios a la Ley de Competencia Desleal”.

¹¹⁹ HERRERA PETRUS, C., “*Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de septiembre de 2013*”, ADI volumen 34 2013-2014, pp. 534-550, dice “ Ahora bien, a contrario sensu, de la aplicación de la cláusula general del artículo 5 de la LCD, cabe citar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la

Desde nuestro punto de vista, el concepto de práctica comercial agresiva debe estar claramente delimitado en torno a todos aquellos actos u omisiones que sitúan al consumidor en una posible distorsión de su comportamiento económico, consecuencia de una amenaza moral o física mayormente referida a un coacción psicológica o moral ; ya que en otro caso no estaríamos haciendo referencia a este tipo de prácticas, sino a otra categoría de actuaciones comerciales, como puede ser la publicidad engañosa¹²⁰.

Por tanto, para poder calificar una práctica agresiva debe acompañarse de alguno de los elementos que limitan la libertad de elección del consumidor o de un indebido condicionamiento que será haber ejercido en el consumidor medio una presión través del acoso, coacción o influencia indebida y siempre que conlleve una alteración en el comportamiento económico de un consumidor medio, ya que el recurso a técnicas de promoción y marketing utilizadas por el profesional o comerciante son técnicas, en principio, legales, al ser un medio de comunicación a través del cual se da a conocer un producto o un servicio. Por ello, establecer donde está la barrera de una actuación de marketing comercial insistente por parte del comerciante, de una parte, y donde empieza la comisión de una práctica agresiva para el consumidor, de otra parte, es tarea que corresponde a las autoridades administrativas y judiciales de cada país. La inclusión por parte de la Directiva comunitaria de un elenco de prácticas comerciales como agresivas por si mismas podría conllevar a una

Unión Europea de 19 de septiembre de 2013, asunto C-435/11, que realiza una interpretación de los artículos 5, párrafos 2 y 4, y 6, párrafo 1, de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, en las que proclama como piedra angular de la política comunitaria contra la competencia desleal la protección de los intereses económicos de los consumidores y por ello para considerar a una práctica como engañosa es suficiente que se verifique el incumplimiento de los de los requisitos previstos en el artículo 6 o 7 para las omisiones engañosas, sin que resulte necesario aplicar los presupuestos generales del párrafo 2 relativo a la ausencia de diligencia profesional. Aplica la teoría del incremento del riesgo, Ubi emolumentum, ibi onus, que desemboca en realidad, en una responsabilidad objetiva para el empresario cuando se haya producido una publicidad engañosa o una práctica agresiva en su caso”.

¹²⁰ El análisis de los elementos de valoración será objeto de un estudio pormenorizado en el capítulo III dedicado a los tipos de prácticas agresivas.

limitación de los propios derechos de los comerciantes a promocionar sus bienes, productos o servicios, y no podría ser en otro sentido, ya que perdería la finalidad jurídica deseada, amén que podría ser utilizado por el consumidor a sensu contrario. La conformación de la situación jurídica subjetiva del “*deceptus*” es extremadamente dependiente del nivel de incidencia de la técnica de la negociación utilizada por el comerciante sobre la decisión volitiva del consumidor. La búsqueda de la resolución del conflicto que pueda surgir debe analizarse para cada caso concreto a razón de la exigencia de la parte protegida¹²¹.

Ahora bien, no es menos cierto que el artículo 29.2 LCD establece como el ámbito de aplicación a las propuestas que presentan un contenido comercial. Expresión de amplio significado y que además el párrafo tercero señala el derecho de oposición del consumidor si se refiere a propuestas comerciales. Por ello, las propuestas comerciales se englobarían dentro del concepto amplio de práctica comercial. Así la Directiva sobre prácticas comerciales desleales define en su artículo 2.d) a las prácticas comerciales como “todo acto, omisión, conducta o manifestación o comunicación comercial incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionada con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores. Por ello, aquellos supuestos en que no estén directamente relacionados con la venta pero si indirectamente dirigidos a favorecer una imagen favorable de la empresa entre el público de los consumidores, sí debería de incluirse dentro de la definición de práctica comercial. En el mismo sentido la Directiva incluye dentro del concepto de práctica agresiva a la comunicación comercial¹²².

¹²¹ FACHECHI A., “*Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*” a cura di Pietro Perlingieri, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p.59.

¹²² ALVAREZ RUBIO J., “*La protección del consumidor en el derecho de la competencia*” Editorial Comares, Granada, 2017, pp. 59 y ss.

3 Cláusula general de represión del Derecho de la competencia desleal y prácticas agresivas.

El legislador español incorpora la cláusula general de represión contenida en la Directiva 2005/29/CE en el artículo 4¹²³.

La Directiva 2005/29 tipifica además de las prácticas agresivas y engañosas una cláusula general de represión de la competencia desleal, incorporada a nuestro ordenamiento interno en el artículo 4.1 y en un segundo párrafo (4.2) una cláusula general específica para la represión de las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores.

¹²³ El artículo 4 de la LCD dispone: “Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe. En particular, se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidado que cabe esperar de un empresario que se comporta honradamente con los consumidores, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o al miembro medio del grupo destinatario de la práctica. A los efectos de esta Ley se entiende por comportamiento económico del consumidor o usuario toda decisión por la que, entre otros, éste opta por actuar o por abstenerse de hacerlo en relación con la selección de una oferta u oferente, opta por la contratación de un bien o servicio, cómo y en qué condiciones contratarlo, u opta por satisfacer total o parcialmente el precio o cualquier otra forma o pago, o decide si conserva o no el bien o servicio o si ejerce un derecho contractual en relación con los bienes y servicios. 2. Para la valoración de las conductas cuyos destinatarios sean consumidores, se tendrá en cuenta al consumidor medio. 3. Las prácticas comerciales que, dirigidas a los consumidores o usuarios en general, únicamente sean susceptibles de distorsionar de manera apreciable, en un sentido que el empresario o profesional pueda prever razonablemente, el comportamiento económico de un grupo claramente identificable de consumidores o usuarios especialmente vulnerables a tales prácticas o al bien o servicio al que se refieran, por padecer una dolencia física o un trastorno mental o por su edad o su credulidad, se evaluarán desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo. Ello se entenderá, sin perjuicio de la práctica publicitaria habitual y legítima de efectuar afirmaciones exageradas o respecto de las que no se pretenda una interpretación literal.»

Siguiendo a GARCÍA PÉREZ¹²⁴, compartimos la idea de que la división de las conductas desleales en dos capítulos distintos, uno denominado «actos de competencia desleal» y otro «prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios», es innecesaria, y la Ley ganaría en sencillez si se regulasen los ilícitos de manera conjunta, sin perjuicio de la introducción de los matices necesarios cuando las conductas se lleven a cabo en el marco de las «relaciones con los consumidores». También sería deseable optar por la unidad terminológica, para evitar la utilización de dos expresiones («actos de competencia» y «prácticas comerciales») que no son equivalentes. Por otro lado, el Anteproyecto no acierta a modificar de forma apropiada el ámbito objetivo de aplicación de la LCD, pese a sus esfuerzos por adaptarlo al régimen de la Directiva, e introduce una nueva cláusula general que, aunque meritoria, merece ser repensada.

En este sentido, el artículo 4.1 de LCD da a entender que, en las relaciones entre empresas y consumidores, las exigencias que impone el principio general de buena fe son únicamente aquéllas que se deriven de la diligencia profesional, que a su vez se identifica con las prácticas honestas del mercado.¹²⁵ En la misma línea MASSAGUER FUENTES señala que se produce un solapamiento entre las exigencias de las prácticas honradas del mercado y las exigencias de la buena fe¹²⁶.

¹²⁴ GARCIA PEREZ, R., “*Consideraciones preliminares sobre la incidencia en la Ley de Competencia Desleal del Anteproyecto de Ley que incorpora la Directiva sobre prácticas comerciales desleales*”, *La Ley*, 7 de noviembre de 2008. pp.7 y ss.

¹²⁵ TATO PLAZA, A. /FERNANDEZ CARBALLO-CALERO, P. /HERRERA PETRUS, C., “*La reforma de la Ley de Competencia Desleal*”, op.cit., pp. 74 y ss.

¹²⁶ MASSAGUER FUENTES, J., “*El nuevo Derecho contra la competencia desleal, la Directiva 2005/29/CE sobre Prácticas Comerciales Desleales*”, Editorial Civitas, Madrid, 2006, pp. 59 y ss quien reconoce un cierto solapamiento entre las exigencias de las prácticas honradas del mercado y las exigencias de la buena fe, afirma también que “el principio de buena fe debe proporcionar normas de conducta o, si se prefiere, niveles de competencia y cuidado distintos de los que proporcionan las prácticas honestas del mercado.”

Siguiendo a GARCÍA PÉREZ¹²⁷, señala que la jurisprudencia ha abordado el adverbio objetivamente, al entender que no era necesario la existencia de dolo o culpa para que la cláusula general fuera vulnerada.

Ahora bien, el legislador ha optado por centrar a través del concepto de buena fe la delimitación de la lealtad o no de un acto de competencial, principio consagrado en el artículo 7 del CC. Por ello, el marco del principio de buena fe conlleva a delimitar la responsabilidad y el ejercicio de la actividad empresarial dentro de un marco de seguridad jurídica para los consumidores¹²⁸.

¹²⁷ GARCIA PEREZ, R, “*La Ley de Competencia Desleal*”, op.cit, pp. 75 y ss.

¹²⁸ STS 468/2013(Sala 1), de 15 de julio, (ROJ: STS 4498/2013), FD 13 “...La conducta tipificada en este art. 5 LCD es un ilícito objetivo, en la medida en que la deslealtad no se funda en la concurrencia del dolo o la culpa del autor, ni en la finalidad perseguida, sino que ha de configurarse en torno a parámetros objetivos. Y al mismo tiempo, no deja de ser un ilícito de riesgo o de peligro, porque no se hace depender de concretos efectos ocasionados por la conducta enjuiciada, sino sólo de su compatibilidad con las exigencias de la buena fe objetiva.

En cualquier caso, como pone de relieve la doctrina, esta cláusula general de represión de la competencia desleal ha de ser objeto de una interpretación y aplicación funcional. Esto es, después de identificar la conducta objeto de enjuiciamiento, debemos valorar su compatibilidad con el modelo de competencia económica que, tutelado por la Ley, que es un modelo de competencia basado en el "mérito" o "bondad" (precio, calidad, servicio al cliente...) de las propias prestaciones, entendiendo por tales no sólo los productos o servicios ofertados, sino también la publicidad y el marketing empleados para convencer a los clientes de la bondad de la oferta.”

En la misma línea, Sentencias STS 1169/2006, de 24 de noviembre, (ROJ: 7599/2006), y STS 48/2012, de 21 de febrero, (ROJ: STS 1324/2012) y Sentencias STS 635/2009, de 8 de octubre, (ROJ: STS 6171/2009), y STS 720/2010, de 22 de noviembre, (ROJ: STS 5885/2010), “Pero sin que ello pueda servir para sancionar como desleales conductas que debieran ser confrontadas con alguno de los tipos específicos contenidos en otros preceptos de la propia Ley, pero no con aquel modelo de conducta -la del art. 5 LCD -, si es que ello significa propiciar una afirmación de antijuricidad degradada, mediante la calificación de deslealtad aplicada a acciones u omisiones que no reúnen todos los requisitos que integran el supuesto tipificado para impedir las”.

4 Breve referencia del catálogo de prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios.

4.1 Prácticas agresivas por coacción, por acoso, otras prácticas agresivas, y prácticas agresivas con los menores.

Como es bien sabido, el artículo 8 del TRLGDCU recoge como uno de los derechos básicos de los consumidores y usuarios, la protección de los legítimos intereses económicos y sociales, y por tanto, en concreto, frente a las prácticas comerciales desleales.

Como hemos expuesto anteriormente, la norma básica protectora de los consumidores y usuarios señala que “sin perjuicio de lo establecido en los artículos 19 y 20 de esta norma, tendrán la consideración de prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios, las previstas en este capítulo y en los artículos 4, 5, 7 y 8 de esta ley”. Y “las prácticas comerciales reguladas en los artículos 21 a 31, ambos inclusive, son en todo caso y en cualquier circunstancia, prácticas comerciales desleales con los consumidores”.

Siguiendo la línea trazada de protección consumerista, los artículos 19 y 20, bajo la rúbrica “principio general y prácticas comerciales” integran la protección no sólo bajo la norma mencionada, sino bajo la LCD, LOCM, y demás normativa aplicable que prevalecerá en caso de conflicto sobre la legislación de carácter general aplicable a las prácticas comerciales desleales.

Asimismo, el artículo 20 del TRLGDCU recoge la información necesaria en la oferta comercial de bienes y servicios. En este sentido, prevé que:

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta línea, son prácticas comerciales desleales con los consumidores las recogidas en el capítulo III y en los artículos 4, 5, 7 y 8 de la LCD, la calificación de las prácticas comerciales desleales se limita a las conductas tipificadas como tales, aunque a pesar del enunciado o catálogo de prácticas se establece la remisión a la cláusula general de deslealtad. En el caso concreto que nos interesa, el análisis de prácticas agresivas, son prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios las practicas agresivas por coacción (artículo 28 LCD), las agresivas por acoso (artículo 29 LCD), las agresivas en relación con los menores

(artículo 30 de la LCD), y otras agresivas (artículo 31 LCD), prácticas que son analizadas en el Capítulo III de este trabajo.

Y, algunas de estas prácticas, siempre tendrán la consideración de desleales (*per se*), como las agresivas por coacción, por acoso, por influencia indebida en relación con los menores y otras agresivas referidas en el párrafo anterior, siempre que tengan como sujetos pasivos a los consumidores o usuarios, prácticas que serán analizadas con detalle en el Capítulo III y otras no incluidas en la LCD.

4.2 Propuesta de prácticas agresivas no expresamente tipificadas en LCD. Referencia a la publicidad agresiva.

La LCD no contiene regulación expresa sobre la publicidad agresiva, que sólo se refiere a la influencia indebida, acoso o coacción. Sin embargo, y como también se valorará más adelante en este trabajo en el Capítulo III, resulta necesario abordar la posibilidad de que pudiesen calificarse como agresiva, el argumento principal para ello sería de carácter finalista, en cuanto que podría suponer la mejora en la protección del consumidor y es que, aunque ni el legislador ni la doctrina analizan las prácticas agresivas ni especificando ni con demasiado detalle el modo en el que se producen ni la fase de la negociación, sí es cierto que la mejora es plausible en la protección del consumidor; hubiera sido deseable la incorporación de varios artículos, además de regular el concepto de estas prácticas y la necesidad de la concurrencia del acoso, coacción e influencia indebida, indicando cuándo se puede encontrar con este tipo de situaciones. No sólo se produce una práctica agresiva cuando la relación comercial esté formalizada y consolidada, es decir, la práctica agresiva se constituye como tal cuando el consumidor se encuentra coaccionado o acosado independientemente de que firme o no el contrato, esto es, incluso antes o durante la fase de la publicidad convencional.¹²⁹

La línea argumental del legislador consumerista se ciñe a la necesidad que en estos supuestos debe establecerse como premisa inicial la concurrencia del concepto de “agresividad” en el

¹²⁹ STS 38/2017, de 20 de enero de 2017 (numero recurso 3238/2014), (ROJ: STS 169/2017).

ámbito de la competencia desleal, entendiendo como tal, como bien se sabe, el comportamiento 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 tanto, que afecte o pueda afectar a su comportamiento económico y remite a la normativa en materia de competencia desleal.

En definitiva, la conducta atípica y desleal del empresario se ha producido igualmente se haya conseguido o no la formalización del contrato, una vez que se haya sometido al consumidor a una situación de *stress* como puede, por ejemplo, ser el tenerle en un salón de un hotel durante horas para la promoción de un apartamento de los llamados de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles¹³⁰.

Por ello, esta línea argumental se basa en la necesidad de que se regulase las prácticas agresivas en sus distintas fases procedimentales, como es en la fase precontractual, contractual y postcontractual, en el momento de utilizar el consumidor el ejercicio de su derecho a la garantía legal como comercial.

5 Ámbito objetivo de aplicación.

El artículo 8 de la LCD indica que *“se considerará 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. “*

Como hemos señalado, en lo que respecta a nuestro estudio, la disposición general en materia de prácticas agresivas contenida en el artículo anteriormente citado se completa con el

¹³⁰ Ley 4/2012, de 6 de julio de, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisiciones de productos vacacionales de larga duración, de reventa, de intercambio y normas tributarias, BOE número 162, de 7 de julio de 2012. www.boe.es

artículo 19.1 de la misma norma, en donde se incluyen los actos de competencia desleal que tienen la consideración de prácticas comerciales desleales con los consumidores, así como con los artículos 21 a 31, ambos inclusive de esta misma Ley.

Los comportamientos a los que hace referencia la LCD se desarrollan por el TRLGDCU en el artículo 19.2, como veremos más adelante.

Ahora bien, al tratarse de una relación negocial en materia de protección de consumidores, realizada por el empresario y dirigida al consumidor, estas prácticas que se consideran desleales per se deberán enmarcarse en un acto, omisión o conducta o manifestaciones de los contemplados en el artículo 19.2 del TRLGDCU, y generarán por tanto, las prácticas agresivas por acoso, coacción, en relación con los menores y demás supuestos recogidos en los artículos 28 a 31 de la LCD.

En esta línea, se sitúa la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-428/11 *Purely Creative* y otros contra Office of Fair of Trading¹³¹, en la que el Tribunal recoge la prohibición de las prácticas agresivas de los profesionales que crean una falsa impresión en el consumidor de que ha ganado un premio cuando debe incurrir en un gasto para recibirlo.

Consecuentemente, el acto competencia desleal deberá producirse en alguna fase de la relación jurídica entre el empresario o profesional y el consumidor o usuario.

¹³¹ Sentencia del TJCE C-428/11, sala 6 de 28 de octubre de 2012 (ECLI:EU:C:2012:651). Práctica comercial consistente en informar al consumidor de que ha ganado un premio y que le obliga a abonar una cantidad económica para recibirlo. En la citada sentencia se enfrentan cinco empresas británicas especializadas en publicidad directa y varias personas que trabajaban en ellas, y la Office of Fair Trading encargada por velar en el Reino Unido de la normativa de protección de los consumidores, la sentencia dictada por el Tribunal considera la prohibición de las citadas prácticas agresivas mediante las que se crea por el consumidor la impresión de que ha ganado un premio, cuando éste debe efectuar un pago o incurrir en cualquier gasto para informarse de la clase de premio obtenido o para proceder a su recogida, además precisa que tales prácticas están prohibidas aun cuando el gasto impuesto al consumidor sea insignificante en relación con el valor del premio o no confiera ningún beneficio al profesional. Así reconoce el carácter de práctica agresiva a pesar de que el gasto del consumidor sea insignificante.

Los actos, omisiones, conductas, manifestaciones o comunicaciones comerciales se engloban en la LCD bajo el término “comportamiento”. Estos comportamientos desleales deben englobarse en la definición de “práctica comercial” que aporta el TRLGDCU, en la que agrupa como práctica comercial la realización de actos, omisiones, conductas o manifestaciones de consumo (19.2 in fine): se trata, por tanto, de una concepción amplia a la aportada por la norma de protección al consumidor. Podría en su caso haber remitido a la definición de la LCD evitando la duplicidad de concepciones cuando se hace referencia a las prácticas comerciales. Asimismo, deberá existir como requisito imprescindible la configuración de una relación contractual de consumo, entre un consumidor y un empresario. El ámbito objetivo de los actos de competencia desleal como es bien sabido, se recoge en el artículo 2 de la LCD, que especifica que el comportamiento, para que pueda calificarse como acto de competencia desleal, ha de realizarse *en el mercado y con fines concurrenciales*, siendo aplicable entonces la LCD a cualesquiera acto de competencia desleal, realizado antes, durante o después de una operación comercial o contrato, independientemente de que éste llegue a celebrarse o no¹³².

5.1 En el mercado.

Como expresamente exige el art. 2.1. LCD, la calificación de un acto como desleal requiere su previa realización “en el mercado”. Es entonces imprescindible determinar qué debe entenderse por “mercado”, puesto que sólo si el acto se realiza en él, pudiera serle de aplicación la LCD y valorarse su calificación o no como desleal. Como ha señalado la

¹³² DALLE VEDOVE, G.; *“I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette”*, Cedam, 2008, Verona, pp.117-58. Las prácticas comerciales agresivas, según señala Giampolo Dalle Vedove son “ “Tutti i comportamenti elencati hanno il carattere della piena coscienza e volontà dell’evento, sono quindi di natura dolosa.”, y añade que “L’aggressività induce ad assumere decisioni con metodi e strumenti di mirata intimidazione, agendo sul comportamento a livello emotivo, senza peraltro falsare necessariamente la reale capacità della vittima di valutare le caratteristiche del bene proposto.”

doctrina, parece que la realización en “el mercado” se refiere a la realización del acto de forma pública, más allá del ámbito doméstico¹³³.

Es razonable interpretar de esta manera la realización “en el mercado”, puesto que el Derecho de la Competencia se interesa las circunstancias, comportamientos, actos, que precisamente por desarrollarse más allá del estricto ámbito interno de una empresa, o más allá del estricto ámbito doméstico o familiar de quien los realiza, despliegan algún efecto en el desenvolvimiento del mercado.

Por otra parte, es necesario además interpretar “el mercado” de una forma amplia, en cuanto que el mercado ya no se refiere solamente el mercado tradicional, “a pie de calle”, sino que debe incluir el mercado digital, en red. Como veremos, esta consideración es especialmente relevante en el marco de las prácticas de mercado agresivas realizadas en red, muy frecuentes en la actualidad.

Finalmente, señalar que “los actos” a que se refiere el art. 2. 1. LCD debe entenderse también de forma amplia, comprensivo tanto de comportamientos, comunicación comercial, etc.. Y, a su vez, la terminología “comunicación comercial” abarca todas las diferentes formas de difusión de información (publicidad, marketing directo, patrocinio, relaciones públicas) con la finalidad de promover la actividad o la imagen de una empresa o de una organización dirigida a los consumidores finales y distribuidores¹³⁴.

En todo caso, esta actividad comercial no se sujeta a un catálogo fijo sino que dependerá del lugar, tiempo y modo elegido por el oferente para instar a dar a conocer el producto o el

¹³³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Artículo 2. *Ámbito objetivo*”, en AA.VV., “Comentarios a la Ley de Competencia Desleal”, dir. A. Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

¹³⁴ FERNANDEZ CARBALLO-CALERO, P., “*Las propuestas comerciales a través de medios de comunicación a distancia desde la óptica de la Ley de Competencia Desleal*”, ADI 38 (2017-2018) pp.133-157.

servicio de que se trate.¹³⁵ Aunque sea cierto que la publicidad es sin duda la forma más común y conocida de comunicación comercial, no es la única, aunque sea el mejor instrumento para orientar y dirigir la voluntad del consumidor haciéndole surgir la necesidad del adquirir un bien o un servicio. Ahora bien, las nuevas formas de contratación telemática conllevan la difusión de las comunicaciones de forma completamente distinta, de una forma más inmediata y cercana que hace que las prácticas agresivas sean más habituales de lo deseado.

5.2 La cláusula del mercado interior.

La Directiva sobre Prácticas Comerciales Desleales regula en su artículo 4¹³⁶ una cláusula de mercado interior, y en concordancia con el principio de armonización completa y plena que establece, los Estados miembros sólo podrán impedir la libre circulación de mercancías y prestación de servicios a través de normas internas que hayan incorporado las reglas de la Directiva.

Como es bien sabido, en el ámbito europeo el establecimiento de un mercado único supone la eliminación de los obstáculos a la libre circulación de mercancías y de servicios destinados a los consumidores lo que constituyó el objetivo económico prioritario de la UE en sus

¹³⁵ FACHECHI ALESSIA, “*La pubblicità, le pratiche commerciali e le altre comunicazioni*” in *Diritti e tutele dei consumatori* a cura di Giuseppe Recinto, y otros en *Quaderni della Rivista impresa Ambiente Management*, Ediciones Scientifiche Italiane, Milano, 2014,pag,

¹³⁶ Artículo 4 de la DIRECTIVA 2005/29/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo.

Los Estados miembros no restringirán la libre prestación de servicios ni la libre circulación de mercancías por razones pertinentes al ámbito objeto de la aproximación que lleva a cabo esta Directiva.

primeros inicios. Así la apertura de un mercado común tuvo el propósito de poner a disposición de los consumidores un espectro amplio de productos y servicios, de abastecer a un mercado considerablemente extenso y, para ello debía de producirse un aumento de la calidad de los productos ofrecidos conjuntamente con la disminución de precios¹³⁷.

En materia de competencia desleal, y en relación con el Mercado común, el legislador comunitario estableció en el Tratado de Roma y en concreto en el artículo 3.g., que la llamada entonces Comunidad Económica Europea (CEE) debía de establecer un régimen que garantizase que la competencia no será falseada en el mercado interior, desarrollado en los artículos 85 y ss del Tratado, preceptos reguladores del Derecho de la libre competencia. En esta línea, la armonización parcial del Derecho de la competencia desleal comunitario y las diferencias en esta materia entre el sistema de la *Common Law* y el continental eran especialmente intensas unido a la ausencia de normativa en algunos países, como en Alemania, desembocó en que la UE se esforzara, en primer lugar, en armonizar la normativa en materia de protección de los consumidores, para consecuentemente ordenar el mercado común con el fin de facilitar el funcionamiento de dicho mercado¹³⁸.

En el campo de la Directiva citada, las prohibiciones que se establecen en el entorno de prácticas comerciales desleales y en nuestro caso concreto, en materia de prácticas comerciales agresivas, se tratan de conceptos en algunos casos demasiados abiertos y abstractos que han requerido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo (TJUE) para su interpretación, en la labor de cuestiones prejudiciales para la aplicación de las diferentes normativas de los Estados miembros por los Tribunales ordinarios nacionales.

Por ello, los operadores económicos debían de conocer las disparidades normativas de los diferentes Estados miembros para asegurar que sus conductas de mercado eran lícitas y por

¹³⁷ MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “*Derecho Comunitario y Protección de los Consumidores*”, La Ley-Actualidad, Madrid, 1990, pp.120-121.

¹³⁸ DOMINGUEZ PEREZ, E., “*Competencia Desleal*” en “Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial en la Unión Europea”, cit., pp. 177 y ss.

tanto no contravenían la normativa en materia de competencia desleal y respetaban la horizontalidad de las normas de protección de los consumidores.

La terminología “comunicación comercial” abarca todas las diferentes formas de difusión de información (publicidad, marketing directo, patrocinio, relaciones públicas) con la finalidad de promover la actividad o la imagen de una empresa o de una organización dirigida a los consumidores finales y distribuidores. Se constituye como un potente factor del impulso del mercado nacional y además juega un papel central en la moderna dinámica tecnológica¹³⁹.

En todo caso, esta actividad comercial no se sujeta a un catálogo fijo sino que dependerá del lugar, tiempo y modo elegido por el oferente para instar a dar a conocer el producto o el servicio de que se trate¹⁴⁰. En esta línea, el mercado se ha transformado como consecuencia del paso de la tradicional forma de transmisión de la información a la era tecnológica y digital e impone un tipo de negocio totalmente telematizado. En esta línea, el consumidor accede simultáneamente a las noticias como a los anuncios publicitarios emitidos por el mismo proveedor, incluso en algunos momentos para el consumidor es difícil percibir la diferencia entre noticia/información y mensaje publicitario. El legislador europeo tiende a la regulación con la mencionada Directiva 2005/29/CE en materia de prácticas comerciales desleales entre empresarios y consumidores en el mercado interno.

Aunque sea cierto que la publicidad es sin duda la forma más común y conocida de comunicación comercial, no es la única, aunque sea el mejor instrumento para orientar y dirigir la voluntad del consumidor haciéndole surgir la necesidad del adquirir un bien o un servicio. Ahora bien, las nuevas formas de contratación telemática conllevan la difusión de las comunicaciones de forma completamente distinta, de una forma más inmediata y cercana

¹³⁹ Libro Verde sobre la comunicación comercial del mercado interno COM (96) 192.

¹⁴⁰ FACHECHI A., “*La pubblicità, le pratiche commerciali e le altre comunicazioni*” in *Diritti e tutele dei consumatori* a cura di Giuseppe Recinto, y otros en *Quaderni della Rivista impresa Ambiente Management*, Ediciones Scientifiche Italiane, Milano, 2014, pp. 45 y ss.

que hace que las prácticas agresivas encuentren en esta forma de contratación su “caldo de cultivo” y sean más habituales de lo deseado.

5.3 Fines concurrentiales.

Simultáneamente a la realización del acto en el mercado, el art. 2.1. LCD exige que, para la aplicación de la LCD, el acto se realice además de en el mercado, “con fines concurrentiales”. Además, es el propio legislador quien ha proporcionado una definición de cuándo el acto tiene finalidad concurrencial, al señalar que se presume (*iuris tantum*¹⁴¹) que ésta existe “cuando, por las circunstancias en que se realice, se releve objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero” (art. 2. 2. LCD). Existen, como ha destacado la doctrina y la jurisprudencia, diversas fórmulas o maneras de promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero, pero todas ellas suponen intentar captar clientela¹⁴².

Ahora bien, la finalidad concurrencial no significa que el acto promueva o asegure dicha difusión, siendo suficiente simplemente la idoneidad objetiva del acto para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero.

El propio Preámbulo de la Ley señala que para que exista acto de competencia desleal es suficiente “*con que se cumplan las dos condiciones previstas en el párrafo primero del artículo 2, que el acto se realice en el mercado y que se lleve a cabo con fines concurrentiales*” y, además, “que sea subsumible en un acto de competencia desleal”, en nuestro caso concreto, acto de competencia desleal agresiva.

¹⁴¹ GARCÍA PÉREZ R., “*Ley de Competencia Desleal*”, cit., pp. 39 y ss.

¹⁴² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “*Artículo 2. Ámbito objetivo*”, en AA.VV., “*Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*”, cit., pp. 81.

Así, la jurisprudencia ofrece diferentes definiciones de lo que es un acto realizado en el mercado y con finalidad concurrencial: cabe citar jurisprudencia consolidada en esta materia, como la STS de 15 de abril de 1998 (RJ 1998, 2053) F2¹⁴³, STS 223/1996, de 20 de marzo¹⁴⁴F1, STS de 15 de octubre de 2001¹⁴⁵, SAP de Málaga de 1 de julio de 2007 F4, STS de 4 de marzo de 2014 F3¹⁴⁶.

¹⁴³ STS de 15 de abril de 1998”...basta con que el acto se “realice en el mercado” (es decir que se trate de un acto de trascendencia externa) y que se lleve a cabo con fines concurrenciales (es decir, que el acto tenga por finalidad-promover o asegurar la difusión de prestaciones propias o de un tercero”.

¹⁴⁴ STS de 20 de marzo de 1996 (ROJ 1754/1996) F1 “...La Ley 10 enero 1991, que «tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal» (art. 1), delimita su ámbito objetivo, en el art. 2.1, determinando que los comportamientos previstos en la misma «tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales». No se ha discutido que el comportamiento imputado a «Zardoya Otis, SA» se realizó en el mercado, ya que evidentemente tuvo trascendencia externa, y lo negado por la recurrente es que se produjera con fines concurrenciales, que se presumen (art. 2.2) cuando, por las circunstancias en que se realice el acto, «se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero». Pues bien, contrariamente a lo sostenido en el motivo, la finalidad competencial de la carta en cuestión es una realidad que no ofrece duda apreciable; en efecto, lo que «Zardoya Otis, SA» dice lamentar no constituye una simple manifestación de su disgusto o sentimiento por la decisión comunitaria sobre la sustitución de un ascensor encargándosela a otra empresa, sino que atribuye a ésta una menor solvencia y no figurar «como tal en la Delegación de Industria», lo que objetivamente es idóneo, dadas las circunstancias, para promover en el mercado la prestación propia.”

¹⁴⁵ STS 918/2001 de 15 de octubre de 2001 (ROJ: 7866/2001) en relación a llamada «cláusula general» del art. 5 de la Ley 3/1991, antes transcrito, trata de prohibir todas aquellas actuaciones de competencia desleal que no encuentran acomodo en las que expresamente tipifica como tales la Ley en sus arts. 6 a 17, debiendo el acto incardinable en el art. 5 reunir los requisitos establecidos en el art. 2 de la Ley, que el acto se realice en el mercado, es decir, que se trate de un acto de trascendencia externo, y que se lleve a cabo con fines concurrenciales, presumiéndose esta finalidad concurrencial art. 2.2 de la Ley cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propia s o de un tercero.

¹⁴⁶ STS 83/2014, de 4 de marzo, (ROJ: 985/2014) F3 “... a Ley 3/1991, de 10 de enero, Competencia Desleal (LCD), según señala su EM es un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado. Afirma

En esta línea, la actividad comercial irá dirigida a promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero, dirigida a conductas o comportamientos tanto por acción como por omisión de actividades empresariales, profesionales, culturales, artísticos, es decir, en un sentido amplio (SAP Barcelona de 1 de diciembre de 2004, FJ3¹⁴⁷; SAP Castellón, de 31 de marzo de 2016, F4¹⁴⁸).

que para que exista acto de competencia desleal basta con que se cumplan dos condiciones previstas en el párrafo *primero del art. 2: que el acto se realice en el mercado (es decir, que se trate de un acto dotado de esa transcendencia externa) y que se lleve a cabo con fines concurrenciales...*”

¹⁴⁷ SAP 15817/2004, de Barcelona de 1 de diciembre de 2004(ROJ:15817/2004), F3”...Para la integración de la norma, mediante el modelo de conducta cuya infracción convierte en desleal la competencia (integración siempre necesaria, dado el reenvío que hace el precepto a conceptos metajurídicos),es necesario atender a la finalidad de la Ley, que no es otra que proteger la competencia en interés de todos los que participan en el mercado -art.1-, así como a su específico ámbito material, identificado con los actos que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales -art 2-. Cabe afirmar, por ello, que esa buena fe no se identifica con cualquier regla de conducta tenida por la colectividad como exigible en cualquier ámbito aptas en un sistema de libre competencia, sirvan para el buen orden concurrencial sancionado en nuestro derecho positivo”.

¹⁴⁸ SAP 549/2016 de 31 de marzo , F4 “El punto que nos ha suscitado más dudas junto con el primero es el de la finalidad concurrencial que resulta precisa para el reproche jurídico impetrado (en otro caso habría que derivar a otro campo la adecuada tutela de los intereses de la demandante que se hubieren visto afectos por la campaña, como por ejemplo vía art.1.902 del C. Civil), habida cuenta de la condición del promotor de la campaña (Colegio Profesional), fines del mismo (a la vista de sus Estatutos aportados a autos), carácter general de la misma y aspectos informativos que sin duda la integran, lo que podría motivar la consideración de estar ante una actuación en pro de unos intereses generales en orden a informar adecuadamente a los consumidores de una serie de circunstancias relevantes en el marco de la asistencia médico-dental que puedan precisar, con especial hincapié en el tema de los implantes por la razón de su emisión o contexto en que se produce derivado de las transformaciones que en el marco de su oferta se estaban produciendo en este campo, con independencia de que ello pudiere haber tenido un reflejo concurrencial inevitable por no poder eliminarse una influencia en el consumidor a la horade escoger un profesional en lugar de otro. No obstante, nos hemos decantado por una respuesta afirmativa como en la instancia partiendo de la presunción del art. 2 de la Ley de Competencia Desleal, que dispone

"Se presume la finalidad concurrencial del acto cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero". Esta circunstancia es evidente, partiendo de la vinculación de la razón de la campaña a una actuación

En todo caso, existe una importante corriente doctrinal y jurisprudencial que ha estimado que la realización del acto en el mercado trae consigo necesariamente su finalidad concurrencial. Así, a modo de ejemplo, la sentencia de la AP de Madrid de 16 de marzo de 2005, al señalar que *“Así, el comportamiento debe de producirse en el mercado, señala la doctrina que se trata de un concepto económico más que estrictamente jurídico y que se realicen por tanto en el ámbito externo de las relaciones económicas y de adopción de decisiones económicas por los agentes económicos y, que tengan una finalidad*

desarrollada en el mercado (ofertas de tratamientos odontológicos en unas condiciones determinadas) según la leyenda que ya vimos que acompaña a la presentación de la campaña en Internet, en el sentido ya reflejado en la sentencia apelada por su aptitud para provocar un trasvase de clientes por la desconfianza generada, con el consiguiente empeoramiento de su posición competitiva, de unas clínicas a otras en razón de su configuración modelo de negocio (efecto por otro lado lógico y esperable ante la contundencia de la acusación o mensaje, incluida su comunicación intensa e indiscriminada, que se pretende trasladar en relación con un tema tan sensible como es el de cualquier asistencia médica y consecuencias que implícitamente vienen a anudarse de seguir otra vía, lo que además pone de relieve su trascendencia), con el añadido que se incluye, denotando el correspondiente interés en aquel (lo que se erige en un punto básico), una recomendación subjetiva concreta para recibir la correspondiente prestación médica como colofón final de los consejos que integran la campaña se propagan de manera esencial a través del video previamente referido con las consecuencias ya vistas, aspecto éste último que a la postre determina que realmente también se persigue, como ha venido a traslucirse o apuntarse, una actuación sobre el mercado en un determinado sentido, de manera acorde a la aptitud que ya le habíamos atribuido. De ahí nuestra determinación definitiva, porque, lógicamente, cabe la coexistencia de la finalidad concurrencial con otras finalidades que hayan podido presidir la concepción de la campaña.

Señalar finalmente que puede colegirse de todo lo expuesto que nos movemos en un campo diverso al de la publicidad comparativa (con lo que las referencias a la misma quedan al margen de los contornos del presente pleito, por mucho que también se dé la denigración en la misma), que nula eficacia probatoria en sentido estricto podemos apreciar en el informe emanado desde la Unión de Consumidores en razón de la naturaleza de los aspectos sobre los que versa, y que los extremos del recurso relacionados con la exceptio veritatis y que se ubican en el motivo que nos ocupa (no olvidemos que, como dice la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, S.15, de 22 de septiembre de 2015 , es preciso también que las manifestaciones sean inexactas de forma absoluta o relativa e impertinentes) carecen de relevancia desde el momento en que la instancia se prescindió propiamente de toda defensa oportuna por este camino como ya se adelantó

concurrential, es decir que estén encaminadas a incidir en la libre competencia. Asimismo, señala la doctrina que se trata de un criterio no significa idoneidad objetiva del acto para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero, sino que el acto tenga por finalidad promover o asegurar dicha difusión. Lo que sucede es que cuando existe lo primero lo segundo se presume; es decir, cuando el acto es objetivamente idóneo para promover o asegurar las prestaciones propias o las de un tercero, se presume que el acto tiene esa finalidad, pero la presunción puede destruirse. Igualmente, siguiendo a la mejor doctrina el comportamiento se produce si se realiza en el mercado aunque afecte a pocas personas, en este sentido la SAP de Madrid de 16 de marzo de 2005¹⁴⁹ aunque hubiera sido más reducido el número de actos fraudulentos para la contratación de clientes de UNI2 y su preasignación de Telefónica España, ello no supone en modo alguno que no se haya realizado en el mercado de las Telecomunicaciones.

Otra cuestión que se plantea es en el marco del art. 2 LCD, relacionada con la realización del acto en el mercado y con fines concurrentiales, es la amplitud que deba darse a “los comportamientos” ex art. 2. 1. LCD.

En este sentido, el artículo 4.1 *in fine* señala que se entiende por “comportamiento económico del consumidor o usuario” toda decisión por la que éste opta por actuar o por abstenerse de hacerlo en relación con a) la selección de un oferta u oferente, b) la contratación de un bien o servicio, así como, en su caso, de qué manera y en qué condiciones contratarlo, c) el pago del precio, total o parcial, o cualquier otra forma de pago, d) la conservación del bien o servicio, e) el ejercicio de los derechos contractuales en relación con los bienes o servicios.

En todo caso, respecto a la “finalidad concurrential”, la jurisprudencia ha seguido un criterio muy restrictivo; en esta línea jurisprudencial, cabe citar que el TS ha mantenido una interpretación restrictiva del ámbito objetivo de aplicación de la LCD, iniciada en la STS, 1ª, 15.4.1998, asunto “Jovino Alberto F. V. c. «Cadena Clarín, SL». En esta sentencia, el Tribunal resolvió que la instalación de un ambigú en un cine no constituye un acto de

¹⁴⁹ SAP 2939/2005 de 16 de marzo de 2005, (ROJ: 2939/2005).

competencia, por cuanto ni se realiza en el mercado, ni tiene una finalidad concurrencial¹⁵⁰; también las Audiencias Provinciales se alinean con esta postura restrictiva: así, no tiene finalidad concurrencial la publicación de un reportaje sobre equipos de láser en una revista editada por una asociación de médicos y cirujanos plásticos (SAP Madrid, Sección 13ª, de 2.7 .2004 (JUR 2004\275567)); la publicación de un anuncio de tono excluyente en la sección de ofertas de Empleo o de un periódico (SAP Asturias, Sección 7ª , de 8.4 .2003 (JUR 2003\231588)); la publicación a título personal de una carta en un periódico por parte del Director de una empresa criticando la profesionalidad de una concurrente (SAP Lugo, Sección 1ª, de 18 .6.2004 (AC 2004,1808)); las cartas enviadas por la titular de una marca a empresas proveedoras de la sociedad infractora advirtiéndole de la posibilidad de ejercicio de acciones legales contra aquéllas (SAP Granada, Sección 3ª de 10.3.2001 (JUR 2001\151647)); las cartas enviadas por la fabricante de suelos antideslizantes a una antigua cliente criticando los productos de una competidora de la primera (SAP Madrid, Sección 10ª, de 25.5.2004 (AC 2004, 1684)); y la denuncia a la correspondiente autoridad de falta de homologación de productos derivados del acero fabricados por una competidora; o, finalmente la STS, 1ª, de 3 de febrero de 2005¹⁵¹, en la que se manifiesta de forma categórica que la publicación de un artículo informativo por una sociedad o asociación o una

¹⁵⁰ STS sala Primera número 331/1998, (Sala de lo Civil), de 15 de abril(ROJ:2438/1998); Fundamento de Derecho Segundo: “Promover o asegurar la difusión de sus prestaciones propias o de un tercero», accediendo con ello a un mayor número de consumidores o usuarios de los que integran un determinado mercado, tal finalidad concurrencial no se da en la actuación de la demandada «Cadena Clarín, SL», al instalar en el local destinado a la exhibición de películas cinematográficas un bar o cafetería; su cuota de mercado aumentará o disminuirá en razón de que las películas que exhiba tengan o no el favor del público cinéfilo, no de la prestación dentro de su local y únicamente a quienes hayan accedido a él mediante el pago de la correspondiente entrada con objeto de presenciar la película, de un servicio accesorio como es el bar, habitualmente existente en los locales de esa clase; carece la actuación de la demandada de «trascendencia externa» ya que no le va a reportar en manera alguna un aumento de espectadores en perjuicio de la clientela de otro potencial competidor. No se dan, por tanto, los requisitos que exige el art. 2 de la Ley de Defensa (sic) de la Competencia (RCL 1989\1591) para que un acto pueda ser calificado de desleal, al no quedar la conducta atribuida a la demandada incluida en el ámbito objetivo de aplicación de ese Texto Legal; en consecuencia, el motivo ha de ser acogido”.

¹⁵¹ STS 1º de 3 de febrero de 2005(TOL 582.597)

cooperativa de consumidores, sobre un bien de consumo, no estará jamás en el ámbito de la competencia desleal.

6 **Ámbito subjetivo de aplicación: consumidores y empresarios.**

6.1 **Introducción.**

En este epígrafe, se trata de delimitar quienes son los *destinatarios* de las prácticas agresivas. En este sentido, los sujetos intervinientes en los comportamientos agresivos y sus destinatarios están claramente definidos cuando nos referimos a las prácticas agresivas con los consumidores: los consumidores son los destinatarios de estas prácticas.

Así, quedarían incluidos en el ámbito subjetivo por un lado, los sujetos actores de estas prácticas, es decir, aquellos que ejecutan acciones u omisiones agresivas, las personas físicas o jurídicas generadores de la conducta calificada como acoso, coacción o influencia indebida. Es evidente que para la comisión de una práctica agresiva con los consumidores hace necesario aplicar conjuntamente el TRLGDCYU y la LCD; así el artículo 4 del Texto Refundido considera empresario” *a toda persona física o jurídica, que sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*”, definición que ha sido incorporada mediante modificación llevada a cabo en la Ley 3/2014, de 27 de marzo, al incorporar la Directiva comunitaria 2011/83/UE, como es bien sabido, ampliando la armonización de los ordenamientos internos de los Estados bajo un enfoque de armonización plena, por lo que en nuestro derecho comparado europeo se conceptúa de la misma manera ¹⁵².

¹⁵² Sentencia del TAR Lazio, Sez. Roma, n.106 dell’8 gennaio 2013, califica di profesional “devere essere riconosciuta a chiunque partecipi alla realizzazione di una pratica traendone uno specifico e diretto vantaggio economico o commerciale.”

Por otro lado, como señalamos al inicio de este epígrafe, los destinatarios de las conductas desleales a las que nos referimos serán exclusivamente los consumidores o usuarios¹⁵³, delimitado su ámbito de aplicación a aquellas personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, así como aquellas personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a un actividad comercial o empresarial, tal como señala el artículo 3 del TRLGDCYU.

Como ya hemos mencionado, la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que modifica el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre de 2007, necesaria para incorporar la Directiva comunitaria 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, define al consumidor como: ¹⁵⁴

1) *“Toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión, y al comerciante como toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión en relación con contratos regulados por la presente Directiva.*

¹⁵³ LASARTE ALVAREZ, C., *“Manual sobre protección de los consumidores y usuarios”*, Dykinson S.L., 2010, p. 55. El término “consumidor”, que viene empleándose con habitualidad en la terminología de los sistemas jurídicos occidentales desde hace aproximadamente dos décadas, no es, sin embargo, un concepto originariamente jurídico sino socioeconómico. El Derecho lo ha tomado prestado para caracterizar las relaciones jurídicas merecedoras de cierta protección como consecuencia de la diversa posición que los empresarios y los particulares ocupan en el mercado”.

¹⁵⁴ MARIN LOPEZ, M.J., *“Nuevo concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU.”*, Revista Cesco, 2014, pp. 9-16.

Pero el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios sigue la misma línea que las normas anteriores y reconoce tanto a las personas jurídicas como a las personas físicas¹⁵⁵.

“A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”.

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica, que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial, empresarial”.

Parece entonces que, el término “destinatarios” recogidos en el Texto Refundido engloba una concepción más amplia que la recogida en la Directiva comunitaria, ya que en ésta se excluye de su ámbito de aplicación a las personas jurídicas; aunque el espíritu de la Directiva sea alcanzar la armonización plena en los diferentes Estados miembros, la normativa española no puede retroceder en la protección de los derechos reconocidos a los consumidores y usuarios españoles, por lo que la defensa de los consumidores es mayor en nuestra legislación que en la normativa de mínimos que recoge la Directiva¹⁵⁶.

¹⁵⁵ En esta línea, la STS 1385/2017, de 5 de abril de 2017 (ROJ:STS 3265/2017) en la que en su Fundamento cuarto alude al concepto de consumidor en los contratos con doble finalidad: *“es decir en aquellos contratos que utiliza el bien o servicios con finalidad mixta, es decir a satisfacer necesidades personales pero también a actividades profesionales o comerciales”*

¹⁵⁶ En esta línea, cabe citar la STS de 16 de enero de 2017 (ROJ: STS 17/2017) que en su fundamento cuarto señala *“que el ánimo de lucro no excluye necesariamente de su condición de consumidor a una persona física.* En relación con la controversia litigiosa, partiendo del expuesto concepto de consumidor o usuario como persona que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, y dado que en el contrato se prevé la posibilidad de reventa, cabe preguntarse si es posible una actuación, en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, que se realice con ánimo de lucro. La jurisprudencia comunitaria ha considerado que esta intención lucrativa no debe ser un criterio de exclusión para la aplicación de la noción de consumidor, por ejemplo, en la STJCE 10 abril 2008 (asunto Hamilton), que resolvió sobre los requisitos del derecho de desistimiento en un caso de contrato de crédito para financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria; o en la STJCE 25 octubre 2005 (asunto Schulte), sobre un contrato de inversión.

En el mismo sentido, la STS 41/2017, de 20 de enero de 2017¹⁵⁷.

No obstante, sin apartarse de dicha regulación, cabría considerar que el ánimo de lucro del consumidor, persona física, debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, puesto que si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, etc.), ya que de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un período corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el art. 1.1º CCom.

También podrán estar incluidos en el concepto de consumidores y usuarios, la Administración o ente público, siempre que desarrolle su actividad empresarial o profesional en régimen de Derecho Privado; así lo recoge la mayoría de la normativa autonómica en materia de protección de los consumidores.

Asimismo, si un acto comercial está sujeto o no a la normativa de protección de los consumidores, también puede ser analizado no tanto desde la perspectiva de los sujetos intervinientes en la relación comercial, sino a través de *la concreción del acto sustantivo de consumo*. En este sentido, el acto de consumo está enmarcado dentro de una categoría que se acerca más al criterio delimitador y diferenciador de las actuaciones frente a los consumidores alejándolo de la delimitación del propio consumidor. En este sentido, se puede intentar dar una definición del acto de consumo como aquel acto jurídico que permite obtener un bien o servicio con vistas a satisfacer una necesidad personal o familiar.

A diferencia del comerciante al que se le exige una “habitualidad”, un acto de consumo aislado será suficiente para calificar de consumidor al que lo realiza. Este acto de consumo

¹⁵⁷ STS 41/2017 de 20 de enero (ROJ: STS 124/2017) FJ Tercero “...La sentencia 246/2014, de 28 de mayo, fija la siguiente doctrina jurisprudencial La compraventa de un despacho para el ejercicio de una actividad profesional de prestación de servicios queda excluida del ámbito de aplicación de la legislación especial de defensa de los consumidores, sin que resulte sujeta al control de contenido o de abusividad, debiéndose aplicar el régimen general del contrato por negociación...”

conlleva un requisito esencial para aplicar el ordenamiento jurídico de protección de los consumidores a su “temporalidad”: Se califica un acto de consumo cuando se realiza una actuación determinada y para esa situación jurídica determinada.

Por otro lado, nuestro derecho interno permite que dentro del concepto de “consumidor “se encuentren por ejemplo las fundaciones y asociaciones que adquieren bienes o servicios para que sean utilizados por los miembros de la entidad ¹⁵⁸.

Conviene recordar que la primitiva LGDCU definía al consumidor desde una noción estricta “son consumidores y usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieran, utilizan o disfrutan como *destinatarios finales*, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden”.

Sin embargo, el legislador en el año 2007 inicia la modificación del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, retomando la nueva acepción del consumidor y usuario, justifica en la Exposición de Motivos la necesidad de la armonización con definiciones en el concepto de consumidor y usuario: ¹⁵⁹en comparación con la redacción anterior deja claro la diferenciación en personas físicas y jurídicas, definiéndolas en dos párrafos distintos, dejando en el primer párrafo la definición de las personas físicas, y extendiendo la denominación a comercial, y oficio para el segundo párrafo y que precisa un poco más la concepción de la actuación ajena a la actuación de consumidor, y si es importante la

¹⁵⁸ Como criterio un tanto discrepante a este planteamiento, cítese la sentencia del TS 977/1995, de 13 de noviembre de 1995 (ROJ: STS 5707/1995) que otorga la protección del artículo 10 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (Ley anterior) a una Sociedad anónima.

¹⁵⁹ Artículo 3. Concepto general de consumidor y de usuario.

A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.»

separación con las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica , que tanta doctrina y jurisprudencia han generado,¹⁶⁰ pero para la atribución de derechos que puedan ser ejercitados individualmente ha de utilizarse una noción concreta de los consumidores. Esa diferenciación es debida a la finalidad propia de cada Ley: y es que cada disposición legal trata de proteger a los consumidores en un ámbito determinado y, lógicamente, la noción de consumidor viene determinada por el ámbito de protección que pretende establecerse. Quizá las nuevas concepciones de consumidor que veremos en los siguientes apartados hagan necesario volver a esta discusión doctrinal.

No existe, pues, una noción legal única de consumidor, sino una pluralidad de nociones que sirven para delimitar el ámbito de aplicación de las distintas disposiciones legales y que se establecen atendiendo específicamente a la protección que la norma pretende ofrecer¹⁶¹.

Precisamente esa noción de consumidor potencial es la que permite establecer un nexo entre la noción amplia de consumidor, esto es, de ciudadano consumidor, y la noción concreta, que depende de la realización de un acto determinado. Esa idea del consumidor potencial tiene por ello especial relevancia por lo que se refiere a todas las actuaciones que tratan de inducir a los ciudadanos a la realización de determinadas operaciones de consumo. Esa es la razón que justifica que en algunas nociones legales de consumidor se incluyan también a los

¹⁶⁰ Siguiendo a BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., en “*Comentarios a la Ley General sobre Consumidores y Usuarios*”, Editorial Revista de Estudios de Consumo, nº 3, Instituto Nacional de Consumo, 1984” pp. 15 y ss. “pueden distinguirse dos nociones diferentes de los consumidores. Una noción concreta, centrada fundamentalmente en quienes adquieren bienes o servicios para un uso privado. Y una noción abstracta, que incluye a todos los ciudadanos en cuanto personas que aspiran a tener una adecuada calidad de vida.” Este es el sentido de la noción que aparece en la Resolución del Consejo de la CEE, de 14 de abril de 1975, relativa a un programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección y de información de los consumidores (18), al declarar, en su número 3, lo siguiente: «En lo sucesivo el consumidor no es considerado ya solamente como un comprador o un usuario de bienes o servicios para un uso personal, familiar o colectivo, sino como una persona a la que conciernen los diferentes aspectos de la vida social que pueden afectarle directa o indirectamente como consumidor.

¹⁶¹ STS 16/2017, de 16 de enero de 2017, (Recurso 2718/2014 ROJ: STS 17/2017); ponente D. Pedro José Vela Torre).

consumidores potenciales, precisamente para protegerlos en el ámbito de la información y de la promoción de ventas¹⁶².

Igualmente ocurre con el concepto de “empresario”, que la nueva norma amplía la noción del empresario, incluyendo la actuación a través de terceros en su nombre o siguiendo sus instrucciones con un propósito relacionado con la actividad comercial. Amplía la definición de “empresario” con la realización de una actividad determinada que deberá ser una actividad empresarial, oficio, profesión o comercial, ampliando la especificación del acto a realizar.¹⁶³ Ahora bien, el concepto de empresario también ha requerido de un importante análisis por parte de la jurisprudencia y la doctrina europea y de los diferentes Estados Miembros ya que se entiende como tal aquella empresa “madre del grupo empresarial que incluso no se había encargado de enviar el mensaje agresivo al consumidor; así señalan por

¹⁶² STJCE de 3 de septiembre de 2015. En el asunto C-110/14 (ECLI:EU:C:1991:118), que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Judecătoria Oradea (Rumanía), mediante resolución de 25 de febrero de 2014, recibida en el Tribunal de Justicia el 7 de marzo de 2014, en el procedimiento entre Horațiu Ovidiu Costea y SC Volksbank România SA.

“Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que el artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse «consumidor» con arreglo a la citada disposición cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado. Carece de pertinencia al respecto el hecho de que el crédito nacido de tal contrato esté garantizado mediante una hipoteca contratada por dicha persona en su condición de representante de su bufete de abogado, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de esa persona, como un inmueble perteneciente al citado bufete.”

¹⁶³ Artículo 4. Concepto de empresario.

“A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”.

ejemplo diferentes resoluciones de la Autoridad de la Concurrency y del Mercato italiana¹⁶⁴, así como agencias de viajes que han sido intermediarios de un tour operador.

Asimismo, entre estas modificaciones introducidas por la Ley 3/2014, de 27 de marzo afectan en concreto a los artículos 19 y 20 del TRLCDCU relativas a las prácticas comerciales de los empresarios dirigidos a los consumidores, prácticas que quedan sujetas al Texto Refundido mencionado y además a la LCD y a la LOCM; en concreto señala el artículo 19 de la citada Ley y define práctica comercial desleal como todo acto, omisión, conducta, manifestación o comunicación comercial, incluida la publicidad y la comercialización, directamente relacionada con la promoción, la venta o el suministro de un bien o servicio a los consumidores y usuarios, con independencia de que sea realizada antes, durante o después de una operación comercial. En cambio, no tienen la consideración de prácticas comerciales las relaciones de naturaleza contractual.

En consecuencia, podemos concluir que no son consumidores a efectos de esta Ley, quienes adquieran un bien o servicio en un ámbito ajeno, sino propio de una actividad económica de producción o comercialización de bienes o servicios para el mercado o de una actividad profesional, es decir, la propia de una profesión liberal vinculada a una específica titulación académica (abogados, arquitectos, médicos)¹⁶⁵.

La Directiva 2005/29/Ce sobre las prácticas comerciales desleales define al consumidor como cualquier persona física que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva actúe con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio, oficio o profesión; no recogió por lo tanto la Directiva el concepto planteado en el Proyecto, que era el del consumidor medio que hemos hecho referencia.

¹⁶⁴ Energía –cambio di fornitore, procedimiento 18829 de 4 de septiembre de 2008, procedimiento 211735 blue vacanze.

¹⁶⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: “Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores y usuarios en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, Editorial Estudios de Consumo, número 3 diciembre 1984, pp. 26 y ss.

6.2 Consumidores: destinatarios de las prácticas agresivas.

6.2.1 Especial referencia al consumidor en el sector de la publicidad: el derecho del consumidor a la información y las prácticas agresivas.

La Directiva 84/450 que pasa a denominarse Directiva del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, fue derogada por la Directiva 2006/114/Ce del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa; que tiene como premisa básica clarificar y recopilar la normativa que hasta el momento existía en materia de publicidad.

La citada Directiva supuso la incorporación a nuestra normativa de la nueva regulación de la publicidad engañosa y comparativa y por ello, la modificación de la LGDCYU de 1984, norma básica en protección de los consumidores. Esta materia requería de una reorganización, ya que desde su publicación se habían dictado demasiadas normas sectoriales que hacían bastante difícil la aplicación de la materia sobre todo por las diferentes autoridades administrativas en la regulación de la política de protección de los intereses generales de los consumidores.

Por ello, en 2014 se promulga la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en su exposición de Motivos nos indica que no es objeto de refundición la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, ya que su ámbito subjetivo de aplicación incluye también las relaciones entre empresarios y su contenido está pendiente de revisión como consecuencia de la aprobación de la Directiva 2005/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas con los consumidores en el mercado interior, que debe ser incorporada a nuestro ordenamiento jurídico.

Son muchas las referencias de la nueva normativa en esta materia; así el TRLGDCU sólo regula en su capítulo V bajo la rúbrica de los legítimos intereses económicos de los

consumidores y usuarios en los artículos 19 al 21 las referencias básicas al derecho de información en la oferta comercial de bienes y servicios y los servicios de atención al cliente, novedad en este articulado.

Así, el artículo 19 señala que las prácticas comerciales de los empresarios dirigidas a los consumidores están sujetas además de lo establecido en esta Ley, a la LCD y LOCM.

Y señala como prácticas comerciales de los empresarios con los consumidores y usuarios “todo acto, omisión, conducta, manifestación o comunicación comercial, incluida la publicidad y la comercialización directamente relacionada con la venta o el suministro de un bien o servicio a los consumidores y usuarios, con independencia de que sea realizada antes, durante o después de una operación comercial.”

El siguiente artículo quiere matizar la información que necesariamente ha de darse al consumidor al llevar a cabo una práctica comercial de las indicadas anteriormente, y su incumplimiento será considerado práctica desleal por engañosa, en los mismos términos que lo dispuesto en el artículo 21.1 de la LCD.

Asimismo, los artículos 60 y 61 del TRLDCU regulados dentro del libro II “de los contratos y garantías”, Título I “contratos con los consumidores y usuarios”, establece concretamente en el artículo 60 “la información previa al contrato y en el artículo 61 “la integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato”.

Se observa, en definitiva, tal y como podemos observar, la obligación del empresario de informar al consumidor del contenido esencial del producto o servicio se ha generalizado y se ha convertido en uno de los pilares básicos de las normas de protección de los consumidores¹⁶⁶. La “fusión” entre el derecho de información y de la publicidad ya se constató con el artículo 8 de la LGDCU, y fue resultado de la numerosa jurisprudencia del momento, como señalaba el profesor A. BERCOVITZ, “parte integrante del acto de

¹⁶⁶ BUSTO LAGO, J.M., Coordinador, “*Reclamaciones de Consumo*”, Editorial Aranzadi, 2008, Navarra, pp. 93.

consumo”¹⁶⁷. Con anterioridad se basaba en la aplicación del artículo 1258 del C.c y del artículo 7 C.c, (la STS de 27 de enero de 1977 y 9 de febrero de 1981), ambas relativas al incumplimiento de la publicidad en materia de vivienda, vinculantes para el promotor de las viviendas los folletos o propaganda publicitaria.

En definitiva, en el artículo 4 de la LGP se constata también esta idea del concepto de “publicidad engañosa “e incluye la omisión de ciertas informaciones esenciales del producto o servicio, lo que facilita, como hemos indicado la conexión entre el deber de informar y el régimen de la publicidad.

En concreto, el artículo 60 del antiguo TRLDCU determina de forma detallada el contenido que el empresario, fabricante de un producto o proveedor de un producto debe adelantar como información previa a la contratación por el consumidor o usuario y entre ella se encuentra la recogida en el punto segundo apartado b) “precio completo, incluidos los impuestos o presupuesto en su caso. En toda la información al consumidor sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad, se informará del precio final completo desglosando en su caso el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación de los que gastos adicionales por servicios accesorios, financiación u otras condiciones de pagos similares.

El artículo 61 desarrolla de forma más exhaustiva el contenido del artículo 8 de la LGDCU ¹⁶⁸. La pauta marcada en este artículo es de vital importancia e incidencia en el sistema

¹⁶⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, A.: “*Comentarios a la Ley General de Consumidores y Usuarios* “, op.cit., pp.83 y ss.

¹⁶⁸ La oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación.

El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato.

general del mercado. De forma que, por un lado, tutela la protección del consumidor individual protegiendo a éste al integrar el contenido de la publicidad en la relación contractual, y por otro, lógicamente repercute en el control de la publicidad ilícita, lo que supone una actuación preventiva ejercida por la Administración.

Del citado precepto se pueden extraer algunos requisitos preceptivos para cumplir dicha integración, tal y como destaca la doctrina:

- Contenido de la publicidad informativa, entendiendo como tal la de un consumidor medio y sus legítimas expectativas.
- Cualquier tipo de publicidad, directa o indirecta incluida la publicidad subliminal.
- No es necesario apreciar ningún tipo de engaño o fraude para que se aplique el artículo 61 del TRLGCU, es decir, a contrario sensu, y tal como se ha recogido por la jurisprudencia, para que no sea tenido en cuenta y no sea parte integrante del contrato, debe expresamente excluirse en el contenido de los folletos, (recuérdese en folletos publicitarios de viviendas en las que se hace constar por el promotor de estas “este folleto tiene solo carácter informativo y no constituye parte integrante del contrato”). Ahora bien, el precepto indica” aunque no figuren expresamente incorporadas al mismo”. No obstante por otro lado, sería cuestión de analizar, lo que no constituye el análisis de esta trabajo, si sería considerada como cláusula abusiva y constitutiva de infracción administrativa, y por tanto susceptible de sanción e incluso podría ser considerada como nulo, y por tanto entendida como no puesta en el contrato.¹⁶⁹

No obstante, lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, estas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad.

¹⁶⁹ Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1977 en relación a la demanda interpuesta por los adquirentes de un piso de una urbanización residencial en Sevilla que, carecía de los buenos materiales y modernos que la propaganda publicitaria había publicitado; en el mismo sentido, del TS de 7 de noviembre de 1988, que aduce el artículo 8 de LCU; STS de 22 de julio de 2000 (ROJ: STS 6207/2000), relativa a que la

6.2.2 El concepto de consumidor medio y su repercusión en las prácticas agresivas.

El concepto de consumidor medio, entendido como “normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz”, aparece por primera en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las alegaciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos, presentado por la Comisión en julio de 2003; se inspira, tal como se reconoce en el Epígrafe 17 de su Exposición de Motivos, de la expectativa que se presume en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, posteriormente utilizado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para apreciar si se engaña a los consumidores o puede inducir a confusión o a error al cliente en general ¹⁷⁰.

Este concepto, consecuencia de una dilatada jurisprudencia del TJCE, iniciada con la sentencia *Gut Springenheide*¹⁷¹ ha sido incorporado por el legislador comunitario en diversas normas comunitarias relativas a las prácticas desleales, a la publicidad y al etiquetado de los diferentes productos industriales (entendiéndose por tales, todos aquellos productos no alimentarios) y los alimentarios.

Por tanto, puede decirse que este concepto de consumidor medio se diferencia del concepto genérico y análogo del consumidor como sujeto de las diferentes normas europeas y de la diferente normativa interna de los Estados miembros para referirse a un sujeto de especial protección en aquellos supuestos de contrataciones personales y sin ánimo de lucro donde el

vivienda incorporaba un sistema de alarma y STS de 29 de septiembre de 2004 (ROJ: STS 6086/2004), relativa a la integración de los folletos publicitario y obligación de la promotora de entregar lo ofertado en la propaganda.

¹⁷⁰ GONZÁLEZ VAQUÉ, L, “El concepto de consumidor medio en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, Revista de Derecho Comunitario Europeo, 2014, nº 17, pp. 47 y ss.

¹⁷¹ Sentencia *Gut Springenheide*, Asunto C-210/96. https://europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61996CJ0210_SUM&from:

equilibrio entre la figura del *venditor et emptor*, no está equilibrado. Este planteamiento subyace en el Derecho derivado, donde podemos destacar las diferentes definiciones dadas al concepto del consumidor; así sin ánimo exhaustivo, este criterio ha sido seguido en las principales Directivas en las que se define al consumidor medio.

*Así, en la Directiva 85/577/CEE referente a los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales define en su artículo 2.1 como toda persona física que, para las transacciones amparadas por la presente Directiva actúe para un uso que pueda considerarse como ajeno a su actividad profesional.*¹⁷²

La definición parte de la protección al consumidor al tratarse de situaciones en la que se encuentra en situaciones claramente de inferioridad, en estos casos el consumidor no está preparado para dichas negociaciones y se encuentra desprevenido y no está en condiciones de comparar la calidad y el precio de la oferta con otras ofertas.

En el mismo sentido la Directiva 87/102/CEE sobre crédito al consumo define al “consumidor” en el artículo 2.4 como la persona que compra o se compromete a comprar el viaje combinado, la persona en nombre de la cual el contratante principal se compromete a comprar el viaje combinado o la persona a la cual el contratante principal u otro beneficiario cede el viaje combinado. El concepto de consumidor no se refiere aquí exclusivamente a las personas físicas.

Igualmente, la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en el artículo 2B) define al consumidor como toda persona física que, en los contratos regulado por dicha directiva actué con un propósito ajeno a su actividad profesional, cabe citar las sentencias que se detallan en la nota marginal.¹⁷³

¹⁷² La sentencia del TSJUE, asunto C-361/89, de 14 de marzo de 1991, tuvo ocasión de definir el concepto de consumidor como toda persona física que actúe para un uso ajeno a su actividad profesional; En la misma línea, Sentencia Faccini Dori de 14 de julio de 1994, asunto C-91/92; RJUPI 3325.

¹⁷³ El TJUE (Sala sexta) en su Auto de 19 de noviembre de 2015, en el asunto C 74/15 (Dumitru Tarcău e Ileana Tarcău contra Banca Comercială Intesa Sanpaolo România SA y otros). Esta resolución resuelve la petición de decisión prejudicial que tiene por objeto la interpretación de los artículos 1, apartado 1, y 2, letra

En la misma línea la Directiva 97/7/CE relativa a los contratos a distancia, se define como toda persona física que, en los contratos contemplados en esta Directiva actué con un

b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

El órgano jurisdiccional remitente pregunta si la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria o de fianza celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil asumió contractualmente frente a esa entidad en el marco de un contrato de crédito, cuando dicha persona física no tiene ninguna relación profesional con la citada sociedad.

El TJUE resuelve que la Directiva 93/13 define los contratos a los que se aplica atendiendo a la condición de los contratantes, según actúen o no en el marco de su actividad profesional en virtud del sistema de protección de la directiva que considera al consumidor en situación de inferioridad.

En el mismo sentido la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016, núm. 367/20166 (ROJ: STS 2550/2016) niega la condición de consumidora a una persona que había suscrito un contrato de préstamo con garantía hipotecaria con la finalidad de financiar la adquisición de un local para la instalación de una oficina de farmacia. Formulada demanda para la eliminación de la denominada cláusula suelo, el Alto Tribunal señala que el control de transparencia, diferente del mero control de inclusión, está reservado en la legislación comunitaria y nacional, y por ello, en la jurisprudencia del TJUE y de esta Sala, a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores, conforme expresamente previenen la Directiva 1993/13/CEE y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

La sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016 (ROJ: STS 2401/2016) con cita de la sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2015, sienta la importante doctrina en el caso de un préstamo con garantía hipotecaria para adquisición de la vivienda habitual luego ampliado para atender a otra finalidad propia del tráfico mercantil: “no impide que pueda aplicarse la normativa sobre protección de consumidores para juzgar sobre el carácter abusivo de la cláusula”.

Aunque es una decisión muy criticable desde la posición tradicional de la teoría general de las obligaciones y contratos, al TJUE le parece irrelevante que la fianza sea un contrato accesorio para conceder al fiador a avalista toda la protección de la normativa en materia de consumidores y usuarios y también que haya dos regímenes distintos de protección en un mismo contrato. Se producirá la paradoja de que en el caso de que exista una cláusula abusiva (v.gr la de intereses moratorios en un contrato de préstamo) el prestamista podrá reclamar la integridad del crédito vencido y los intereses moratorios al deudor principal si este no tiene la condición de consumidor y únicamente el principal al fiador que sí ostente dicha condición.

propósito ajeno a su actividad profesional, la Directiva 98/6/CE en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores, se define como cualquier persona física que compre un producto con fines ajenos a su actividad comercial o profesional, La Directiva 1999/44/CE referente a determinaciones aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, *la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico*, excluye a las personas jurídicas.

Y, por último, mencionar la Directiva 2005/29/Ce sobre las prácticas comerciales desleales, en la que define al “consumidor” como cualquier persona física que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva actúe con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio, oficio o profesión, no recogió el concepto planteado en el proyecto, que era el del consumidor medio que hemos hecho referencia.

Aunque sí se recoge en el considerando número 18, en el que se reconoce dicho concepto que hemos visto anteriormente, indicando que cuando la práctica se dirija a un grupo concreto de consumidores, como niños o discapacitados es conveniente que el efecto de la práctica comercial se evalúe desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo.¹⁷⁴

¹⁷⁴ En otras normas internacionales o comunitarias, que están o han estado en vigor en España, se adopta una noción similar. Así, el Reglamento 44/2001 del Consejo UE, de 22 diciembre 2000, sobre competencia judicial en materia civil y mercantil, introdujo un foro de competencia especial en su art. 15.1 para «contratos celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pudiese considerarse ajeno a su actividad profesional». Concepto que reitera el art. 17.1 del Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que ha sustituido al anterior. A su vez, el Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales contempla también en su art. 6 los «contratos de consumo», entendidos como los celebrados «por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional (‘el consumidor’) con otra persona (‘el profesional’) que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional».

Por tanto, siguiendo a la doctrina más especializada,¹⁷⁵son elementos del concepto del consumidor medio tanto la actitud del consumidor como los conocimientos del consumidor. Esta *actitud del consumidor* se ha definido en la sentencia “Mars”,¹⁷⁶ al referirse al consumidor medio avisado que percibe con atención la información sobre el producto, por lo que la actitud del consumidor y la información se encuentran íntimamente ligadas. Así los primeros pronunciamientos del Tribunal de Justicia fueron en un entorno donde los países miembros invocaban la aplicación de su normativa interna a favor de su mercado y de sus productos nacionales. En esta línea cabe citar, como ejemplo, el caso del Derecho alemán en el que se impedía la venta de licores por debajo de una graduación alcohólica, el famoso caso de Cassis de Dijon¹⁷⁷.

Y, en la misma línea, el célebre asunto ya citado “*Gut Springenheide*”, que declaró que para determinar si una mención en el etiquetado cuyo objetivo era fomentar las ventas de huevos, podía inducir a error al comprador, y sí se debía presumir que se trataba de un consumidor medio. En la citada sentencia el Tribunal declaró que, a fin de apreciar si una denominación, marca o mención publicitaria podía inducir o no a error al comprador, era preciso tomar en consideración la expectativa que se presumía en un consumidor medio.

¹⁷⁵ GONZALEZ VAQUÉ, I., “*La noción de consumidor en el derecho comunitario de consumo*”, op.cit. pp. 25-41.

¹⁷⁶ En el asunto C-470/93, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 6 de julio de 1995(ECLI: EU: C: 1995:224) “En efecto, los consumidores razonablemente informados deben saber que no existe necesariamente un nexo entre el tamaño de las menciones publicitarias relativas a un aumento de la cantidad del producto y la importancia de dicho aumento”.

¹⁷⁷ Tribunal de Justicia de sala 3 de 20 de febrero de 1979, 120/78, Rewe-Zentral Ag contro Bundesmonopolverwaltung Fuer Branntwein in Raccolta, 1979,649.

En síntesis, los jueces de Luxemburgo han reconocido la necesidad de que la noción de consumidor medio no debe ser un parámetro abstracto.¹⁷⁸

Por lo que respecta a “*los conocimientos*” del consumidor medio, el TJCE señala que el consumidor medio, está normalmente informado, lo que supone que debe contar con cierta experiencia y aptitud para interpretar la información que se le facilita.¹⁷⁹

Asimismo, y en relación al “conocimiento” de los consumidores podemos concluir que el conocimiento de una o más lenguas puede considerarse en algunos casos un importante componente de información del consumidor medio. En este sentido, no existe en el Derecho de la Unión Europea un concepto jurídico general y uniforme del conocimiento del consumidor del que se deberá analizar para cada caso concreto, es decir, se analizarán los elementos integrantes en el concepto del consumidor para analizar si concurren en el supuesto de hecho que se esté analizando.¹⁸⁰

6.2.3 Especial referencia al consumidor medio no especializado y prácticas agresivas.

Como hemos visto, el parámetro de valoración en la realización potencial de una práctica comercial agresiva es el “consumidor medio” o el miembro medio de un determinado grupo

¹⁷⁸ CENDON P., “*Tutela del consumatore in Trattario di diritto civile*”, Giuffrè Editore, Milano, 2013, pp. 27 y ss.”.. ma deve essere interpretata ed applicata in maniera tale da riuscire a soddisfare le finalità delle diverse discipline normative nelle quali è richiamata o per le quali funge da parametro di giudizio.”

¹⁷⁹ En este contexto, recordamos en la Sentencia Estee Lauder Cosmetics de 13 de enero de 2000, el TJUE declaró que para aplicar el criterio de la expectativa que se presume en un consumidor medio basado en el principio de proporcionalidad en ese caso había que verificar si los factores sociales, culturales o lingüísticos podían justificar que los consumidores alemanes entendieran el término “lifting” empleado en relación con una crema antiarrugas de manera diferente a los consumidores de los demás estados miembros.

¹⁸⁰ GONZÁLEZ VAQUÉ, L., “*La noción de consumidor en el derecho comunitario del consumo*”, op.cit., pp. 25 y ss.

de consumidores, entendiéndose por tales un sujeto normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz. Pero esta afirmación merece ser puntualizada, ya que el Tribunal de Justicia, en determinadas circunstancias, ha venido a referirse a un consumidor medio no especializado. Se trata de un consumidor medio “no especializado, dotado de una discreta capacidad cognitiva y evaluativa, pero con escasa dedicación al análisis del producto objeto de adquisición y sus específicas características”¹⁸¹.

Así, son varios los casos que el Tribunal ha dictaminado teniendo en consideración el término consumidor medio no especializado, en el sentido que éste no es especializado, por ejemplo, durante la adquisición de un producto de uso cotidiano, ya que no tiene la habitualidad y no lleva a cabo una profunda reflexión sobre su composición y características, en todo caso lo que en la mayoría de los supuestos le lleva a la adquisición de uno u otro producto es el precio de los mismos.

Por lo que, siguiendo la jurisprudencia de la Unión Europea, se ha desarrollado la tendencia a abordar el concepto de consumidor medio pero no especializado cuando se trata de bienes de consumo en masa, de bienes de uso común que se ofrece a un público de masas, no catalogado ni diferenciado y con un precio módico, consumidores que no prestan una atención elevada al acto de consumir o adquirir ese producto, y por tanto, a este tipo de consumidores se denomina no especializado. Es por tanto que en estos supuestos se requiere un estándar de diligencia del profesional o comerciante ¹⁸²adecuado al consumidor no especializado, ya que no se puede olvidar la necesaria proporcionalidad en el desarrollo de las actividades comerciales entre la parte que promueve y ofrece su producto con un conocimiento previo del mismo y un consumidor poco formado e interesado por conocer de forma detallada el producto en estos casos.

¹⁸¹ TJ c-468/01P a C-472/01, caso Procter &Gamble Company ..”sul concetto di consumatore medio in relazione a quei settori merceologici in cui i beni commercializzati son cd.,beni di largo consumo”.

¹⁸² CAMPUZANO, AB Y OTROS., “*El derecho de la competencia*”, op. cit. p.70.

6.2.4 El novedoso criterio del consumidor vulnerable y su incidencia en las prácticas agresivas.

En general, y siguiendo la tendencia actual del nuevo consumidor, la doctrina en este campo, somete a debate y crítica el término de “consumidor medio” ya que no se ajusta plenamente a los parámetros actuales. El concepto de consumidor medio no acompaña a las nuevas técnicas de marketing y de publicidad, y por tanto, señalan los autores, que se trata de una noción anacrónica porque no se ajusta a la dinámica y a la potencialidad comercial de la empresa de hoy en día y que gracias a las grandes investigaciones millonarias seleccionan los perfiles de los consumidores creando perfiles individuales y personalísimos adecuando la selección de productos y servicios a sus individualidades. En este marco se sitúa la labor del neuromarketing como uno de las últimas técnicas utilizadas, (la llamada “*mass customization*”).

Ahora bien, no es menos cierto y debe de reconocerse expresamente que aunque los conceptos de “consumidor medio” y “vulnerable” se ha quedado un paso atrás de las técnicas de marketing, es cierto que la constancia del Tribunal de Justicia europeo, recordando el concepto de “consumidor medio” y vulnerable ha conseguido su incorporación de forma transversal en la normativa de la Unión Europea, contando por ello con un nivel mínimo de protección del consumidor a nivel de la Unión Europea que de otra forma nunca se hubiera alcanzado. Las referencias al término “consumidor medio” se han convertido en el punto de partidas de muchas de las Directivas europeas que regulan las nuevas formas de contratación a distancia y de contratación on line consecuencia de unas nuevas fórmulas de marketing. Por ello, en este punto sí se ha de reconocer la importancia que tiene para conseguir un nivel alto de protección de los consumidores la necesidad de desarrollar políticas de educación y de formación de consumidores en una cultura de consumidores especializados.

6.2.4.1 Consumidor vulnerable:

La Directiva 2005/29 sobre prácticas desleales recoge en su artículo 5.3 el concepto de consumidor vulnerable: “*Las prácticas comerciales pueden distorsionar de manera*

sustancial, en un sentido que el comerciante puede prever razonablemente, el comportamiento económico únicamente de un grupo claramente identificable de consumidores especialmente vulnerables a dichas prácticas o al producto al que se refieran, por padecer estos últimos una dolencia física o un trastorno mental o por su edad o su credibilidad, deberán evaluarse desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo. Ello se entenderá sin perjuicio de la práctica publicitaria habitual y legítima de efectuar afirmaciones exageradas o afirmaciones respecto de las cuales no se pretendía una interpretación literal”

El considerando 19 de la Directiva justifica que cuando determinadas características, como la edad, una dolencia física, un trastorno mental o la credulidad, hagan que los consumidores sean especialmente sensibles a una práctica comercial o al producto correspondiente, y cuyo comportamiento económico sea por ello susceptible de distorsiones con motivo de la práctica comercial agresiva cometida por el empresario, debe de existir una garantía añadida al consumidor medio. Si la noción de un consumidor medio se aplica para determinar si ciertas prácticas comerciales agresivas han tenido repercusión en el consumidor y han producido el efecto de ocasionarle una alteración en su comportamiento, en el caso del consumidor “vulnerable medio” se debe aplicar cuando la actividad comercial puede afectar a ese grupo de consumidores independientemente de la fase contractual en la que se encuentre. Así, la protección a un conjunto de consumidores con características de especial protección conlleva que desde un momento que una práctica es calificada de agresiva en materia de competencia desleal por la posibilidad que tiene de distorsionar el comportamiento de los consumidores especialmente vulnerables, se extiende la protección a todo el conjunto de consumidores¹⁸³.

En este sentido, el artículo 5.3 antes citado demuestra que una práctica comercial puede ser desleal cuando afecta al comportamiento económico de un grupo identificable de personas vulnerables y el comerciante pudo prever de forma razonable que ese efecto se produciría¹⁸⁴.

¹⁸³ INACARDONA Y PORIBO, “The average consumer, the unfair commercial practices Directive and the cognitive revolution”, Journal of Consumer Policy Issue, 2007, vol. 30 pp. 28 y ss.

¹⁸⁴ TATO PLAZA, A, en “La reforma de la L.C.D”, TATO, FERNANDEZ Y HERRERA, op.cit., pp. 97 y ss.

Como refleja el artículo citado de la Directiva, regula la vulnerabilidad ante las prácticas desleales en circunstancias concretas como la enfermedad física, trastorno mental, la edad y la credulidad; ahora bien, no se trata de una lista *numerus clausus*, aunque la doctrina ha sido bastante crítica en este tema, ya que no entendían como no se ha incluido otros tipos de condicionamientos, como por razón de raza, de religión¹⁸⁵. Ahora bien, quizá la explicación se encuentre en que la discriminación por razón de sexo, religión o raza se encuentre en la propia esencia del Derecho originario de la Unión Europea.

En todo caso, existe algún elemento en el concepto del consumidor vulnerable, difícil de limitación, como es la identificación del consumidor y quizá ha sido la causa por la que no ha sido tan sencilla su aplicación, consecuencia de que afecte a un grupo de consumidores vulnerables claramente identificables. Motivo por el que la legislación alemana reguló específicamente situaciones de vulnerabilidad. El criterio excesivamente amplio de la Directiva y la necesidad de afectar a un grupo y no a una vulnerabilidad individual, hacen realmente difícil su aplicación en la actualidad.

Por último, destacar en este punto la Resolución del Parlamento Europeo de 22 de mayo de 2012 sobre el refuerzo de los derechos de los consumidores vulnerables, hace referencia a la vulnerabilidad del consumidor medio en la coyuntura actual atendiendo a los datos del informe *Consumer Empowerment*.

En la citada Resolución se recogen tres tipos de categorías de vulnerabilidad:

1. Vulnerabilidad endógena y permanente. Aquella persona que pueda ser dañada o perjudicada por sus circunstancias personales en materia de discapacidad mental y física.
2. Vulnerabilidad temporal: aquella en la que el consumidor se encuentra en un estado y situación personal que le aleja de su entorno externo; educación, situación social.

¹⁸⁵ STUCK, J.H.V., “The notion of the Empowered and informed consumer policy and how to protect the vulnerable under such a regime”, *The Yearbook of Consumer Law*, 2007, p.181.

3. Vulnerabilidad episódica; cualquier consumidor puede encontrarse en esta situación transitoria en algún momento de su vida.

La vulnerabilidad, según la legislación, se debe entender de forma transversal atendiendo a los diferentes momentos y situaciones, por lo que la Resolución enfatiza la estrategia de los derechos de los consumidores vulnerables y que puedan tener todos los medios a su alcance para poder tomar las decisiones racionales y necesarias en sus compras¹⁸⁶.

6.2.4.2 Consumidor fragmentado:

La fragmentación y la dispersión en el mercado, las diferentes ofertas de productos, servicios y marcas, hacen que el consumidor esté cambiando y evolucionando constantemente y ha llevado a que la doctrina hable de un nuevo tipo de consumidor, el *consumidor fragmentado*. El amplio abanico para poder consumir a través de los avances tecnológicos hace que las empresas busquen como fidelizar a sus clientes, y para ello buscan la confianza del propio consumidor, le hacen partícipe de la marca. Las ventas en establecimientos físicos han sufrido un importante descenso; el consumidor participa cada vez con más intensidad virtual en el mercado (piénsese en marcas como Spotify, E-bay, intercambio de casas a través de Airbnb, plataformas de YouTube, etc...). A través de estos ejemplos, en definitiva, se refleja cómo el concepto de consumidor medio va quedando en desuso y no se ajusta a la realidad en la que nos encontramos.

6.2.4.3 Consumidor constitucionalizado.

Existe un importante sector doctrinal que ha alcanzado la voz reclamando la constitucionalización de los derechos de los consumidores en el ámbito de la Unión Europea.

¹⁸⁶ HUALDE MANZO, T., “*Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del Derecho de Consumo Europeo*”, DYKINSON, MADRID, pp. 96 y ss.

Los nuevos tipos de consumidores, la privatización de servicios de carácter esencial (como la energía, y la luz), los avances tecnológicos. Los nuevos modelos de marketing, hacen necesario establecer una protección del consumidor más allá de conceptos interpretativos o de normas de rango secundario de la Unión Europea¹⁸⁷ ; “*Consommacteur*” (consumidor actor), en esta nueva era en la que ha quedado definido el papel que juega el consumidor en una economía de mercado, en el que su rol está “mercantilizado”, agente activo del mercado y poder proteger con reales garantías y convertirse en un derecho absoluto y enmarcarlo en un derecho social. A modo de ejemplo, la Constitución española (1978) lo regula como principio rector de la política social y económica en su artículo 51, dentro de la economía de mercado. Asuntos tan importantes como “Aziz” y “Asbeek”¹⁸⁸, son fiel reflejo de la dimensión social que toman los derechos de los consumidores, por lo que es deseable un giro en nuestro Derecho Privado europeo incorporando como uno de los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos la protección de los derechos de los consumidores.

6.2.4.4 Consumidor electrónico.

Siguiendo con la clasificación de tipos de consumidores, en las relaciones comerciales “*business to consumer*” (B2C), también debemos hacer una especial referencia a la actividad comercial realizada por los consumidores *on line*. Así dentro de esta definición se puede encuadrar, siguiendo a la doctrina más especializada¹⁸⁹, al consumidor telemático y al consumidor digital. En la primera definición se enmarca al usuario de una plataforma tecnológica del *world wide web di internet* para la contratación telemática, y respecto a la

¹⁸⁷ MICKLITIZ, HANS-W. “*El consumatore mercatizzato, frammentato, costituzionalizzato*”, Rivista trimestrale de Diritto civile e procedura civile, septiembre 2016, pp.125-155.

¹⁸⁸ Sent C-415/11, Aziz y Cataluyna Caixa y Sent-C-418/11D.F.Asbeek Brusse et al v Janahi

¹⁸⁹ Entre otros, FAIENZA, F.,”Il danno al consumatore elettronico e online dispute resolution (ODR)”, GIuffrè, 2017, pp. 459-474.

segunda definición, se hace referencia a la materia objeto de contratación y a los derechos que protegen a los consumidores, es decir, su tutela y protección.

En el marco de estas dos definiciones se encuentra la del “consumidor electrónico”, ya que a través de ella se puede enmarcar toda la disciplina de los servicios de información virtual o digital que abarca una inmensidad de posibilidades y opciones para los consumidores. En todo caso debemos tener en cuenta que se trata de una Disciplina que requiere de gran inmediatez al tratarse de sistemas rápidamente cambiantes. Las ofertas tecnológicas se modifican a una velocidad que la normativa no puede recoger; en este sentido, la Directiva Comunitaria 2000/31/CE del comercio electrónico recoge esta concepción como el destinatario de los servicios de la sociedad de información. Ante esta facilidad del consumidor de contratar a distancia tanto bienes como servicios de forma prácticamente instantánea, la protección del consumidor también debe estar a la misma altura y gozar de una alta protección por parte de los legisladores internacionales y europeos.

6.2.5 Nuevos consumidores y prácticas agresivas.

En este nuevo entorno de transacciones comerciales, la jurisprudencia de la UE ha considerado que la intención lucrativa no debe ser un criterio de exclusión para la aplicación de la noción de consumidor tal y como refieren por ejemplo la STJCE 10 abril 2008 (asunto “Hamilton”), que resolvió sobre los requisitos del derecho de desistimiento en un caso de contrato de crédito para financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión

inmobiliaria¹⁹⁰; o la STJCE de 25 octubre 2005 (asunto “Schulte”),¹⁹¹ sobre un contrato de inversión¹⁹².

¹⁹⁰ STJCE (sala Primera), sentencia de 10 de abril de 2008, asunto C-412/06 (Annelore Hamilton c. Volksbank Filder eG).

En la citada sentencia, la señora Hamilton firmó, en su domicilio, un contrato de crédito con el objeto de financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria. Este contrato contenía información relativa al derecho de desistimiento, según lo dispuesto en la ley sobre crédito al consumo. Pero no hacía ninguna referencia al derecho del consumidor a desistir del producto adquirido, regulado en la ley sobre desistimiento de contratos de venta a domicilio y transacciones similares (Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften; en lo sucesivo, «HWiG»). Una vez reintegrado el préstamo, en el año 1998 a la sociedad gestora del fondo inmobiliario, ésta a la vez fue declarada, en concurso de acreedores, la señora Hamilton desistió del contrato de préstamo, en el año 2002, en virtud de lo dispuesto en la STJCE Heininger, de 13 de diciembre de 2001, según el entonces vigente.

¹⁹¹ STJCE 25 de octubre de 2005 Asunto C-350/03 e C-229/04 Elisabeth Schulte, Wolfgang Schulte / Deutsche Bausparkasse Badenia AG; www.curia.europa.eu

En esta sentencia se evidencia que los Estados miembros tienen la obligación de garantizar que los bancos informen a los posibles inversores inmobiliarios del derecho de desistimiento, en el contexto de una operación de un contrato realizado a domicilio. Considerando que se trata de un deber precontractual cuya infracción puede comportar el resarcimiento de daños (culpa in contrahendo), debiéndose demostrarse la culpa del banco y que la falta de información sea la causa del daño.

¹⁹² EBERS M., “Comentario ¿extinción del derecho de desistimiento de un contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil tras la completa ejecución de las prestaciones? TJCE (sala Primera), sentencia de 10 de abril de 2008, asunto C-412/06 (Annelore Hamilton c. Volksbank Filder eG)”. ADC, tomo l XII, 2009, fasc. III.

En este sentido, es destacable que en ambas sentencias el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideraron consumidores a ambos demandantes.

En esta misma línea, la Sentencia 16/2017, de 16 de enero de 2017 del Pleno del Tribunal Supremo (número de recurso 2718/2014) ponente D. Pedro José Vela Torres) recoge por primera vez el análisis y pronunciamiento del asunto en relación a una persona física que adquiere un bien con ánimo de lucro, aunque sea al margen de su actividad empresarial o comercial, el debate se centró en la determinación de si procede o no aplicar la norma de protección de los consumidores y, en consecuencia, es considerado consumidor final. Se trata de una sentencia novedosa, ya que por primera vez el TS se ha pronunciado de manera directa sobre si puede considerarse consumidor a un sujeto que adquiere un bien al margen de su actividad empresarial o comercial, pero con ánimo de lucro, a los efectos de aplicar la normativa protectora de protección de los consumidores. Y a nuestro juicio, la decisión del TS es muy acertada, ya que de un análisis contextualizado de la legislación pertinente se desprende que debe ser considerado consumidor el que adquiere un bien sin ánimo de lucro, salvo si lo hace habitualmente.¹⁹³

La doctrina de esta sentencia, que sigue el concepto de consumidor del mencionado TRLGDCU, considera consumidores o usuarios a las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también

¹⁹³ STS 16/2017 , Sala Primera, Ponente: Pedro José Vela Torres“, CENDOJ(ROJ; 17/2017) Fundamento IV “...cabría considerar que el ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, puesto que si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, etc.), ya que de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un período corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el art. 1.1º CCom”.

Desde este punto de vista, no consta que la Sra. Milagrosa realizara habitualmente este tipo de operaciones, por lo que la mera posibilidad de que pudiera lucrarse con el traspaso o reventa de sus derechos no excluye su condición de consumidora.”

consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

El asunto controvertido en la citada sentencia del TS de 16 de enero de 2017 que tiene su origen en la interposición de una demanda de nulidad por el adquirente de un derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, es estimado en primera instancia, pero interpuesto recurso de apelación por el demandado, la AP le otorga al comprador el carácter de inversor señalando que carece de los requisitos para poder ser calificador como consumidor final.

El comprador interpuso recurso de casación, y resuelve el alto Tribunal en lo que a nuestro caso nos interesa, (si el adquirente es consumidor final aunque tenga ánimo de lucro). La sentencia hace especial hincapié en la definición anteriormente indicada del artículo 3º del TRLGDCU; en concreto, el Fundamento 4º de la citada STS entiende que es consumidor aquella persona física que adquiere un bien con ánimo de lucro siempre que no lo haga con habitualidad, ya que realizar esas operaciones en un corto periodo de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad profesional o empresarial, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal del empresario, conforme a lo establecido en el artículo 1.1º del C.Com¹⁹⁴.

Siguiendo la jurisprudencia del TJUE, son numerosas las sentencias en las que consideran estos supuestos comentados como consumidor final; así cabe citar la STJCE de 10 de abril de 2008 (asunto Hamilton)¹⁹⁵, igualmente lo reconoce en los Reglamentos 44/2001 y 1215/2012.

¹⁹⁴ MARÍN, LÓPEZ, M., “¿Es consumidor el que adquiere un bien con ánimo de lucro? La doctrina del Tribunal Supremo contenida en la sentencia de 16 de enero de 2017,” Revista Cesco, nº 20/2016., pp. 204-208.

¹⁹⁵ C-142/06 de 10 de abril de 2008.

En definitiva, a la vista de lo señalado, y cuando efectuamos el análisis del ámbito subjetivo de la licitud o ilicitud de una actividad comercial y si puede ser enmarcada en una práctica agresiva comercial, se han de tener en cuenta las siguientes circunstancias:

- La intención lucrativa no debe ser un criterio de exclusión para la aplicación de la noción de consumidor, poniendo de relieve que la redacción del art. 3 TRLGCU se refiere a la actuación en un ámbito ajeno a una actividad empresarial en la que se enmarque la operación, no a la actividad empresarial específica del cliente o adquirente.

-Por tanto, la persona física que actúa fuera de una actividad empresarial es consumidora, aunque tenga ánimo de lucro, pues como hemos visto anteriormente, se requerirá de una habitualidad para no poder ser calificado como “consumidor”.

El artículo 1.1º del Código de Comercio reconoce como una de las características de la cualidad de empresario la habitualidad, y no, por tanto, el hecho de realizar una actividad sin ser regular y constante a lo largo del tiempo.

Finalmente, la mera posibilidad de que pudiera lucrarse con el traspaso o reventa de los derechos no excluye la condición de consumidor.

6.3 Empresarios: sujetos activos de las prácticas agresivas.

6.3.1 El concepto de diligencia profesional y prácticas agresivas.

La Directiva 25/2009 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, contiene la definición de diligencia profesional, y pone el acento en el respeto a las normas de concurrencia y competencia entre los profesionales que se encuentren definidos y regulados en los diferentes Estado miembros.

Así, nuestra norma regula en el artículo 4 LCD el núcleo central de la cláusula general de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales¹⁹⁶:

*“En las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores.”*¹⁹⁷

El artículo 2 h) define a la diligencia profesional»: el nivel de competencia y cuidado 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 buena fe en el ámbito de actividad del comerciante;

Como se observa, se indica que debe de producirse al menos un “grado medio de competencia y atención que debe ser configurada sobre la específica actividad comercial, siendo el término práctica comercial honesta, la terminología utilizada por el legislador europeo y que lo incardina en el principio general de buena fe. La definición de la diligencia profesional que incluye la Directiva parece una combinación de los elementos utilizados para valorar la deslealtad de una conducta en las diferentes tradiciones jurídicas de los Estados miembros: buenas costumbres (Austria y UWG alemana de 1909), “*usages honnêtes en matière commerciale*” (Bélgica), cláusula general de la responsabilidad civil extracontractual (Francia), los principios de la moral (Grecia), la “*correttezza professionale*” (Italia), “*normas e usos honestos de calquer ramo de actividade económica*” (Portugal), buena fe (España), etc.

¹⁹⁶ GARCÍA PÉREZ, R, “*La diligencia profesional; un concepto clave del nuevo derecho contra la competencia desleal.*”, www.ruc.udc.es (Repositorio Universidad de la Coruña).

¹⁹⁷ Artículo 2h) dela Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales: la protección de los consumidores en Europa.

El ámbito de la “diligencia profesional” es la esencia, es el eje, para poder determinar si una práctica es o no agresiva, ya que es una de las claves para definir si la conducta del empresario o profesional es antijurídica y delimita los parámetros del comportamiento.¹⁹⁸

La doctrina ha venido interpretando el concepto jurídico indeterminado de la “diligencia profesional” de formas diferentes: desde una interpretación literal o una interpretación sistemática, hasta una interpretación finalista. Cada una de ellas interpreta la diligencia profesional de forma muy diferente; así, en el caso de la interpretación literal, se supone que dada su imprecisión necesita de otros conceptos jurídicos, como las prácticas honradas en el mercado y buena fe. La interpretación sistemática y finalista discurren por vías distintas, pero llegan a la misma conclusión: necesitan acudir a los criterios de buena fe y prácticas honradas en el mercado por parte del profesional. En todas ellas, la línea de trabajo por parte de la Directiva es la misma, conseguir que el consumidor pueda tomar sus decisiones de forma libre y adecuadamente informado de acuerdo con la cláusula general¹⁹⁹.

Ahora bien, la aptitud del profesional que deberá actuar con el cuidado y nivel de competencia acorde con lo que se espera de él, se incluye en el término utilizado en la norma de “razonablemente” para un consumidor medio, por lo que implica que debe ejercitarse una prudente actividad de moderación en la interpretación de la cláusula general, ya que, a *sensu contrario*, se estaría consiguiendo el efecto contrario que puede suponer el exceso de protección al consumidor o usuario, provocando una tutela desmesurada y conculcando la propia esencia de la normativa proteccionista originada en el equilibrio en las reglas que rigen el mercado y las relaciones *business to consumer* (B2C).

¹⁹⁸ CENDON PAOLO, “*Tutela del consumatore*”, nel Trattario di Diritto Civile, Guiffre Editore, 2013, Milano, pp. 136, 137”... Il professionista non può in pratica farsi scudo dell’ambiguità della norma per interpretarla nel senso a sé piú favorevole...”

¹⁹⁹ TATO PLAZA, A., “*El nuevo Derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*”...op. cit., pp. 80 y ss., considera esencial la aplicación de la cláusula general de conformidad con los fines de la Directiva. De esta forma son contrarias a las exigencias de la buena fe aquellas prácticas comerciales que sean aptas para anular, obstaculizar o mermar la capacidad del consumidor de adoptar decisiones libres y autónomas.”

Como es sabido, el legislador español introduce el criterio de la buena fe (objetiva), por influencia helvética, como criterio valorativo de las conductas de mercado. Ahora bien, el criterio de la “buena fe objetiva” ha llevado a los Tribunales españoles a problemas de interpretación y definiéndose finalmente como la “confianza que legítimamente tiene todos los que participan en el mercado en que todos los que actúan en él tendrán una conducta correcta, tal como define el profesor BERCOVITZ.²⁰⁰

Asimismo, otro de los aspectos a tener en cuenta para determinar la preexistencia de la diligencia profesional, son las características de la actividad ejercitada; así, está el perfil de las diferentes actividades empresariales o profesionales, las llamadas figuras del agente modelo, es decir, en cada una de las diferentes actividades se desarrolla un modelo tipo que sirve como objeto de valoración. Igualmente el profesional tiene el poder de estar violando en su caso los cánones de concurrencia, experiencia, cuidado, atención y protección que deben de concurrir en el “agente modelo”²⁰¹.

Así, KÖLHER, cuando afirma que la deslealtad no tiene que ver ni con la “competencia” ni con el “cuidado”, sino que representa en su esencia un desprecio a los intereses dignos de tutela de los otros participantes en el mercado, está interpretando el término honradez como criterio delimitador, si se actúa acorde con los valores jurídicos fundamentales del momento, con los principios jurídicos del Derecho de la Unión Europea, de defensa de la competencia y de competencia desleal, es decir acorde con los principios y fundamentos jurídicos, sin que tenga por tanto que coincidir con la ética o moral del momento.²⁰²

En otra línea, la Propuesta de Directiva definía la diligencia profesional como “el grado de pericia y cuidados especiales ejercidos por un comerciante de conformidad con los requisitos de la práctica normal del mercado respecto a los consumidores en su ámbito de actividad en

²⁰⁰ DOMINGUEZ PEREZ, E. “*Competencia Desleal*, cit., pp. 177 y ss.

²⁰¹ L’ AUTORITY GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO (L’AGCM) ha afirmado la necesidad para el profesional de tener un standard informativo particularmente elevado, así debe de valorar y verificar la existencia al menos de un comportamiento adecuado del profesional.

²⁰² “Zur Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken“, GRUR 10/2005 pp. 793-888, p. 796.

el mercado interior.”, pero esta definición finalmente no se incluyó al ser duramente criticada por la doctrina.²⁰³

Igualmente, LIBERTINI²⁰⁴ señala que las normas de competencia, competencia y buena fe especifican el parámetro de la diligencia profesional en el marco de la valoración del esfuerzo diligente del empresario siguiendo las reglas típicas y objetivas. Desde otros planteamientos, CRISTOFARO, al contrario, indica que las referencias en las normas a la competencia y buena fe en el sector de la actividad del empresario sirven para explicar las reglas de la diligencia profesional, las cuales constituyen reglas generales de comportamiento correspondientes a un nivel de conocimiento especializado que ha de tener el profesional y observar frente al consumidor.

Por ello, la consideración de una práctica comercial agresiva, y por tanto desleal, precisa de la evaluación del comportamiento del agente comercial o empresario y, que por tanto se base en criterios objetivos, es decir, que como consecuencia de la alteración del comportamiento económico del consumidor motivado en el objeto de la práctica, distorsione su comportamiento económico. Por tanto, no es relevante la intención del empresario o profesional, sino que es esencial la objetivación de la práctica comercial y que produzca el efecto de distorsionar el comportamiento económico del consumidor y por ello contrario a la diligencia profesional. Así, el considerando (6) de la Directiva 2005/29/CE establece en esencia que rige el principio de proporcionalidad, por el cual para poder ser considerada como práctica comercial desleal, y en nuestro caso concreto, agresiva, debe ocasionarse una afectación significativa en el comportamiento económico del consumidor.²⁰⁵

²⁰³ GARCIA PEREZ, R. “*La propuesta de Directiva sobre las prácticas comerciales desleales. Consideraciones críticas*”. ADI, Tomo XXIV, 2003, pp. 1207-1224.

²⁰⁴ LIBERTINI, M., “*I principi delle correttezza professionale nella disciplina della concorrenza sleale, in Europa e diritto privato*”, 1999, pp. 533 y ss.

²⁰⁵ NEWMAN RODRÍGUEZ, S, “*Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales: la protección de los consumidores en Europa*”, *Dereito* Vol. 18, nº2, 2009, p. 51.

Por tanto, siguiendo el criterio mantenido en estas líneas, no se considerarán prácticas desleales agresivas aquellas prácticas publicitarias y de comercialización, como la publicidad indirecta (*product placement*) legítima²⁰⁶, la diferenciación de las marcas o la oferta de incentivos que pueden afectar legítimamente a la percepción que tienen los consumidores e influir en el comportamiento económico que no mermen su capacidad de tomar una decisión. Como es bien sabido, el *product placement* es una técnica de comunicación compleja y sofisticada de carácter mercantil, por la que un producto o una marca se incorpora en un contexto narrativo preconstituido (película en cine, televisión, video musical), incluso sin que mencione directamente los productos. Se produce una diferencia importante con la publicidad: en ésta el entorno en el que se realiza la publicidad, tiene una actitud pasiva del consumidor; el *product placement* produce una actitud del consumidor activa, necesita buscar mientras que en el consumidor atiende, o valore como tal, se percate de esa publicidad, es decir, no necesita buscar la atención del usuario.

Este tipo de técnicas está siendo utilizada por los proveedores y se está incrementando su uso debido a que, como dicen los especialistas en la materia, “la gente no mira la televisión para ver publicidad”, los consumidores han aprendido a ignorarla, y por el contrario, en este tipo de técnicas introducen sus elementos y mensajes con sutileza y de forma que sean fácilmente identificables y recordadas por los consumidores y usuarios. Ello sin perjuicio del control de lealtad que en su caso pueda merecer.

Por tanto, la diligencia profesional requiere dos elementos esenciales que han de concurrir conjuntamente y concurrentemente, para que se produzca la diligencia profesional: las prácticas honradas en el mercado, y el principio de buena fe en la actividad empresarial ejercitada por el empresario. La Directiva convierte a la diligencia profesional en una norma de conducta y, en particular, la norma que ordena la forma en que las empresas deben de configurar y ejecutar sus prácticas comerciales.²⁰⁷

²⁰⁶ TATO PLAZA, A., “*Product Placement y publicidad encubierta*”, 22 ADI (2001), p.586.

²⁰⁷ MASSAGUER FUENTES, J., “El nuevo derecho contra la competencia desleal, la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales” op. cit., p.59.

En este sentido, como se ha comentado, se trata de un requisito objetivo unido a la necesidad de que las prácticas sean honradas en el mercado y que concurra el principio de buena fe en el empresario. La Directiva impone, como es bien sabido, la adopción simultánea de uno y otro requisito. La jurisprudencia más antigua en numerosas sentencias, ha integrado las prácticas honestas y la buena fe en el antiguo artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal; en este sentido, el principio de diligencia profesional se fundamenta en dos conceptos abstractos, como son las prácticas honestas y la buena fe.

Así, la jurisprudencia se ha pronunciado sobre la materia en numerosos asuntos para dilucidar y completar los conceptos jurídicos indeterminados que asentó la Directiva comunitaria; en este sentido, SSTS 15 de abril de 1998(TOL 14.936) ,“Cadena Clarín “; 19 de abril de 2002, “Asersa Oviedo”; 9 de julio de 2002, “El Derecho Editores, S.A. c. Editorial Aranzadi, S.A”, sentencias en que las exigencias de la buena fe no significa que contravengan los buenos usos mercantiles; Santa Cruz de Tenerife 21 de marzo de 2005, “Centro de Informática Valle y Hardsoft Canarias, S.L, c. Trivalle, S.L. y otros”, la reciente STJUE de 7 de septiembre de 2016, asunto C-310/15 (Vicent Deroo-Blanquart/Sony Europe Limited de 7 de septiembre de 2016)²⁰⁸ .

²⁰⁸ “...En un segundo momento, procede examinar si una práctica comercial consistente en la venta de un ordenador equipado con programas preinstalados, sin que exista la posibilidad de que el consumidor se procure el mismo modelo de ordenador pero desprovisto de los programas preinstalados, distorsiona o puede distorsionar de manera sustancial, con respecto al producto de que se trate, el comportamiento económico del consumidor medio, es decir si, conforme al artículo 2, letra e), de la Directiva 2005/29, merma 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.

A este respecto, tal como se indicó en el apartado 35 de la presente sentencia, en la resolución de remisión consta que, antes de proceder a la compra, el consumidor fue debidamente informado de que el modelo de ordenador sobre el que versa el litigio principal no se comercializaba sin los programas preinstalados.

En cuanto a las aclaraciones que se facilitan al consumidor, procede señalar que tiene una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. En función, principalmente, de esa información el consumidor decide si desea quedar vinculado contractualmente adhiriéndose a las condiciones

En esta sentencia, el Tribunal de Distrito de Arneses, (Francia), plantea la cuestión prejudicial en relación a la venta de ordenadores personales con programas y aplicaciones preinstalados, y sentencia el Tribunal que no se trata de una práctica desleal contra los consumidores, motivado en que no supone un incumplimiento del artículo 5 de la Directiva 2005/29, al ofrecer en una sola oferta varios paquetes conjuntos ya que no es contrario a las exigencias de la diligencia profesional, y se adapta a las prácticas honestas del mercado y al principio de buena fe y que no distorsiona o puede distorsionar de manera sustancial el comportamiento económico del consumidor medio.²⁰⁹ En esta sentencia el Tribunal de Justicia Europeo entiende que el consumidor está suficientemente informado, y además se le da la opción de resolver el contrato con la devolución íntegra del importe de la compra realizada, atendiendo a un consumidor medio razonablemente atento y perspicaz. Este mismo planteamiento jurisprudencial se había mantenido en asuntos anteriores, como la sentencia de 23 de abril de 2009, VTB-VAB y Galatea, C-261/07 y C-299/07.

6.3.2 Las prácticas honestas del mercado.

Las prácticas honestas del mercado son, como se ha indicado, uno de los requisitos esenciales de la configuración del concepto de diligencia profesional que ha de tener el empresario para

redactadas de antemano por el profesional (sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU: C: 2014:282, apartado 70).

De este modo, en el marco del examen del segundo requisito previsto en el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2005/29, incumbe al tribunal nacional determinar si, en circunstancias como las que concurren en el litigio principal —a saber, cuando, antes de proceder a la compra, el consumidor fue debidamente informado de que el modelo de ordenador objeto de la venta no se comercializaba sin los programas preinstalados y de que, por ello, era libre de elegir otro modelo de ordenador de otra marca, dotado de características técnicas comparables y vendido sin programas o con otros programas incorporados—, se ha visto mermada de manera apreciable la capacidad de ese consumidor de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa...”

²⁰⁹ RALUCA SEROIE, I, “Comentario a la STJUE de 7 de septiembre de 2016, asunto C-310/15”, Revista Cesco de Derecho de Consumo número 19/2016, pp. 236-239.

que la puesta en el mercado de sus productos o servicios no constituyen actos de competencia desleal. Pero, como es bien sabido, la Directiva no definió el concepto de “prácticas honestas del mercado”, y por ello fue necesario acudir a los usos honestos en materia comercial e industrial del artículo 10 bis del Convenio de la Unión de París²¹⁰. Ahora bien, al tratarse de una norma dirigida a la mayor protección de los consumidores y usuarios, no será suficiente la sola decisión por parte de los empresarios de que sus actos son prácticas honorables y decorosas, sino que habrá de valorarse en un concepto global que proteja los intereses de los consumidores y usuarios.

6.3.3 El principio de buena fe en el ámbito de las prácticas comerciales agresivas en torno a la diligencia profesional del empresario.

Como es bien sabido, el artículo 38 de la CE regula el derecho a la libertad de empresa y el artículo 4 de la LCD contiene una matización a este derecho, ya que regula la conducta del

²¹⁰ Artículo 10 bis del Convenio de la Unión de París:

“1) Los países de la Unión están obligados a asegurar a los nacionales de los países de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal.

2) Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial.

3) En particular deberán prohibirse:

i) cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;

ii) las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;

iii) las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.”

empresario en el ejercicio de su actividad comercial en el libre ejercicio de la libertad de la empresa en el marco de la economía de mercado.

El principio de buena fe como principio propio del Derecho Civil, trae a la materia de competencia desleal la objetividad necesaria para que la represión de las prácticas comerciales que deban ser sancionadas por su alteración del comportamiento económico del consumidor, se haga conforme a unas normas de conducta que operen para los operadores profesionales del mercado del sector correspondiente. Por ello, es esencial objetivizar las normas de conducta a las que deberá atenerse los empresarios en el marco del principio de licitud al que hemos hecho referencia anteriormente.

El principio de buena fe impone a las empresas el deber de observar las exigencias del principio de competencia por eficiencia o mérito (*leistunswettbewerbprinzip*)²¹¹ en las prácticas comerciales realizadas en sus relaciones con los consumidores²¹².

Por tanto, el origen de la actuación desleal por parte del empresario o profesional puede ocasionarse en una situación jurídica diferente dependiendo si se ha perfeccionado o no la relación contractual; así, para determinar su régimen jurídico podemos diferenciar los actos comerciales dependiendo de la fase de la relación comercial entre el consumidor y el usuario en la que se haya generado, y que por tanto puede afectar al comportamiento económico tanto en la fase precontractual, en la propia fase contractual, así como en la fase post contractual, es decir en la fase posterior a la perfección y formalización de la relación contractual.

Así, la doctrina mayoritaria ha considerado la diligencia profesional como un conjunto de normas de costumbre comerciales éticamente identificadas, no puros principios de ética²¹³;

²¹¹ Principio de “competencia de las prestaciones” acuñado por H.C.Nipperdey, H.C.

²¹² MASSAGUER FUENTES, J, “El nuevo derecho contra la competencia desleal, la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales”, op.cit. pp. 89 y ss.

²¹³ AULETTA, G. “Concorrenza in Comentario al código civile, a cura di Scialoja e Branca, Libro V, Del Lavoro, Bologna-Roma, 1973”, p. 174 ss., con riferimento alla morale comune.

por lo tanto se trata de reglas aceptadas y seguidas por una categoría de empresarios que de modo leal conducen un negocio u oferta comercial²¹⁴. Por el contrario, la jurisprudencia ha considerado a la diligencia profesional como un conjunto de principios de ética afirmando que la cláusula general lleva a un principio ético universalmente seguido por los empresarios y por tanto se ha constituido en costumbre; posteriormente en una revisión crítica de la orientación dominante, se ha individualizado el fundamento de la diligencia profesional en la regla del comportamiento coherente al sistema económico o recordando que en el “raporto” concurrencial entre dos operadores económicos, el juez debe obrar valorando comparativamente los intereses en juego.²¹⁵, afirmando además que el principio de la diligencia profesional está inevitablemente condicionado a la utilidad social, con especial interés en el consumidor.

En otros términos, la doctrina más reciente ha precisado que la diligencia profesional constituye la típica cláusula general que el juez debe concretar haciendo referencia a los principios generales del ordenamiento en relación a la actividad comercial y el funcionamiento del mercado.²¹⁶

La actuación o el comportamiento del empresario alejado de las prácticas honestas y de la buena fe llevarán a la comisión de una infracción de la norma de competencia desleal, generaran algún tipo de actos contrarios a los intereses de los consumidores y usuarios. En nuestro caso, la comisión de prácticas comerciales agresivas y contrarias por ello al principio de licitud, tanto sí se trata de alguno de los supuestos de la llamada lista negra de la Directiva, o bien de aquellos supuestos en los que las prácticas comerciales desleales dejan al margen un código deontológico de buena conducta. (Así, se puede citar, a modo de ejemplo, el Código de Autorregulación de la Publicidad de Alimentos dirigida a menores, prevención de la obesidad y la salud; el Código de Autorregulación de Buenas Prácticas de la Industria

²¹⁴ ASCARELLI, T., “*Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*”, Milano, 1960, pp. 207 ss.

²¹⁵ JAEGER, “*Valutazione comparativa di interessi e concorrenza sleale*”, in Riv. Dir. Ind., 1970, I, p. 97.

²¹⁶ LIBERTINI, M., “*Lezioni di diritto industriale*”, Catania, 1979; ID. Commentario al Cod. Civ., a cura di Cendon, p. 1568.

Farmacéuticas o el Código de Publicidad de alimentos dirigida a niños, en aquellos anuncios en que el producto que se anuncia, promete y garantiza resultados milagrosos. Todos estos supuestos son manifestaciones de infracciones en materia de autorregulación de Códigos de Buenas Prácticas.

En este sentido, destacan la Resolución de Autocontrol de 15 de junio de 2017 de la sección segunda del Jurado de Autocontrol en la que se estima la reclamación presentada por la Asociación de Usuarios de la Comunicación, contra una publicidad de la que es responsable la empresa Osmostar Soriano, S.L.²¹⁷; en la misma línea, el Dictamen de 15 de junio de 2017 de la Sección Segunda del Jurado, por el que expresa su parecer sobre la corrección deontológica de una publicidad de la que es responsable la mercantil Bioibérica S.A.U.²¹⁸, asuntos en los que se trata finalmente de la lealtad en el ejercicio de una actividad comercial honesta y veraz con lo suministrado a los consumidores y usuarios.

En el caso que nos ocupa, la comisión de una práctica comercial agresiva, ya sea por coacción, acoso o falta de diligencia debida, exige en la actuación del comerciante una falta de diligencia profesional en la que concurre la no existencia de prácticas honestas en el

²¹⁷ La Sección concluyó que la publicidad analizada infringía la norma 2 del Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL (principio de legalidad) en relación con el Reglamento (CE) Nº 1924/2006, relativo a las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos y el Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria. Así, el fundamento deontológico 9 señala que “Una vez más, las conclusiones obtenidas no pueden ver se alteradas por las afirmaciones del anunciante en punto a la eventual veracidad y fundamento científico de sus alegaciones. Como puede comprobarse por su tenor literal, el artículo 4 del Real Decreto 1907/1996 establece prohibiciones objetivas que operan al margen de la eventual veracidad o fundamento científico de las correspondientes alegaciones. De suerte que si un producto no ostenta la categoría legal de medicamento o producto sanitario, no pueden atribuírsele en la publicidad propiedades preventivas o terapéuticas con independencia del eventual fundamento de las correspondientes alegaciones.”

²¹⁸ La sección concluyó que la publicidad analizada infringiría la norma 2 del Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL (principio de legalidad) en relación con el Reglamento (CE) nº 1924/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, relativo a las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos y el Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria.

mercado o falta de buena fe, pero es probable que se produzca una intencionalidad en alterar el comportamiento del consumidor, ya que de otro modo no hubiera sido posible acosar, coaccionar o faltar a la diligencia debida en el empresario.

En esta línea, las nuevas técnicas utilizadas en las diferentes fases del proceso de compra, y especialmente en la fase precontractual (es decir, en la fase de publicidad y de promoción del producto o servicio), se utilizan cada vez más técnicas complejas para las que el consumidor deberá ser algo más que un consumidor medio suficientemente informado atento y perspicaz. Ya se ha traspasado la era de la simple ubicación de los productos, por ejemplo, en diferentes estantes “de más caro a más barato”, o “el producto medio más accesible para el consumidor”, o *merchandising* de los productos en un supermercado, sino que por el contrario, la tendencia generalizada hacia las técnicas complejas en las que se emplean métodos tan avanzadas como el llamado *neuromarketing*.

El Dr. Hans Georg Hausel, precursor del Neuromarketing, destaca “*la importancia de que una marca se encuentre adecuadamente posicionada, tanto emocional como motivacionalmente*”.²¹⁹ P. Drucker, visionario del Neuromarketing en sus etapas iniciales señaló que “el objetivo principal del Neuromarketing es el de decodificar los procesos que se forman en la mente del consumidor, para descubrir sus deseos, ambiciones y causas ocultas en sus opciones de compra, de tal manera, que podamos entregarles lo que ellos necesitan”.²²⁰

En esta nueva técnica publicitaria se utilizan diferentes técnicas como resonancia magnética funcional, encefalografía, magneto encefalografía y tomografía. La técnica más utilizada, a pesar de ser la más costosa, es la de la resonancia magnética funcional, toda vez que realiza un estudio minucioso y llega a las partes más internas del cerebro. Es tan popular y eficiente

²¹⁹ Esto quiere decir que las marcas que llegan al cerebro del consumidor activan estructuras motivacionales de suma importancia en el cerebro. Sin embargo, indica el Dr. Hausel que es necesario conocer qué sistemas emocionales se activan, si el de dominación, el de estimulación o el del equilibrio.

²²⁰ Drucker, P. (1994). “*The Theory of the Business. Harvard Business Review*”. Recuperado de <http://druckersociety.at/repository/scientific/Daly.pdf>.

esta técnica que varias empresas, entre ellas la británica “*Neurosense*”, la utilizan en sus estudios de marketing para el estudio y el análisis de cómo piensa el consumidor y así generar un vínculo entre marca y cliente, es decir, fidelizar.

Pues bien, una de las áreas de trabajo del neuromarketing es la investigación del comportamiento del consumidor, el estudio de los procesos mentales participantes en los comportamientos del consumidor en los diferentes contextos que conciernen al marketing. Las operaciones fisiológicas de la mente derivan de un conjunto estructural funcional que involucra el cerebro, como órgano, y la mente, la emoción o la cognición, como funciones. Los fenómenos mentales sólo pueden comprenderse en el contexto de la interacción de un organismo con su ambiente. El estudio del comportamiento que los consumidores muestran al buscar, al comprar, al evaluar y por supuesto al desechar los productos y servicios que consideran satisfará o no satisfarán sus necesidades y se enfoca en la forma en que los individuos toman decisiones para gastar sus recursos disponibles (tiempo, dinero y esfuerzo) en artículos relacionados con el consumo.²²¹

Asimismo, citar la Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 08.04.2014, Caso El Derecho Editores *en el que es especialmente relevante porque en ella se consolida la aplicación del criterio «ex re ipsa» también en el ámbito de la competencia desleal. No obstante, la decisión no está carente de razonamiento y medida ponderación de los fines perseguidos por la LCD que no son otros que la preservación de la competencia entre los intervinientes en el mercado. Especial hincapié debe hacerse en el hecho de que la doctrina «ex re ipsa» no exonera al demandante de la prueba de las circunstancias consideradas desleales y de su extraordinaria naturaleza que llevan a concluir la existencia del daño aunque no se pruebe exactamente la medida del mismo o el nexo causal que de la acción lleva al resultado.*

Para la Sala Primera del Tribunal Supremo, sin embargo, el motivo no tiene fundamento y lo desestima. La sentencia recurrida sí entendió que los actos llevados a cabo por los

²²¹ DE ANDREIS A, “*Neuromarketing: Una mirada a la mente del consumidor*” Revista Ad-Gnosis Vol1 N 1, pp. 51-57, Coruniamericana Barranquilla-Medellín, Colombia, Enero-Diciembre 2012.

trabajadores de la entidad demandada tenían una finalidad concurrencial encuadrable en el art. 5 LCD (actualmente, art. 4.1) al no poder ser subsumida en ninguno de los otros tipos de deslealtad previstos en la Ley. Los actos denunciados (esencialmente, como antes dijimos, el boicoteo de las cuentas de cientos de clientes de la entidad demandante y su cierre forzado «a distancia» usando las claves que los trabajadores tenían aún en su poder de cuando prestaban servicios para la demandante, competidora, no se olvide, de la demandada) eran objetivamente idóneos para afectar a la posición competitiva de la entidad demandante. Aunque, eventualmente, no hubieran conseguido su objetivo de desestabilizar la capacidad de mercado de la demandante, y aunque no hubieran captado nuevos clientes, lo cierto es que, a tenor de la sentencia recurrida, los referidos actos se mostraban objetivamente idóneos para afectar a las relaciones de mercado entre EDE y WKE.

Este razonamiento es hecho suyo por la sentencia del Tribunal Supremo comentada que admite así la aplicación del criterio de la «distorsión de la decisión del consumidor» como patrón examinador de la conducta tachada de desleal. Poco importaba que el cambio legislativo no hubiera tenido lugar en el momento de ocurrir los hechos denunciados, puesto que ya el Tribunal Supremo, en su sentencia de 22.11.2010, había admitido que para calificar un acto de desleal bastaba con que la conducta tuviera una aptitud objetiva para incidir «real o potencialmente en el tráfico económico», con el fin de producir, aunque no se consiguiese dicho propósito, la distorsión de la decisión de consumo. No se trataba, pues, de una aplicación retroactiva de la nueva Ley a un hecho que no tuvo lugar bajo su vigencia, sino de la aplicación de un criterio interpretativo jurisprudencial que ya en ese momento estaba plenamente admitido por la Jurisprudencia y que la modificación legal no hizo sino confirmar.²²²

²²² Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo 170/2014, de 8 de abril de la Sala Primera (ROJ: STS 1762/2014) el caso de “Derecho Editores”. www.elderecho.com, señala “la sentencia del Tribunal Supremo comentada que admite así la aplicación del criterio de la «distorsión de la decisión del consumidor» como patrón examinador de la conducta tachada de desleal. Poco importaba que el cambio legislativo no hubiera tenido lugar en el momento de ocurrir los hechos denunciados, puesto que ya el Tribunal Supremo, en su sentencia de 22.11.2010, había admitido que para calificar un acto de desleal bastaba con que la conducta tuviera una aptitud objetiva para incidir «real o potencialmente en el tráfico económico», con el fin de producir,

Asimismo, la Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (en adelante AGCM) que ha trabajado de manera intensa en esta materia de prácticas agresivas, aporta al concepto de diligencia profesional un standard de diligencia “*rafforzato*”, es decir consolidado, haciendo una especial referencia al mercado liberalizado de compra de energía eléctrica y de gas, en esta línea y en torno a esta materia señala que además de requerir para la diligencia profesional, el grado de competencia que ha de tener el profesional o empresario en torno a los principios de buena fe y de honradez, impone un standard mínimo de diligencia reforzado respecto al resto de los ámbitos cuando se refiere al mercado de la energía eléctrica y gas dada las constantes comisiones de actos constitutivos de prácticas agresivas cometidos por las empresas de este sector cuando se trata de conseguir que el consumidor suscriba el contrato. En concreto en este mercado el consumidor tiene la facultad de elegir entre varios operadores económicos sobre la base de la elección de unos cálculos de conveniencia económicos sustentados en variables económicas y técnicas que para el consumidor son difíciles de comprender.

Por tanto, la sola vulneración de uno de sus requisitos ya sea las prácticas honestas del mercado ya sea el principio de buena fe puede conllevar a que contravenga la prohibición general del artículo 5.1 de la Directiva.

En este sentido, la jurisprudencia también ha precisado las relaciones entre la cláusula general y los tipos especiales; así, la cláusula general es independiente a los tipos especiales. La conculcación de estos no supone automáticamente la vulneración del artículo 4 puesto que sí la conducta es desleal conforme al tipo, no debe aplicarse la cláusula general. Por tanto, la cláusula general se aplica para lograr la efectiva represión de la siempre cambiante fenomenología de la competencia desleal (Preámbulo), es decir, en los casos en que el comportamiento no se encuentre específicamente tipificado en los artículos del 6 al 17 de la LCD. Por ello, en nuestro caso concreto del estudio de las prácticas comerciales agresivas

aunque no se consiguiese dicho propósito, la distorsión de la decisión de consumo. No se trataba, pues, de una aplicación retroactiva de la nueva Ley a un hecho que no tuvo lugar bajo su vigencia, sino de la aplicación de un criterio interpretativo jurisprudencial que ya en ese momento estaba plenamente admitido por la Jurisprudencia y que la modificación legal no hizo sino confirmar.”

deberán estar tipificadas como tal en el artículo 8 de la LCD y los correspondientes contra los actos de prácticas comerciales agresivas por coacción, acoso o influencia indebida.

En esta misma línea, siguiendo a la mejor doctrina y jurisprudencia el artículo 4 de la LCD ha identificado los rasgos distintivos de un acto de competencia desleal como ilícito objetivo, de peligro y de naturaleza extracontractual. Respecto a la objetividad igualmente se entiende por la mejor doctrina y jurisprudencia como el modelo de conducta socialmente aceptable y exigible.

Asimismo, también es considerado por la jurisprudencia acorde a la buena fe y a la diligencia profesional del empresario la captación de la clientela por un ex trabajador, administrador o socio de una empresa, así cabe citar la Sentencia de 3 de julio de 2008 , que *"la clientela supone para las empresas un importante valor económico, pero nadie puede invocar ningún título respecto de la misma, ni pretender una efectiva fidelización, por lo que nada obsta a su captación por otras empresas cuando ello tiene lugar de modo normal o por medios lícitos"*, la Sentencia de 8 de junio de 2009 , núm. 383, que, *"si bien la clientela supone un importantísimo valor económico, aunque intangible, no existe un derecho de empresario a la misma, por lo que cualquier otro agente u operador en el mercado puede utilizar todos los mecanismos de esfuerzo y eficiencia para arrebatar la clientela al competidor. Y ello tiene pleno apoyo constitucional (art. 35 y 38 CE) en la libre iniciativa económica y libertad de empresa, que caracterizan el sistema de economía de mercado"*, en la misma línea la STS del 16 de diciembre de 2011²²³

²²³ STS 822/2011 de 16 de diciembre (ROJ: STS 8836/2011) FJ6 "La temática de que se trata exige que la consideración general de la buena fe objetiva como acomodación al "imperativo ético que la conciencia social exige" deba ponerse en relación (e incluso subordinarse) con el principio de protección que los derechos constitucionales de libertad de empresa (art. 38 CE) y de derecho al trabajo (art. 35 CE) exigen (SS. 24 de noviembre de 2006, 14 de marzo de 2007).

En sintonía con dicha doctrina la jurisprudencia tiene declarado que los hechos consistentes en la mera contratación de trabajadores o de personas que realizan funciones técnicas o directivas en una empresa por otra de semejante actividad para desarrollar la misma o similar función, o el abandono por un trabajador o grupo de ellos de una empresa para constituir o integrarse en otra del mismo tráfico económico, no es suficiente para

Por el contrario, la ilegalidad o ilicitud se ha apreciado por los Tribunales cuando la captación se produjo con anterioridad a la extinción del vínculo laboral. En tal sentido cabe citar las Sentencias del TS STS 348/2002, de 19 de abril de 2002, (ROJ: STS 2776/2002), STS 705/2006, de 3 de julio de 2006, (ROJ: STS 5283/2006), STS 1169/2006, de 24 de noviembre de 2006, (ROJ: STS 7599/2006), STS 628/2008, de 3 de julio de 2008, (ROJ: STS 3958/2008), STS 383/2009, de 8 de junio de 2009, (ROJ: STS 3877/2009), STS 408/2009, de 16 de junio de 2009, (ROJ: STS 3632/2009). STS 256/2010, de 1 de junio de 2010 (ROJ: STS 3278/2010).

7 Presupuestos de las prácticas agresivas.

Una vez delimitado la noción y el ámbito subjetivo de las prácticas agresivas, la deslealtad de las prácticas agresivas requerirá la concurrencia de dos presupuestos, siguiendo el artículo 8 de la LCD:²²⁴

- 1) Que la una conducta pueda ser calificada como acoso, coacción o influencia indebida.
- 2) Y además que, la conducta afecte o pueda afectar a su comportamiento económico.

apreciar la existencia del ilícito competencial del art. 5º LCD, ni siquiera cuando se aprovecha la experiencia personal y profesional adquirida por la dedicación a igual actividad industrial o comercial. Prevalecen en tales casos la libertad de trabajo y libre iniciativa y de desarrollo de la actividad económica.

²²⁴ El artículo 8 de la LCD indica que “se considerará 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. “

Respecto al comportamiento económico del consumidor, la Ley de Competencia Desleal determina que para que se produzca la deslealtad de un acto empresarial que pueda afectar al consumidor deberá repercutir en la esfera del ámbito de sus intereses económicos.²²⁵

7.1 Planteamiento del comportamiento del consumidor.

Como es bien sabido, el estudio del comportamiento del consumidor se ha convertido en una tarea esencial en las relaciones comerciales. Se convirtió en una disciplina autónoma e independiente en los años sesenta; así, ALONSO RIVAS ²²⁶ ha definido al comportamiento del consumidor como el análisis del conjunto de actos de los individuos que se relacionan directamente con la obtención, uso y consumo de bienes y servicios.

Los años sesenta proporcionan un cambio a esta cuestión ya que se inicia una transformación importante en el papel del consumidor, en las relaciones comerciales de una economía de mercado que coincide cronológicamente con el discurso del Presidente norteamericano JFK el 15 de marzo de 1962, el que supuso un gran avance en la política de protección de los

²²⁵ PS10147 ULTRACOMM TELESELLING INGANNEVOLE Provvedimento n. 2614 L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO NELLA SUA ADUNANZA "...teselling è uno strumento particolarmente invasivo della vita privata, che sottopone il soggetto contattato, virtuale fruitore dei servizi offerti, ad una sollecitazione non richiesta sia rispetto al contenuto che al momento in cui essa avviene. Tale tecnica di approccio, creando un rapporto fondato su quanto comunicato dal professionista, è suscettibile di ingenerare una ragionevole fiducia nell'interlocutore, rendendo in tal modo possibile l'omissione di informazioni ovvero la fornitura di formazioni fuorvianti o non corrispondenti al vero.. e encluye..” Da quanto sopra considerato discende che i Professionisti hanno posto in essere una pratica commerciale aggressiva a danno degli utenti: Ultracall e Ultracomm hanno, infatti, considerato conclusi i contratti di fornitura di servizi di telefonia CPS senza acquisire il consenso consapevole all'attivazione dei medesimi da parte dei consumatori e miroimprese contattati attraverso gli operatori di call center ed esigendo un pagamento per servizi non consapevolmente richiesti dagli utenti in violazione dell'art. 26, comma 1, lettera f)...”, bolettino settimanale, anno XXVI, n.29, pag. 32-50 pubblicato sul sito www.agcm.it, 19 de agosto de 2016.

²²⁶ ALONSO RIVAS, J, “*El comportamiento del consumidor: un planteamiento general, Estudios de Consumo*”, nº 23, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid. 1993, pp. 12-19.

consumidores a nivel mundial; así, el Presidente de los EEUU lanzó al pueblo norteamericano la importancia del papel del consumidor en una economía de mercado:

“Consumidores, por definición, somos todos. Son el grupo mayoritario de la economía, afectando y siendo afectados por la práctica totalidad de las decisiones económicas públicas y privadas. Dos tercios del gasto (alonso rivas 2013) total en la economía provienen de los consumidores. Pero son el único grupo importante en la economía que no están organizados eficazmente, cuya opinión es a menudo ignorada... La comercialización es cada vez más impersonal. La decisión del consumidor se ve influenciada por la publicidad masiva que utiliza mecanismos de persuasión altamente desarrollados. Normalmente el consumidor no puede saber si la elaboración de las medicinas reúne los estándares mínimos de seguridad, calidad y eficacia...

...Necesitamos acción legislativa y administrativa adicional, no obstante, si el Gobierno Federal tiene que hacer frente a su responsabilidad de cara a los consumidores en el ejercicio de sus derechos. Éstos incluyen: 1) El derecho a la seguridad, a ser protegidos contra la comercialización de productos que sean peligrosos para la salud o la vida. 2) El derecho a la información, a ser protegidos contra la información, publicidad, etiquetado, o cualesquiera otras prácticas fraudulentas, engañosas o básicamente confusas, y a que le sean suministrados todos los hechos que necesita para tomar una decisión basada en la información. 3) El derecho a elegir, a que se le asegure, siempre que sea posible, el acceso a una variedad de productos y servicios a precios competitivos; y en aquellos sectores en los que la competencia no es operativa y la regulación gubernamental es reemplazada, la seguridad de una calidad y servicio satisfactorio a los mejores precios. 4) El derecho a ser oídos, a tener la seguridad de que los intereses de los consumidores serán tenidos de total y comprensivamente en consideración la elaboración de las políticas del Gobierno, y a un tratamiento adecuado y ágil en los tribunales administrativos. Para promover el mayor cumplimiento de estos derechos de los consumidores, es necesario que los programas vigentes del Gobierno sean reforzados, una mejora en la organización gubernamental, y, en determinadas áreas, que se implemente nueva legislación.”

En estos años, en la disciplina de estudio del comportamiento del consumidor aparecen teorías tan esenciales entre las que pueden destacarse las de Howard (1963) y Kuehn (1962) relacionadas con el aprendizaje, la de Kassarian (1965) sobre la personalidad, la de Bauer (1960) relacionada con el riesgo percibido, la de Green (1969) acerca del fenómeno y procesos perceptivos, la de Day (1969) en torno a los grupos referenciales, o la de Wells (1966) acuñando el concepto de estilo de vida.

Entre los diferentes modelos que estudian el comportamiento del consumidor y de forma muy resumida, destacaremos el modelo global, que engloba cuatro áreas o partes bien definidas: el campo psicológico individual, el procesamiento de la información, el proceso de decisión y el proceso de compra. Concluido, las diferentes fases, se alcanza la decisión de compra y por tanto se ejecuta el acto de la compra, y en este instante se efectúa por parte del consumidor la selección del producto o elección del servicio y procede a tomar la decisión de adquirir el producto o contratar la prestación del servicio, instante en el que se produce la alteración o variación en el comportamiento económico del consumidor.

Por tanto, para que esta variación del comportamiento del consumidor en su aspecto económico sea desleal deben confluír diferentes circunstancias que se irán analizando progresivamente a lo largo de este trabajo.

7.2 Definición del comportamiento económico del consumidor.

El concepto del comportamiento económico se recoge en el artículo 4.1 de la LCD, en su párrafo tercero, en el que lo define como toda decisión por la que el consumidor opta por actuar o abstenerse de hacerlo en relación con a) la selección de una oferta u oferente; b) la contratación de un bien o servicio, así como, en su caso, de qué manera y en qué condiciones contratarlo; c) el pago del precio, total o parcial, o cualquier otra forma de pago; d) la conservación de un bien o servicio; e) el ejercicio de los derechos contractuales en relación con los bienes y servicios.”. Dicho artículo debe de interpretarse en conexión con el artículo 2.3 LCD, a cuyo tenor se extiende su ámbito de aplicación a los actos que se realicen “antes,

durante o después de una operación comercial o contrato”. Las cinco decisiones se ocasionan a lo largo de las diferentes fases o relaciones entre el empresario y el consumidor.

Por tanto, siguiendo al profesor TATO PLAZA²²⁷ se condiciona su ámbito de aplicación al concurso de dos presupuestos diversos: en primer lugar, la práctica examinada debe ser objetivamente contraria a las exigencias de la buena fe; y en segundo lugar, la práctica examinada ha de ser apta para distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio. Se exige, en definitiva, que la conducta examinada sea contraria a las exigencias de la buena fe y pueda provocar un cambio o una modificación en la conducta del consumidor.

A estos efectos, y siguiendo a MASSAGUER FUENTES²²⁸, este comportamiento económico supone la adopción de decisiones sobre las transacciones comerciales y, que la Directiva ha querido extender el control de las prácticas comerciales a todas las fases de la relación contractual entre el empresario y el consumidor y, en concreto, en la adquisición o compra de un producto o contratación de un servicio.

Pues bien, la alteración o distorsión del comportamiento económico de una práctica comercial desleal y en nuestro caso, práctica comercial agresiva, también se conceptúa dentro de este concepto a las prácticas comerciales previas a la fase de la adquisición del producto o contratación del servicio por el consumidor, es decir, en la fase precontractual en la que el consumidor está informándose, está tomando contacto con determinados productos o servicios, está adquiriendo una serie de “preferencias en su selección”. Es decir, el acto de la comunicación comercial, tal como señala el artículo 2 d) de la Directiva 25/2009/CE, como indica también MASAGUER FUENTES²²⁹ supone que “ *la promoción no sólo no tiene siempre por objeto la conclusión de una transacción sino que, de hecho, con frecuencia*

²²⁷ TATO PLAZA, A, “*La reforma de la Ley de Competencia Desleal*”, op.cit, 81 y ss

²²⁸ MASSAGUER FUENTES, J., “*El nuevo Derecho contra la competencia desleal: La Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*”, op.cit., pp. 80 y ss.

²²⁹ MASSAGUER FUENTES, J, “*El Nuevo Derecho contra la competencia desleal...*” op.cit., pp.84-88.

únicamente persigue la mejora de la imagen o la simple invitación a la toma de contacto con el oferente y en tal sentido, se revela adecuada para modificar la conducta de mercado de los consumidores en aspectos no inmediatamente relacionados con la propia decisión de compra, de sus condiciones o de la conservación de un producto o del ejercicio de un derecho”.

La distorsión del comportamiento económico define la Directiva 2005/29, en su artículo 2 e) *“distorsionar de manera sustancial el comportamiento económico de los consumidores»: utilizar una práctica comercial para mermar de manera apreciable la capacidad del consumidor de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa haciendo así que éste tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado”.*

Esta distorsión supone la deformación, el desequilibrio en la racionalidad que debería regir el principio de autonomía de voluntad, admitiendo un cambio en el discernimiento por el que el consumidor optaría en el ámbito de su libertad de elección de decidir y de escoger, en el entorno de sus preferencias, la adquisición de bienes y servicios.

En este sentido, y en la fase de toma de decisiones de un consumidor, intervienen muy especialmente cuatro factores psicológicos (motivación, percepción, creencias, y actitudes), culturales, sociales y personales. Ahora bien, la alteración o distorsión del comportamiento del consumidor supone la disminución de su capacidad volitiva y, por tanto, un cambio en la decisión de mercado de los consumidores.

7.3 Especial referencia a las contribuciones de la *Law and Behavioral Science*.

Los modelos de comportamiento económico de los consumidores y usuarios según los estudios realizados en los últimos diez años parecen reflejar que las decisiones de los consumidores no son tan racionales como parecían en un primer momento²³⁰.

Así, la irracionalidad está más cerca de la toma de decisiones de los consumidores de lo que se creía en un primer momento. Por ello, el planteamiento de que uno de los pilares esenciales en la protección de los consumidores es la información y la formación aparecen en entredicho.

La Ciencia del Derecho y de Comportamiento (*Law and Behavioral Science*) aportó una visión distinta a la que se tenía hasta ese momento y que motivo la esencia de la política de protección de los consumidores. Esta rama del conocimiento expone que el comportamiento económico del consumidor no siempre se modifica o altera por razones de racionalidad a las que haya podido llegar porque se ajuste a sus necesidades y preferencias racionales, sino que, por el contrario, la toma de decisiones del consumidor derivan de malas decisiones, de irracionalidades y de influencias sociales, culturales o religiosas que no necesariamente se ajustan a la racionalidad.²³¹

8 Requisitos de las prácticas agresivas.

El artículo 9 de la Ley de Competencia Desleal establece en su apartado segundo los requisitos para determinar si una conducta constituye un supuesto de acoso, coacción o influencia indebida, para cuya valoración 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.

²³⁰ JOLLS, C., SUNSTEIN, C., Y THALER, R., “*A Behavioral approach to law and economic*”, Stanford Law Review, 1998, vol.50, pp. 1471 y ss.

²³¹ KOROBKIN, R and ULEN, T; “*Law and Behavioral Sciences: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*”; California Law Review, 2000, pp. 1051 y ss.

- 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.²³²

²³² 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, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) no 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales») (Texto pertinente a efectos del EEE, el artículo 9 establece que 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 de cambiar de producto o de comerciante.
- e) la amenaza de ejercer cualquier acción que, legalmente, no pueda ejercerse.

9 El consumidor y las fases de la relación contractual en la que pueden producirse las prácticas agresivas.

El ámbito temporal de la práctica comercial se regula en el artículo 3 de la Directiva ,“antes, durante o después de una operación comercial relativa a un producto”²³³, y en el mismo sentido lo dispone el artículo 2 de nuestra Ley de competencia desleal.

Las prácticas anteriores o realizadas en el momento del contrato tienen como finalidad última la formalización del contrato y por tanto que el consumidor adquiera el bien o servicio, pero las prácticas realizadas con posterioridad a estas fases del contrato, tendrán como punto de mira la conclusión del contrato, consecuentemente a la operación comercial efectuada.

9.1 Fase precontractual.

Así, en esta primera fase precontractual, las relaciones comerciales se encuentran en un primer período de tratos preliminares. En este proceso de tratos previos a la formalización del contrato, las dos partes comienzan a negociar, a mediar la futura relación contractual, ya sea con la adquisición de un producto o la prestación de un servicio.

Por tanto, en la fase previa a la formalización de un contrato, se ocasiona una situación psicológica y económica al consumidor que susceptiblemente le induce a una decisión comercial que no habría llevado a cabo si no hubiera sido entre otros motivos por la selección “inducida “que lleva a efecto el contratante/consumidor con un concreto y específico comerciante frente a otro competidor. El consumidor parte de unas necesidades esenciales que le llevan a la decisión de elegir, de querer adquirir un producto o contratar un servicio pero la opción por uno u otro comerciante dependerá de la oferta y/o ventajas que le ofrezca uno u otro empresario, fabricante o proveedor en su caso.

²³³ BARGELLI, E., “*La nuova disciplina delle pratiche commerciali: ámbito de applicazione*”, in *Pratiche commerciali scorrette e Codice del Consumo* a cura di DE CRISTOFARO, Giovanni, Biblioteca di Diritto Privato, Torino, 2008, pp. 103 y ss.

Ahora bien, el empresario y el consumidor no se encuentran en una situación de igualdad, ya que una de las partes, el empresario, tiene mayor información que la otra parte contratante, respecto de ciertas cuestiones esenciales en el momento de la contratación como el objeto del contrato, prescripciones técnicas, condiciones económicas..., etc. Esta situación de desigualdad se ha acentuado estos últimos años con el avance de las nuevas formas de contratación a distancia derivadas en la mayor parte por las nuevas vías de contratación electrónica. En esta novedosa fórmula de contratación, las relaciones precontractuales son claramente referenciadas a contratos en masa donde la relaciones entre el oferente y el adherente son a distancia, y donde el consumidor sólo acepta o rechaza las condiciones precontractuales mostradas en una página web o modalidad similar.

En este nuevo marco jurídico en el que nos encontramos, la norma básica de protección de los consumidores intenta proporcionar al consumidor la información esencial en el período de tiempo previo a su toma de decisión y, para ello regula por un lado, en el artículo 20 del TRLGDCU, la información necesaria en la oferta de bienes y servicios y por otro, en el artículo 60 del mismo Texto, regula los deberes precontractuales de información, que han venido a mejorar la información de la que dispondrá el consumidor a la hora de formalizar su consentimiento. En este grupo se engloban los puntos a) y b) del artículo 4.1 y el resto quedan enmarcados en las fases contractuales y postcontractuales. Así, el artículo 20 del TRLGDCU regula la información necesaria en la oferta comercial de bienes y servicios. A continuación, el artículo 60 regula la información previa al contrato.

Y, en este mismo sentido, el artículo 61 reproduce el antiguo artículo 8 de la LGDCU en el que no deja ninguna duda de que la oferta, promoción y la publicidad de los bienes o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación. Esta cuestión había sido notablemente discutida en la primera Ley de protección de los consumidores en la que los oferentes consideraban que la publicidad e información precontractual no vinculaba a las condiciones contractuales en el momento de la formalización contractual.

Como es sabido, la jurisprudencia fue construyendo el camino hacia una configuración global de la protección del consumidor respecto a la información facilitada al consumidor independientemente la fase en la que se encontraba el consumidor. Así, el contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las

condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad del contrato²³⁴.

En este conjunto de actuaciones que desarrolla el TRLGDCU como prácticas comerciales desleales sí es de destacar las actuaciones *por omisión*, es decir actuaciones cometidas no ya por la acción de dar o hacer alguna cosa, sino por la omisión de dar o hacer ciertas actuaciones que vienen estipuladas en una norma en materia de protección de los consumidores y deben de aplicar así, como ejemplo, se puede ver representado en una actuación publicitaria o en la oferta de un bien o servicio y no se aporte como información esencial la contenida en el artículo 20 del TRLGDCU., antes invocado.

En este sentido, la práctica agresiva ha de tratarse de un comportamiento que en el supuesto de una actuación por omisión llevada a cabo por el empresario requerirá la ocultación de una información esencial y legalmente exigible por el consumidor; en este sentido, un importante sector doctrinal incluye dentro del concepto de omisión los supuestos en que el empresario incluye la información pero ésta es ininteligible o ambigua para un consumidor medio, así como las que utilizan un lenguaje excesivamente técnico o abreviaturas que no sean de uso común y por lo tanto resultan incomprensibles para el consumidor.

²³⁴ En este sentido, el Tribunal Supremo sí se ha pronunciado en relación al artículo 8 LGDCU, entre otras, en las siguientes sentencias: STS, 1ª, 7.11.1988 (Ar. 8419; MP: Antonio Carretero Pérez); STS, 1ª, 30.6.1997 (Ar. 5406; MP: José Almagro Nosete); STS, 1ª, 5.4.1999 (Ar. 1872; MP: Luis Martínez-Calcerrada y Gómez); STS, 1ª, 15.6.2000 (Ar. 4418; MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta); STS, 1ª, 23.5.2003 (Ar. 5215; MP: Xavier O'Callaghan Muñoz); STS, 1ª, 15.3.2010 (Ar. 2347; MP: José Antonio Seijas Quintana); STS, 1ª, 30.5.2011 (Ar. 3995; MP: José Antonio Seijas Quintana); STS, 1ª, 12.7.2011 (Ar. 7372; MP: Jesús Corbal Fernández).

9.1.1 Especial referencia a las comunicaciones comerciales *on line* y prácticas agresivas.

Las comunicaciones comerciales a las que se hace referencia en este punto, son las mismas que las utilizadas por otros medios no electrónicos. En este epígrafe nos referiremos a la publicidad *on line*.

La adquisición de los bienes o de los servicios a través de los medios electrónicos, supone que el consumidor puede “poseer” un bien o servicio, consultando las descripciones del producto o del servicio, las diferentes promociones que el empresario presenta en Internet.

Estas comunicaciones están destinadas, ya sea de modo directo o indirecto, a promover la adquisición de bienes, servicios o difundir información acerca de empresas, organizaciones.

Pues bien, esta publicidad *on line* se mueve de forma muy diferente a la publicidad a través de otros medios más tradicionales; como métodos utilizados en Internet podemos destacar, Banner, Superstital, Sister widow, Siti web aziendali, Email, Newsletter, Newsgroup, Chat.

En este entorno en el que se desarrolla la publicidad agresiva, se llevan a cabo solicitudes comerciales no agresivas vía teléfono, vía fax, correo electrónico, o mediante otro medio de comunicación electrónica a distancia. Entre este publicidad agresiva podemos citar el mailing, los mensajes no solicitados, el spamming,²³⁵.

9.2 Fase contractual

En la fase contractual de la relación comercial entre el empresario y el consumidor se producen múltiples escenarios en los que pueden darse situaciones de prácticas agresivas en materias de competencia desleal. Así, el TRLGDCU en su articulado referido al contrato

²³⁵ En esta línea de publicidad agresiva no solicitada en la categoría de spamming se puede citar jurisprudencia como la del Tribunal de Prato de 16 de octubre de 2001, “El envío de mensajes en masa”.

recoge la información previa, es decir, retrocede al instante de la perfección del contrato, tal como señala el artículo 60 y siguientes.

Ahora bien, aunque más adelante analizaremos los diversos tipos de prácticas agresivas con los consumidores en base al uso de la coacción, acoso o en este apartado es esencial detenerse en la propia contratación con los consumidores, es decir, en la tipología de los contratos en masa, el contenido de las cláusulas contractuales y de las condiciones generales de la contratación. Y es que, con motivo de la redacción de las condiciones generales en las cláusulas del contrato, se pueden producir situaciones en que se produzcan prácticas agresivas.

En concreto, el artículo 81 del TRLGDCU, indica que las cláusulas no negociadas individualmente con el consumidor siempre han de contener los siguientes requisitos:

- .. “Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.
- Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura.
- Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.”

Como es bien sabido, el incumplimiento de estos requisitos conlleva la configuración de cláusulas abusivas en los contratos con los consumidores con sus consiguientes efectos de nulidad de las mismas, y deben entenderse por ello como no puestas. Pero, además, estas cláusulas abusivas son idóneas para generar simultáneamente prácticas agresivas con los consumidores.

Así, en esta línea se pueden encontrar prácticas que son conocidas por cualquier consumidor, consistentes en las intensas y persistentes campañas de captación de clientes de las compañías telefónicas.

Las cláusulas abusivas quedan definidas como “todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.”

Pues bien, tales cláusulas suponen imponer la voluntad del empresario exclusivamente, y ello, limita los derechos de los consumidores, al faltar reciprocidad en las prestaciones. Es decir, pueden generar prácticas, actos u omisiones agresivas para el consumidor o usuario puesto que, aunque cuando nos referimos a prácticas agresivas pensamos en un primer momento en actos que conllevan una actuación, comportamiento activo, física o psíquico ejercitado por el comerciante, cualquiera que sea el medio elegido, parecería más dudoso hacer referencia a prácticas agresivas a través de las cláusulas abusivas. Sin embargo, consideremos que ello no debe admitirse, en principio la utilización de cláusulas incluidas en condicionados generales abstractos, genéricos y no basados en el justo equilibrio de las partes a través de las cuales se pueden ejercitarse prácticas por los empresarios que generan conductas agresivas en los consumidores. Los artículos siguientes del TRLGDCU recogen un elenco amplio de supuestos de cláusulas abusivas donde es fácil analizar supuestos de prácticas agresivas; piénsese, a modo de ejemplo, en empresarios que utilizan el clausulado para poder modificar los tiempos de resolución de los contratos, intereses, modificaciones de precios, resoluciones de contratos.

9.3 Fase post contractual.

En esta fase, las prácticas agresivas pueden mostrarse más solapadas: el consumidor se encuentra en una etapa cuya relación con el empresario se encuentra más consolidada bien porque ya ha adquirido el producto, o bien porque se encuentra utilizando el servicio, aparentemente la esencia del vínculo jurídico está afianzado.

Conviene recordar la antigua y derogada Ley 23/2003, de 10 de enero, de garantías de las ventas de bienes (LGVBC) que recogía el importante y debatido concepto de la conformidad del bien adquirido, así el artículo 6c, LGVBC advierte una presunción más que importante, pues

“durante los seis meses posteriores a la entrega del bien reparado, el vendedor responderá de las faltas de conformidad que motivaron la reparación, presumiéndose que se trata de la misma falta de conformidad cuando se reproduzcan en el bien defectos del mismo origen que los inicialmente manifestados”.

Sin olvidar la igualmente discutida garantía comercial adicional que regulaba la ley²³⁶

En este sentido, el ámbito clave para alcanzar un mejor funcionamiento del mercado y conseguir una mayor confianza del consumidor se encuentra en el derecho al saneamiento de los bienes de consumo. Superada la tradicional concepción del Código Civil en materia de saneamiento de productos de consumo, la normativa de consumo señala que el consumidor y usuario tiene derecho a la reparación del producto, a su sustitución, a la rebaja del precio o a la resolución del contrato (falta de conformidad), categoría procedente del Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías.

EL Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios regula la garantía legal y comercial. Así, en la compra de un bien de consumo además de la esencialidad que el bien sea conforme al uso al que está destinado y se encuentre en perfecto estado atendiendo a las cualidades del bien concreto, la garantía comercial juega un papel fundamental en la realización de los comportamientos desleales con el consumidor.

El TRLGDCU en su artículo 59 bis define a la garantía comercial" *como todo compromiso asumido por un empresario o un productor (el "garante") frente al consumidor y usuario, además de sus obligaciones legales con respecto a la garantía de conformidad, de*

²³⁶ GARCIA- CRUCES, J.A, *“Consideraciones generales de la ley 23/2003, de 10 de enero, de garantías de Venta de Bienes de Consumo, AAVV: "Nuevas fórmulas de contractuales y el incremento del endeudamiento familiar"*, coord. J. I. Ruiz Peris, Estudios de Derecho Judicial, nº 50, CGPJ, Madrid, 2004, pp. 75 y ss.

reembolsar el precio pagado, sustituir o reparar el bien o prestar un servicio relacionado con él, en caso de que no se cumplan las especificaciones o cualquier otro elemento no relacionado con la conformidad del bien con el contrato, enunciados en el documento de garantía o en la publicidad correspondiente, disponible en el momento o antes de la celebración del contrato”, aunque no menciona, como el Libro Verde, la aclaración de que será sin coste suplementario para el consumidor.

Así, se puede considerar como una práctica agresiva posterior a la propia operación comercial aquella que es susceptible de inducir al consumidor a una toma de decisión de naturaleza económica; en este sentido, y siguiendo a la *jurisprudencia alemana*, en el supuesto de un banco que establece una estrategia relativa a que el consumidor obtiene de los cajeros un resguardo o justificante de sus datos económicos erróneos con relación a su situación económica, para lo cual le obliga a costear unos altos intereses de descubierto.

Por ello, la concurrencia en la realización de una práctica agresiva y el incumplimiento por parte del fabricante, proveedor o vendedor del derecho a la garantía a que tiene derecho el consumidor, es una de las cuestiones que deberían ser tratadas conjuntamente y coordinadamente por los órganos administrativos con competencia en la materia y por los Tribunales y Juzgados competentes. Así, tanto la norma estatal básica como las de las comunidades autónomas en materia de protección del consumidor se regulan como infracciones: *La alteración, adulteración o fraude en bienes y servicios susceptibles de consumo por adición o sustracción de cualquier sustancia o elemento, alteración de su composición o calidad, incumplimiento de las condiciones que correspondan a su naturaleza o la garantía, arreglo o reparación de productos de naturaleza duradera y en general cualquier situación que induzca a engaño o confusión o que impida reconocer la verdadera naturaleza del bien o servicio y el uso de prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios.*

CAPITULO III. LAS PRÁCTICAS COMERCIALES AGRESIVAS Y SUS TIPOS.

La competencia desleal y la práctica agresiva son conceptos interrelacionados. Se pueden clasificar las prácticas agresivas individualizadas en varios tipos: publicidad agresiva, las omisiones engañosas de información y las técnicas de negociación desleales, atendiendo a la clasificación que efectúa Bargelli²³⁷. En todo caso, y aunque la LCD solo regula como prácticas agresivas la coacción, la influencia indebida y el acoso, y como expondremos seguidamente, existen prácticas desleales en las que podía incurrir también un componente esencial de “agresividad” que permite encuadrar tales conductas en la calificación de prácticas agresivas, y que merecen por ello ser valoradas desde el Derecho de la competencia desleal.

1 Especial referencia a la publicidad agresiva.

1.1 Planteamiento general.

En este epígrafe se trata de determinar si las comunicaciones comerciales difundidas en el mercado como publicidad pueden ser agresivas según la LCD. Se trata de aquella publicidad contraria a la buena fe objetiva y simultáneamente destinada a modificar o alterar el comportamiento económico destinatario de la publicidad desleal del consumidor medio. Por ello, la publicidad desleal supondría trasladar progresivamente la práctica agresiva a la fase previa a la formalización de la relación contractual.

En este sentido, encontramos una mención expresa a la publicidad agresiva en sede de LGP, cuyo art. 3. e) menciona a la publicidad agresiva como publicidad ilícita, remitiéndose a la LCD para determinar su deslealtad. Junto a tal mención, también el art. 28 de la LCD

²³⁷ BARGELLI, E., “*La nuova disciplina delle pratiche commerciali: ámbito de applicazione*”, in *Pratiche commerciali scorrette e Codice del Consumo* a cura di DE CRISTOFARO, Giovanni, Biblioteca di Diritto Privato, Torino, 2008, pp. 103 y ss.

expresamente se refiere a la publicidad como instrumento a través del cual se pueda realizar una práctica agresiva, al señalar expresamente que será agresiva “la inclusión en la publicidad de una exhortación directa a los niños para que adquieran bienes o usen servicios o convenzan a sus padres u otros adultos de que contraten los bienes o servicios anunciados”²³⁸.

El Código Ético de Autocontrol regula en concreto en su artículo 24 la publicidad agresiva; “La publicidad no deberá ser agresiva. Se entiende por publicidad agresiva aquélla que 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 y, por consiguiente, afecte o pueda afectar a su comportamiento económico”, trasladando a la publicidad el concepto de “práctica agresiva” de la LCD.

Así, a modo de ejemplo, la Resolución del 9 de octubre de 2014 de la Sección Segunda del Jurado de Autocontrol que es una de las muestras en las que, sin embargo, no se entra a analizar los supuestos de existencia de prácticas agresivas. Se estima la reclamación presentada por un particular frente a una publicidad de la que es responsable la compañía Groupalia Compra Colectiva, s.l. En este asunto se trataba de un supuesto de publicidad engañosa por omisión, en la medida en que en la oferta se promocionaba un determinado servicio “tinte y mechas” omitiendo la circunstancia de que, para el caso de que el tinte elegido fuera diferente del color del usuario, su aplicación requiriera un proceso previo de decoloración que no estaría cubierto por el cupón y que tendría que ser abonado aparte. En la medida en que la publicidad también había sido difundida a través de Internet, el Jurado apreció igualmente infracción del art. 3.1 del Código Ético de Confianza Online.

En esta resolución, a modo de ejemplo, se analiza la reclamación desde el aspecto de publicidad engañosa exclusivamente, y en este sentido entiende que la publicidad anunciaba una información que no era totalmente correcta induciendo al consumidor a un error que le repercutía en sus intereses económicos, sin entrar a analizar la opción de la existencia de una conducta en el empresario que puede conllevar la modificación del comportamiento

²³⁸ ARROYO APARICIO, A., “Artículo 8. Prácticas agresivas”, en AA.VV., “Artículo 8. Prácticas agresivas”, cit., pp. 207.

económico del consumidor en algún “instante” de la relación negocial a través del acoso, coacción o influencia indebida, supuestos que más adelante serán analizados.

En la Resolución 25 de junio de 2015, reunida la Sección Sexta del Jurado de Autocontrol, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación comercial, se valoraba una publicidad de la que era responsable la compañía “Showroomprive.com, SARL”, frente a un particular, que reclamaba el incumplimiento del artículo 20 del TRLGDCU, faltando en el presente caso información esencial en la oferta de bienes reclamados, pudiendo dicha práctica afectar al comportamiento del consumidor. La resolución desestimó la pretensión del reclamante/particular por entender que dicha información se encontraba, no en la página principal del producto, sino en las fichas concretas y específicas de cada producto que eran desplegadas para el consumidor; la cuestión jurídica a debate era el engaño por omisión, de nuevo dejando fuera la opción de valorar la posible concurrencia de una práctica agresiva ex artículo 8 de la LCD.

En todo caso, pese al reconocimiento expreso de la publicidad agresiva por ejemplo en el Código Ético de Autocontrol, no han sido numerosos los supuestos resueltos como “publicidad agresiva”, dada la dificultad de poder probar la agresividad en las conductas de la publicidad ofertada que por el contrario en otro tipo de publicidad como la engañosa es más fácil delimitar²³⁹.

²³⁹ Resolución desestimatoria del Jurado de Autocontrol del asunto promovido por la Asociación de Usuarios de la Comunicación Audiovisual vs Danone, S.A., Actimel Kids. Asunto 2013/R/SEPTIEMBRE 2016 y Resolución desestimatoria del Jurado de Autocontrol del asunto promovido por la Asociación de Usuarios de la Comunicación Audiovisual vs el Corte Inglés Radio. Asunto 174/R/JULIO/2016.

1.2 Posible consideración de la exageración publicitaria como publicidad agresiva.

La exageración publicitaria ha sido nombrada y renombrada por la doctrina y jurisprudencia alemana²⁴⁰, de forma que ha sido mérito del Tribunal Supremo del Reich ofrecer la definición de la exageración publicitaria. Así en la conocida Sentencia de 18 de septiembre de 1931, que resolvió el caso “Odol”, se definió la exageración publicitaria como “un elogio de tono altisonante carente de fundamento objetivo que el público no toma en serio ni al pie de letra”. En base a esta definición se fue formando la jurisprudencia y doctrina sobre la exageración publicitaria hasta nuestros días, en la actualidad y con el avance de las nuevas tecnologías consideramos que no se puede afirmar de forma radical que la exageración publicitaria sea siempre detectada por los consumidores y que no la tomen en serio para elaborar su decisión final. Como es lógico, no puede establecerse una regla general de antemano, habrá que estar al caso concreto, pero en la actualidad el consumidor está intensamente influenciado por la publicidad y, puede darse el caso de considerar la opción de que den crédito a la misma, incluso tratándose de una exageración publicitaria.

Así, sería necesario considerar al medio publicitario, y si se trata de un producto de marca, donde el consumidor pudiera tomar en serio las exageraciones publicitarias.²⁴¹

²⁴⁰ DOMINGUEZ PEREZ, E., “*La alegación publicitaria redactada en términos superlativos: la exageración publicitaria*” Estudios de Consumo, nº 48,1999, Madrid, pp.117-129.

²⁴¹ Sentencia desestimatoria de la Audiencia Nacional en el recurso 442/2013 de la Comisión Nacional del Mercado de la Competencia, expediente S/0458/13, ASCENSORES 3, motivado por la denuncia presentada por Ascensores IMEM S.L. (IMEM) contra CITYLIFT S.A. (CITYLIFT) por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), consistentes en la realización de acciones tendentes a conseguir el descrédito de los competidores. Iniciado por una denuncia de empresas competidoras del sector de la fabricación y mantenimiento de ascensores donde se plantea la existencia de prácticas restrictivas de la competencia y en concreto la vulneración del artículo 8 de la LCD, con motivo de prácticas agresivas por acciones de acoso o coacción al mermar de forma significativa la libertad de elección del consumidor para lograr sus objetivos, respecto a la publicidad facilitada a sus clientes.

1.3 La venta a pérdidas y las prácticas agresivas.

Bajo este epígrafe se trata de determinar si la práctica de una venta pérdida puede suponer o no una práctica agresiva en el marco de la Ley de Competencia Desleal.

En cuanto a las medidas adoptadas en el ámbito del comercio, en primer lugar, urgía la necesidad de la modificación de la regulación vigente sobre la venta a pérdida recogida en el artículo 14 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista una vez que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que no se adapta a las exigencias de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, sobre prácticas desleales de las empresas a los consumidores en el mercado interior. En segundo término, es necesaria la supresión de las obligaciones relativas a los registros que se contienen en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y en sus normas de desarrollo, las cuales se han revelado como poco justificadas constituyendo cargas para las empresas, pero cuyo incumplimiento, sin embargo, puede ser objeto de sanción.²⁴²

El Real Decreto-ley 20/2018, de 7 de diciembre, de medidas urgentes para impulso de la competitividad económica en el sector de la industria y el comercio en España²⁴³, ha

Las cartas aluden a que IMEM se abstenga de "realizar ningún otro trabajo en el ascensor o acceder a sus instalaciones a partir de la fecha de recepción de la presente, así como de acceder a las instalaciones del mismo". Las Comunidades de Propietarios que remitieron estas misivas se refieren, por tanto, a un acceso a instalaciones y aparatos elevadores, pero no se refieren en ningún momento a que IMEM no pueda ponerse en contacto con ellos para hacerles, en su caso, una contraoferta comercial. Por tanto, no es posible estimar como válido una supuesta amenaza o coacción a la empresa que haya impedido a los clientes acceder a la mejor oferta del mercado. Por otro lado, el obsequio de CITYLIFT a los presidentes de las Comunidades de Propietarios como parte de su oferta comercial tampoco puede ser vista como incitación a la infracción contractual.

²⁴² Exposición de motivos del Real Decreto-Ley 20/2018, de 7 de diciembre de medidas urgentes para impulso de la competitividad económica en el sector de la industria y el comercio en España,

²⁴³ Real Decreto-Ley 20/2018, de 7 de diciembre, de medidas urgentes para el impulso de la competitividad económica en el sector de la industria y el comercio en España. BOE nº 296 de 8 de diciembre de 2018. <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2018/12/07/20>,

regulado que no se podrán realizar ventas al público con pérdida si éstas se reputan desleales. Las ventas con pérdida se reputarán desleales en los siguientes casos:

- a) Cuando sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos del mismo establecimiento.
- b) Cuando tenga por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajeno.
- c) Cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado.
- d) Cuando forme parte de una práctica comercial que contenga información falsa sobre el precio o su modo de fijación, o sobre la existencia de una ventaja específica con respecto al mismo, que induzca o pueda inducir a error al consumidor medio y le haya hecho tomar la decisión de realizar una compra que, de otro modo, no hubiera realizado.

2. A los efectos señalados en el apartado anterior, se considerará que existe venta con pérdida cuando el precio aplicado a un producto sea inferior al de adquisición según factura, deducida la parte proporcional de los descuentos que figuren en la misma, o al de reposición si éste fuese inferior a aquél o al coste efectivo de producción si el artículo hubiese sido fabricado por el propio comerciante, incrementados en las cuotas de los impuestos indirectos que graven la operación”.

El motivo de la modificación trae su causa en una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Murcia; el TJUE, mediante Sentencia del 19 de octubre de 2017, declaró no conforme al derecho de la Unión Europea la prohibición de la venta a pérdida tal y como estaba dispuesto en el art. 14 de la Ley 7/1996 de 15 de Enero, de Ordenación del Comercio Minorista. Más precisamente, dicha disposición fue considerada contraria a la Directiva 2005/29/CE 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, y transpuesta al derecho interno principalmente por modificación de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal mediante 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 el caso de autos, un comerciante mayorista vendía productos a otros comerciantes por precios muy reducidos, incluso a pérdida. Se trata de introducir productos a precio muy competitivo con el fin de que actúen a la manera de un “gancho” y generen ventas de productos rentables. El mayorista alegaba motivos de competitividad; afirmaba que era necesario que los minoristas a quien vendía sus productos pudiesen mejorar su competitividad y alinear sus precios con los de sus competidores (tiendas de barrio y pequeños supermercados que sufren la competencia de las cadenas de distribución). Efectivamente, el art. 14 de la LOCM establecía que no está prohibida la venta a pérdida “para quien al realizarla, tenga por objetivo alcanzar los precios de uno o varios competidores con capacidad para afectar, significativamente, a sus ventas, o se trate de artículos perecederos en las fechas próximas a su inutilización”.

Pero el art. 14 de la LOCM en su anterior redacción era contrario al Derecho de la Unión Europea en el sentido en que, establecía una presunción de deslealtad de la venta con pérdidas de modo general, siendo que dicha norma resulta ser más restrictiva que la Directiva, y exceptúa además la prohibición de la venta con pérdida en base a criterios que no figuran en la Directiva: *los Estados miembros no pueden establecer criterios ni distintos ni más restrictivos a los de la propia Directiva a la hora de calificar la deslealtad de una práctica comercial*. Efectivamente, la Directiva ha llevado a cabo una armonización completa de las normas de los Estados miembros, encaminada a unificar las reglas del mercado único en materia de prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores.

En este contexto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluyó que la inversión de la carga de la prueba prevista por el art. 14 de la LOCM una medida más restrictiva que las contempladas en la Directiva. Además, añade el TJUE que puesto que las ventas con pérdida no figuran entre las prácticas que la Directiva considera como desleales, si se ha de sancionar al comerciante por tal práctica, *la sanción debe ser consiguiente de un análisis del carácter desleal de la práctica en causa*, análisis que tomará en consideración todo el contexto fáctico de cada caso particular y se hará a la luz de los criterios establecidos en la Directiva. Por ello, en el ámbito interno, tanto los Jueces como la Administración deberán fijarse en los

hechos del caso en cuestión y en los requisitos que la Ley de Competencia desleal establece a la hora de resolver sobre la lealtad de una venta a pérdida.²⁴⁴

Seguramente si la venta no se reputa como práctica desleal, la venta por el sólo hecho de que sea venta a pérdida, se abrirán oportunidades para los comerciantes quienes ganarán libertad a la hora de fijar su estrategia en materia de política de precios, mejorando así la libre competencia, lo que sin duda también beneficiará al consumidor final a la hora de tener que abonar un precio más reducido.²⁴⁵

En definitiva, la actividad comercial ofrecida a los consumidores debe analizarse teniendo en cuenta la normativa en materia de ordenación del comercio minorista en consonancia con la LCD²⁴⁶, considerándose un acto de competencia desleal y, por tanto, en esta medida, una práctica agresiva contra los consumidores y en concreto, se podía considerar como prácticas realizadas en el ámbito de la normativa de ordenación del comercio minorista pero encuadrada en el supuesto de inducir a error a los consumidores sobre el nivel de precios de otros productos, como es el caso concreto de este trabajo. En esta línea, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) no se opone a la venta a pérdidas de los productos alimentarios,

Entre todas estas técnicas se encuentra como es bien sabido, con carácter general, la venta a pérdidas, el precio se fija libremente y ello constituye la esencia de la libertad de empresa consagrada en el artículo 38 de la Constitución Española. Es por ello que el entorno de las prácticas realizadas por el comerciante para ejercer su actividad profesional nos podemos encontrar con los supuestos de las llamadas ventas a pérdidas; piénsese en el supuesto de una empresa que ejerce una actividad de venta al público de prendas y calzados en un pequeño comercio, en la que la venta se realiza exclusivamente durante una semana concreta,

²⁴⁴ Sentencia Juzgado de lo Mercantil número 1 Alicante, 27 de marzo de 2007(AC 2007/798) en ella se confunden actos de discriminación con otro tipo de prácticas comerciales desleales.

²⁴⁵ www.agmabogados.com

²⁴⁶ HERNANDEZ RODRIGUEZ, F., “Precios *predatorios* y *derechos antitrust*”, Marcial Pons, 1997, Madrid, pp. 219 y ss,

por un precio por debajo del coste y se anuncia visiblemente; transcurrida la semana, la empresa cierra el establecimiento y se traslada a otra localidad²⁴⁷.

Más precisamente, dicha disposición es contraria a la Directiva 2005/29/CE 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, y transpuesta al derecho interno principalmente por modificación de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal mediante 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.

Seguramente si la venta no se reputa como práctica desleal, la venta por el sólo hecho de que sea venta a pérdida, se abrirán oportunidades para los comerciantes quienes ganarán libertad a la hora de fijar su estrategia en materia de política de precios, mejorando así la libre competencia, lo que sin duda también beneficiará al consumidor final a la hora de pasar por caja.²⁴⁸

En concreto, el nuevo Real Decreto en su apartado d), fija un supuesto que podrá suponer una práctica que comporte una alteración del comportamiento económico sin tener la información y los conocimientos adecuados dado el marketing que habrá previamente prefijado la marca y que, deberá ser analizado por las Administraciones Públicas y en su caso por los órganos jurisdiccionales para entenderla o no como posible práctica comercial desleal por agresiva.

En este tipo de comportamientos, derivados como hemos visto de una venta a pérdidas que el punto concreto que en este trabajo nos interesa, es el referido a que puede causar

²⁴⁷ ESTEBAN RAMOS, L.M., “Libre fijación de precios y la venta a pérdida como acto de competencia desleal”, en VELASCO SAN PEDRO, L.A., ALONSO LEDESMA.C y otros (Dir). La aplicación privada del derecho de la competencia, Valladolid 2011, pp. 835- 849.

²⁴⁸ www.agmabogados.com

efectivamente un error o inducir simplemente a error al consumidor acerca del nivel de precios de otros productos del mismo establecimiento.

Ahora bien, se debe destacar que no parece necesario la existencia de intencionalidad en el autor, Es por ello que no es necesario una equivocación efectiva de los consumidores, sino bastando simplemente la mera idoneidad para causar error al consumidor; y por último, tampoco se exige un resultado comprobable objetivamente, con que el precio ofertado sea apto para producir esa equivocación, (así se desprende en sentencias de SAP de Cantabria de 12 de mayo de 1993, de Barcelona de 14 de enero de 1998 y de 24 de diciembre de 1998 y de Alicante de 5 de noviembre del 2007)²⁴⁹.

En todo caso, los supuestos anteriormente comentados no deben confundirse con los supuestos de venta por debajo del coste de fabricación o del precio de adquisición que se producen en casos de lanzamiento de nuevos productos (promoción), liquidación por exceso de stocks o cierre del negocio (liquidación), ventas de mercancía defectuosa u obsoleta (saldos) o fuera de temporada (rebajas)²⁵⁰.

En definitiva, puede concluirse que la venta con pérdida pueda calificarse de desleal tal como recoge la nueva redacción del artículo 14.1 de la LOCM pero será preciso que concurren dos requisitos: de un lado, la existencia de una venta a precio inferior al de coste de producción o de adquisición; y, de otro, la presencia de una intencionalidad o bien la producción de un

²⁴⁹ www.elmundo.es:

La Comunidad de Madrid ha multado a El Corte Inglés con una sanción de 3.000 euros por venta a pérdidas de aceite de oliva, según ha anunciado la Unión de Pequeños Agricultores (UPA).

Hace meses que los agricultores y ganaderos llevan denunciando cómo algunas cadenas de distribución están vendiendo aceite de oliva más barato de lo que les costó en origen.

Esta venta a pérdidas es "una práctica habitual de la gran distribución, que usa productos básicos de la cesta de la compra (aceite, leche, pollo...) como reclamo y los pone a un precio más bajo de lo que le ha costado en origen para atraer a los consumidores", denuncian las asociaciones de agricultores.

²⁵⁰ [http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/COMPETENCIA-DESLEAL-Y-
PRECIOS_1.pdf](http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/COMPETENCIA-DESLEAL-Y-PRECIOS_1.pdf)

resultado anticompetitivos. El primero de los requisitos integrantes del tipo se establece con carácter general para todos los supuestos y opera como un presupuesto objetivo. El segundo de ellos, en cambio, es doble y se exige con carácter alternativo según los casos. Así en los supuestos de inducción al error en materia de precios o de descrédito del producto o del establecimiento del competidor no se contempla la intencionalidad o el propósito directo de causar dichos efectos, sino el resultado lesivo para la competencia; mientras que en el supuesto de una política comercial de precios predatorios prevalece el elemento subjetivo o la intención de eliminar a los competidores del mercado, en efecto, si comparamos el nuevo artículo 14 de la Ley de ordenación del comercio minorista con el artículo 17 de la Ley de competencia desleal, resulta que las letras a), b) y c) del nuevo número 1 del artículo 14, son una reproducción literal del artículo 17.2 de la Ley de competencia desleal, con la única diferencia de que se ha añadido a aquél una nueva letra d), que engloba una síntesis de los siguientes artículos de la Ley de competencia desleal: la cláusula general del artículo 4, los actos de engaño del artículo 5 y las prácticas señuelo y promocionales engañosas del artículo 22. Para lograr la finalidad perseguida por la modificación y cumplir con el principio general de buena regulación, hubiera bastado, por tanto, sustituir la norma por otra del siguiente tenor²⁵¹

La venta con pérdida, los actos de engaño y las prácticas engañosas y agresivas, así como las conductas contrarias a la cláusula general, reguladas en la LCD, tendrán la consideración de infracciones en materia de disciplina de mercado a los efectos de la aplicación de la Ley de ordenación del comercio minorista. ²⁵²

En el ámbito de nuestro estudio nos interesa determinar si las ventas a pérdida que induzcan al consumidor como señala el artículo 14.1 d) inducen al consumidor a la compra de un producto o un servicio, que de otra manera quizá no hubiera adquirido, inducido por el precio menor al resto de productos de similares características del resto de los competidores, altera su comportamiento económico y ocasiona la compra de ese producto que se trata de un

²⁵¹ ALONSO SOTO, R., “*La modificación de la Ley de ordenación del comercio minorista: nueva regulación de la venta con pérdida*”, GA-P, DICIEMBRE 2018, pp. 1-5.

²⁵² ALONSO SOTO, R., op.cit. pp. 1-5.

producto de ventas a pérdida y afecta a la deslealtad frente a sus competidores, en numerosos supuestos prácticos se trataran de prácticas agresivas por influencia indebida. El poder que supone para un consumidor la bajada de un precio en un producto o servicio especialmente de primera necesidad no tiene competencia para el resto de los fabricantes o proveedores.

2 Las técnicas de negociación desleales.

Las técnicas de negociación desleales constituyen un tipo de práctica diferente a la publicidad agresiva, como la doctrina ha señalado²⁵³.

Se trataría más bien de una categoría de prácticas desleales amplias, que engloba un conjunto de prácticas de diferente clasificación.

En este tipo de prácticas, la verdadera oferta está dirigida a un público indeterminado, a un conjunto de consumidores: piénsese por ejemplo en la televenta, o venta *on line*, pues bien, en este tipo de ventas, las ofertas dirigidas a los grupos de consumidores, en algunos casos incluso seleccionados, son claramente agresivas, puesto que, al limitar la posibilidad de decisión del consumidor, el carácter agresivo está muy acentuado. En este grupo de ventas se encuentran la venta piramidal (prohibidas ex artículo 23 LOCM y 24 LCD), las ventas realizadas en el propio domicilio del consumidor (compañías telefónicas, seguros), y las ventas telefónicas, (Ventas de time-share), prácticas que están reconocidas por la LCD como prácticas agresivas que alteran sustancialmente la capacidad de “juicio” del consumidor (artículo 2 de la LCD).

3 Las omisiones engañosas de información.

Como es sabido, en este subtipo de prácticas desleales, el modo operandi se realiza a través de la privación o insuficiencia de información facilitada al consumidor, lo que no le permite

²⁵³ BARGELLI, E., “*La nuova disciplina delle pratiche commerciali: ámbito de applicazione*”, in *Pratiche commerciali scorrette e Codice del Consumo* a cura di DE CRISTOFARO, Giovanni, Biblioteca di Diritto Privato, Torino, 2008, pp. 103 y ss.

al consumidor contar con la información suficiente y necesaria para adoptar una decisión racional final de adquisición de un producto o la contratación de un servicio

En este tipo de conducta, se omite información esencial y relevante por la que el consumidor medio tiene una necesidad esencial y potencial, atendiendo a la naturaleza y las características del caso concreto, lo que le induce a tomar una decisión comercial que de otra manera no hubiere aceptado²⁵⁴.

Dentro de este subgrupo se encuentran aquellas prácticas engañosas que no encajan dentro del ilícito desleal de la publicidad engañosa por el error en la información²⁵⁵, sino aquellos supuestos en los que el profesional omite información en la fase precontractual o contractual, con posterioridad a un contacto directo con el consumidor. Así, la falta de información para el consumidor especialmente a sabiendas de que la información facilitada forma parte del propio contenido del contrato.

En estos supuestos, aunque conlleven un incumplimiento contractual y sean supuestos de infracciones en materia de consumo o incluso sanciones penales, los perjuicios para el consumidor son evidentes y no son subsanadas de forma sencilla y rápida para sus propios intereses. Es en este marco de omisión, de información esencial para el consumidor que podría considerarse que tal omisión sería real y no una práctica de contratación agresiva respecto del consumidor.

²⁵⁴ TATO PLAZA, A., “*Primeras aproximaciones de la jurisprudencia española a la figura de la publicidad engañosa por omisión*”, El caso Barclays (sentencia del Juzgado de 1 Instancia número 51 de Madrid de 4 de agosto de 1995), en *Revista general de derecho*, núm. 625-626, pp.11749-11762.

²⁵⁵ GARCIA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., “*Artículo 5. Actos de engaño*”, AA.VV., dir. A. Bercovitz Rodríguez-Cano., ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 115-142.

4 Prácticas agresivas por coacción.

4.1 El artículo 28 LCD: planteamiento del ilícito desleal.

El artículo 28 de la Ley de competencia desleal regula las 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.”*

La incorporación de este artículo en la normativa española tiene su origen en la práctica 24 de la Lista de prácticas comerciales del Anexo I de la Directiva Europea 25/2009/CE.

Las prácticas agresivas por coacción consisten esencialmente en una amenaza o presión verbal o una coacción física, que generan en el consumidor una reacción psicológica con resultado de adquirir un producto o contratar un servicio que de otra forma no hubiera adquirido. Así, la amenaza verbal puede desembocar en una humillación bien en la propia persona del consumidor, bien en su entorno familiar, o incluso en un animal de compañía; cualquiera de tales supuestos son lo suficientemente importantes para el “sujeto pasivo” como para que le hagan optar por consumir el bien concreto objeto de venta del profesional o comerciante.²⁵⁶ Así, concretamente puede ejercitarse a través de diferentes maneras: de forma violenta, con intimidación de miedo o temores a determinadas supersticiones (de tipo satánico o actividad de magia..), de reacciones que originen sentimientos religiosos extremos (para la adquisición de una reliquia u objetos sagrados bajo la amenaza de un triste evento que condicionan la adquisición o compra del producto, no existiendo en este momento como

²⁵⁶ DONA, M., *“Le pratiche commerciale aggressive “*, p. 211 op.cit.54 *“...senza pensare a veri e propri sequestri di persona dai ben noti percorsi obbligati degli ipermercati alle dimostrazioni obbligate, nel corso di una escursione turistica, il passo è breve...”*.

es lógico una capacidad lucida de valorar la elección económica), o un abuso de confianza (los alumnos de un colegio poco brillantes que son invitados a adquirir un ordenador descrito como indispensable para su estudio, la compra de unas enciclopedias y diccionarios específicos que facilitarán la tarea al estudiante)²⁵⁷.

En esta óptica, la práctica con coacción o coercitiva reclama al menos a primera vista el clásico vicio del consentimiento: la violencia. El aspecto cualitativo de la agresividad unido con el ámbito objetivo de aplicación ejercitado sobre el consumidor medio se considera decisivo para individualizar el comportamiento desleal y agresivo del comerciante²⁵⁸.

La coacción física implica cualquier acción u omisión (hacer algo que no quiere o impedir lo que desea) ejercitada coercitivamente contra el consumidor para conseguir el objetivo perseguido por el profesional, mientras el consumidor, sumido en esa presión, entiende que no podrá salir del establecimiento salvo que asuma y acepte la voluntad del profesional, y eligiendo el mal menor para acabar con la amenaza.

Desde esta perspectiva, las prácticas agresivas se pueden ver como un vicio del consentimiento. En el Derecho europeo la violencia se ha venido considerando como vicio de la voluntad; así, en la normativa europea se ha previsto en los supuestos de afectar el vicio de la voluntad en materia contractual la posibilidad de impugnar el contrato en aquellas situaciones que la formalización del contrato se haya podido obtener a través de la amenaza, violencia o la coacción psíquica y por tanto declarar la nulidad del contrato, ampliamente reconocido por la doctrina y la jurisprudencia comunitaria y de los Estados miembros. El consentimiento prestado por el consumidor en un supuesto que ha recibido mensajes en los que la realidad no se ajusta a lo ofertado conlleva claramente a un vicio del consentimiento,

²⁵⁷ MONGE GIL, A.L., “Artículo 28. Prácticas agresivas por coacción”, AA.VV., “Comentarios a la Ley de Competencia Desleal”, dir. A. Bercovitz Rodríguez-Cano., ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 783.

²⁵⁸ D'ANTONIO V., E SCIANCALEPORE G., “*Le pratiche commerciali*”, capítulo IV del Trattato di Diritto Privato a cura di Stanzione Pascuale e Musio Antonio, Torino, 2009, p. 183.

y por tanto, el consumidor medio en estos supuestos no ha podido ejercer libremente su voluntad, y por ello, el contrato devendrá nulo de pleno derecho²⁵⁹.

En realidad, consideramos que la redacción dado tanto en el Texto comunitario (Directiva 2005) y nacional (LCD 2009) adolecen de cierta imprecisión, ya que la línea entre la práctica comercial agresiva por coacción ,por acoso o por influencia indebida no siempre está claramente delimitada, ya que dependerá en todo caso de la subjetividad del consumidor al que está dirigida la campaña promocional, ya que las condiciones subjetivas de sensibilidad, sentimientos religiosos, populares, culturales, etc., son muy difíciles de determinar en cada caso concreto para poder clasificar en una u otra modalidad de práctica desleal.

4.2 La remisión al Derecho Penal en el artículo 28 LCD.

En la legislación española y desde la perspectiva Penal, se tipifica el delito de coacción en el artículo 172 del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre y modificado por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de mayo. La reforma aumenta las penas como *“El que sin estar legítimamente autorizado impidiere a otra 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”*. Para el delito de coacciones no sólo se incluye la presión física, sino que el Tribunal Supremo ha incluido también la presión

²⁵⁹ Minervini, E. -Rossi Carleo, L. *“Le pratiche commerciali sleali, Direttiva Comunitaria ed ordinamento italiano”*, Casa editrice Giuffrè, S.p.A. Milano, 2007 p. 183 *“...e stato sottolienato che nell’ipotesi in cui la creazione a carico del consumatore di una situazione di costrizione della volontà sia soltanto idonea ad influenzarlo nelle sue decisioni di natura commerciale e non si traduca nella realizzazione concreta di un’operazione giuridica potrà trovare applicazione soltanto la disciplina delle pratiche commerciali aggressive; nell’ipotesi in cui invece la medesima situazione di costrizione conduca anche al compimento di un negozio giuridico da parte del consumatore si avrà uno sdoppiamento di tutela ed opererà da un lato la disciplina delle pratiche commerciali e dall’altro il regime della nullità o annullabilità del negozio giuridico, a seconda che il consumatore sia stato vittima di violenza fisica o psichica.”*

psicológica y siendo necesario en ambos casos que sea lo suficientemente intensa para inducir a la víctima hacer algo que no quiere hacer o impedir lo que desea.

Por su parte, el artículo 28 de la LCD, ha sido fuertemente criticado por la doctrina especialmente por lo que se refiere al último inciso del artículo (“salvo que dicha conducta sea constitutiva de infracción penal”.)²⁶⁰

En este mismo sentido se pronuncia el Informe emitido por el CGPJ al Anteproyecto de Ley por el que se modifica el régimen legal de la competencia desleal para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios²⁶¹, visto que, en primer lugar, ambos preceptos adolecen de una falta de precisión, de la concreción adecuada que toda norma de carácter restrictivo y eventualmente sancionador, en atención al principio constitucional de seguridad jurídica, además, en segundo lugar, el Texto, resalta el Informe, describe conductas susceptibles de delitos tipificados en el Código Penal. En este sentido el Anteproyecto utiliza como criterio determinante para calificar la visita realizada de forma personal al domicilio del consumidor o usuario, como practica agresiva por acoso, que dicha visita se realice “ignorando sus peticiones para que el empresario o profesional abandone su casa o no vuelva a personarse en ella, criterio que parece asimilarse al utilizado para el delito de allanamiento de morada, no es labor de este Consejo valorar la intención del legislador de incluir estas conductas entre las infracciones de la competencia. No obstante, sí parece adecuado y conveniente que se alerte por el órgano constitucional de las objeciones y dificultades que el Anteproyecto plantea en sus términos actuales. Conviene en este orden de cosas que el legislador reconsidere la redacción propuesta para estos preceptos, previniendo una

²⁶⁰ MONGE GIL, A.L “*Artículo 28. Practicas agresivas por coacción*”, en Comentarios a la LCD..., op. cit. pp.781-784

²⁶¹ Informe al Anteproyecto de la Ley por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios. 2018.
<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-por-el-que-se-modifica-el-regimen-legal-de-la-competencia-desleal-para-la-mejora-de-la-proteccion-de-consumidores-y-usuarios>.

calificación de la conducta que remita su descripción a acciones no subsumibles eventualmente en tipos penales ya previstos en nuestro ordenamiento”.

4.3 Algunas manifestaciones de práctica agresiva desleal por coacción: sistemas de *time sharing* y coacción.

La inclusión de esta técnica comercial ha sido una práctica reiteradamente utilizada en la venta de apartamentos a través del sistema de “*time sharing*”, regulado en un primer lugar en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles de Uso Turístico, En estas prácticas se había venido produciendo un verdadero abuso para el consumidor, lo que hizo necesaria la regulación por parte del legislador europeo. Así, la jurisprudencia en estos asuntos ha sido reiterada y ha ido regulando el mercado progresivamente; en este sentido, los jueces y tribunales han resuelto a favor del consumidor en muchos casos reconociendo el carácter de *ventas agresivas* las llevadas a cabo por los empresarios en estos supuestos.²⁶²

²⁶² Sentencia de la Audiencia Provincial de 29 de enero de 2004 de Valladolid (Sección 3.ª) (EDJ2004/9862), en la que se indica ”se afirma que "la afirmación de que el contrato de adquisición de uso turístico, pactado entre la recurrente y los actores, es nulo por haber mediado en su formación una actuación dolosa (por parte de la entidad vendedora) que vició el consentimiento de los adquirentes, no la obtiene de un único y exclusivo dato (los actores acudieron a una reunión publicitaria engañados), cual refiere la recurrente, sino de la valoración en conjunto y con buen sentido de una serie de circunstancias que han quedado debidamente acreditadas a lo largo de la litis, bien por pruebas directas bien por unas presunciones razonables: p. e., atracción de los compradores a una reunión bajo promesa de un atractivo regalo, percepción del regalo supeditada a la firma del contrato de adquisición y póliza de préstamo en cuya cuenta se abonaba el regalo, ofrecimiento de que el contrato podría ser fácilmente resuelto tras probar una semana en los cuatro meses siguientes durante los que abonarían una suma casi simbólica, regulación contenida en contrato sobre la renuncia o desistimiento de los compradores incumpliendo lo dispuesto en el artículo 9. 1. 6, de la Ley 42/98 introducción de una cláusula al final del contrato por la que la vendedora asume el compromiso de "gestión de la cesión de los derechos adquiridos" confusa e ininteligible para los adquirentes a quienes se les induce a creer erróneamente que en cualquier momento posterior y en pocos días, 15 a 30, podrían revender lo adquirido. En suma, la conjunción de una serie de datos ponen bien a las claras que la mercantil demandada, a la hora de obtener el consentimiento de los actores en la firma del contrato de aprovechamiento por turno, no actuó con buena fe y

En todas las prácticas agresivas, cualquiera que sea su subespecie, se representa una manifestación de presión psicológica o física creada por el profesional en cualquiera de las fases contractuales. La presión al consumidor puede desarrollarse en varios grados, pero en todos los casos viene a reflejar una acción negativa frente a la libertad de elección del consumidor, afectando al equilibrio contractual y a la prohibición del abuso en el mercado.²⁶³

lealtad contractual, sino con empleo de argucias y maneras engañosas (ofrecimiento de regalos que realmente no eran tales, promesas y garantías que tampoco resultaban ciertas, contenido contractual confuso e ininteligible, ocultación o falta de información sobre los derechos legales del comprador, presión psicológica disfrazada de asesoramiento técnico, etc.), las cuales, sin duda, indujeron a los actores a celebrar el indicado contrato que sin ellas no hubieran celebrado, Concurrió, por tanto, una actuación dolosa por parte de la recurrente, que vició el consentimiento contractual prestado por los actores en la forma y situación en que fue emitido y que, por consiguiente, origina la nulidad del contrato concertado entre ambos, en estricta aplicación de lo ordenado por los artículos 1.261. 1, 1.262, 1.265, 1.269 y 1.300, todos ellos del Código Civil”.

²⁶³ Sentencia A.P. Bilbao 314/2011 de 29 de junio FJ tercero: “Por tanto el consentimiento de los actores se presta cuando, tras más de cinco horas de reunión, proceden a firmar dichos documentos, sin lectura previa ni tiempo para proceder a su total comprensión, ya hemos señalado la diferente escritura empleada ya sea para obligarles o para ofertarles los supuestos regalos, los cuales no llegan a disfrutar, puesto que así se mantiene por los actores y no se desvirtúa por prueba alguna por la codemandada rebelde en el procedimiento. Por tanto que la información incumple la normativa legal que ampara al consumidor en los términos que se denuncian por la parte apelante es relevante a los efectos de proceder en aras a mantener un vicio del consentimiento que permitiría declarar la nulidad del contrato por vicio del consentimiento, pero es que a mayor abundamiento, si efectivamente no es sino hasta que posteriormente en el tiempo se les informa que no tienen derecho a nada de lo firmado salvo haberse vinculado con un préstamo a cambio de la cuarta semana del mes de octubre, sin que así mismo se les informe de su derecho al desistimiento o resolución y se les remita a una empresa de reventa, cabría sostener que el desistimiento ejercitado por los actores y subsidiariamente la resolución se harían valer por efectuarse dentro del plazo en el que tras ser debidamente asesorados, ejercitan sus derechos. Por otro lado y, entrando a examinar otro de los incumplimientos que se invocan (“Vulneración de la prohibición de anticipos”) es de señalar como recoge la SAP de Madrid de 7 de diciembre de 2010, que la mera transcripción de preceptos legales dentro del contrato, no puede reputarse información válida y eficaz para el consumidor, ya que alguna de las cláusulas contenidas en el contrato contradicen claramente las previsiones legales; así frente a lo dispuesto en el artículo 11.1 de la Ley 42/98, que regula la “prohibición de anticipos”, la vendedora presentó a la firma de los compradores una letra de cambio por el importe del posterior préstamo que luego les fue devuelta, una vez ésta hubo cobrado el importe total de las operaciones de los correspondientes a los

Desde ese punto de vista, la presión en el mercado no representa un verdadero vicio de la voluntad intenso en sentido tradicional, en cuanto a que el profesional puede ejercerlo en cada fase del contrato, pero puede influenciar legítimamente en el comportamiento del consumidor.

De acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se protege asimismo el bien jurídico de la seguridad, esto es, el derecho al sosiego y a la tranquilidad personal.

Sin embargo, solo adquirirán relevancia penal las conductas que limiten la libertad de obrar del sujeto pasivo, sin que sea punible el mero sentimiento de temor o molestia, (la práctica conocida como *stalking*, término anglosajón que significa acecho y que describe un cuadro psicológico conocido como síndrome del acoso apremiante). El afectado, que puede ser hombre o mujer, persigue de forma obsesiva a la víctima: la espía, la sigue por la calle, la llama por teléfono constantemente, la envía regalos, la manda cartas y SMS, escribe su nombre en lugares públicos y, en casos extremos, llega a amenazarla y a cometer actos violentos contra ella.

distintos contratos de compraventa. Cobro que se produce antes de los diez días que prevé la ley ya mencionada para que los adquirentes puedan desistir del contrato a su libre arbitrio, según dispone el artículo 10 de la Ley 42/98, en cuyo caso se dispone que "el adquirente no abonará indemnización o gasto alguno", que es precisamente lo que acaece en el presente caso".

5 Prácticas agresivas por acoso.

5.1 Planteamiento general.

Ni el legislador de la Unión Europea ni español han proporcionado un concepto de este tipo de práctica agresiva en ninguna de las normas que contienen el régimen jurídico de las prácticas agresivas. Por el contrario, exclusivamente han venido a delimitar, solamente, las relaciones comerciales en las que puede originarse este tipo de actuaciones. (En todo caso, el Diccionario de la Real Academia define al acoso como “la forma de apremiar a alguien con molestias o requerimientos de forma insistente”). En este tipo de prácticas, es evidente, que se invade notablemente la esfera privada del consumidor.

Ahora bien, el término “acoso” es ciertamente amplio, puede abarcar desde una simple molestia, inquietud o llegar incluso a provocar una actuación delictiva por parte del empresario. Ante esta horquilla tan amplia, la práctica empresarial puede, por tanto, originar una simple actuación molesta al consumidor que no le implique una repercusión económica y por tanto no le afecte a su comportamiento económico, y que exclusivamente le provoque una simple irritación nerviosa.

Ahora bien, sí ha quedado demostrado que en ciertos supuestos esta simple irritación unida a alguna situación subjetiva particular del consumidor en cuestión, sí puede llevarle a asumir una decisión económica no deseada ni libremente elegida. Por tanto, es relevante estudiar el comportamiento del consumidor medio y la supuesta vulneración o no de su comportamiento económico, y adaptar el caso concreto de la reacción típica para este tipo de prácticas para poder determinar si estamos o no ante un tipo de actividad agresiva con el consumidor. No obstante, se limitará la clasificación de la práctica agresiva cuando esté relacionado la práctica con el consumidor medio; con ello se quiere evitar calificar necesariamente como práctica agresiva toda conducta particularmente insistente cometida por el profesional para

obtener el consentimiento, pero que no debe ser calificada como práctica desleal por acoso.²⁶⁴

En este sentido, se deben tener en cuenta algunas consideraciones (psicológicas) en el análisis del proceso del comportamiento, ya que en tal proceso se pueden evidenciar ciertas variables personales como la motivación, la percepción, el aprendizaje, la actitud y el estilo de vida y también variables sociales como la familia, clase social, grupo de referencia, y la cultura, que despliegan un cierto valor por estimar si la conducta es o no agresiva por acoso.²⁶⁵

El comportamiento del consumidor ha sido ampliamente estudiado, ya que la extensión de su actuación conlleva el desarrollo de la economía de mercado, en el avance de nuevos campos, nuevos hábitos del consumo que hacen que aparezcan nuevas formas de persuadir al consumidor, pero finalmente en el proceso intervienen imprescindiblemente las siguientes variables:

- la motivación representa la fuerza que empuja al consumidor en una cierta dirección, o bien se deviene hacia ciertos propósitos del comerciante o bien se decae contra determinadas acciones.
- La percepción se encuadra en el estímulo que lo rodea, y esta variable se encuentra basada en los factores personales, (en esta línea se puede aplicar la Teoría de Gestalt): la percepción de los estímulos puede variar dependiendo de los factores externos: color, intensidad, forma.
- Las actitudes y los estilos de vida, que intervienen sobre todo en el proceso de resolución de los conflictos, y en la decisión de aceptar una propuesta comercial.

²⁶⁴ GARCIA PEREZ, R., “ *Ley de la Competencia Desleal*”, op.cit, p.237

²⁶⁵ CARUSO, M^o.A., “ *Le pratiche commerciali aggressive*”, op.cit., Cedam 2010, pp. 93 y ss.

5.2 Prácticas agresivas por acoso con presencia física del empresario en el domicilio del consumidor: “El lugar” como criterio esencial en la práctica agresiva por acoso (art. 29. 1. LCD).

En la valoración del comportamiento del consumidor como susceptible de ser calificado como acoso también ha de tenerse en cuenta el tiempo, el lugar, la naturaleza o la persistencia del comerciante o profesional.

En el caso de las prácticas agresivas por acoso, “el lugar en el que se realiza la práctica supuestamente desleal es un presupuesto esencial, por tanto, el lugar adquiere una importancia singular, adquiere un peso específico y notable. Así, se regula en el grupo de las prácticas agresivas por acoso las visitas en el domicilio del consumidor, en la calle, en los locales preparados para ello (sesiones grupales de ventas de productos en hoteles, residencias...), el ruido, la confusión, la música, los aromas utilizados en las reuniones, puede conllevar claramente a una distorsión del comportamiento del consumidor. Este parece ser el sentido del artículo 29 de la Ley de competencia desleal al regular las prácticas agresivas por acoso en su apartado 1 del artículo 29 LCD (*“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”*).

5.3 Las propuestas comerciales no deseadas y reiteradas: los nuevos medios de publicidad y las prácticas agresivas ex artículo 29.2 LCD.

Las prácticas agresivas molestas suponen que acudiendo al modo, lugar, tiempo y duración hacen que tanto la libertad del consumidor medio como su comportamiento económico se vean limitado en relación al producto o contratación de un servicio, y tenga por ello la

capacidad de inducirle a una decisión comercial que no había deseado.²⁶⁶ Se traduce por tanto, en un acto molesto e invasivo de la esfera privada que genera una interferencia o una invasión²⁶⁷, como puede ocurrir cuando el comerciante o profesional acude al domicilio del consumidor o le llama reiteradamente por teléfono,²⁶⁸ y actualmente los anuncios *on line* en las páginas consultadas por los usuarios adaptado a su perfil a través de la utilización de las *cookies* en los programas software.²⁶⁹

En esta línea, cabe citar la SAP de Madrid 10749/2009, de 23 de junio, en un supuesto de prácticas comerciales agresivas por la actuación realizada por el personal de una empresa funeraria donde acudían a la “caza de los clientes” (términos utilizados por el propio ponente de la sentencia), en hospitales o residencias de ancianos donde acudían los familiares de los fallecidos y les ofrecían los servicios funerarios.²⁷⁰

²⁶⁶ DI NELLA, L., “*Le pratiche commerciali sleali “agressive”* a cura di G.DE CRISTOFARO, “*Le pratiche commerciali sleali*”, Torino,2007, p.. 230.

²⁶⁷ ZUBIRI DE SALINAS, M., “*Artículo 29. Prácticas agresivas por acoso*”, .p. 796, cit. en “Comentarios a la Ley de Competencia Desleal”.

²⁶⁸ GUERINONI E., “*Le pratiche commerciali scorrette, fattispecie e rimedi*”, Giuffrè Editore, Milano 2010 p. 128.

²⁶⁹ [Http:// Wikipedia.org](http://Wikipedia.org). Una galleta informática o cookie es una pequeña información enviada por un sitio web y almacenado en el navegador del usuario, de manera que el sitio web puede consultar la actividad previa del usuario.

La Directiva 2002/58 del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al tratamiento de datos personales y la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicación contiene reglas sobre el uso de cookies. En concreto, en el artículo 5, párrafo 3 establece que el almacenamiento de datos (como cookies) en el ordenador de un usuario solo puede hacerse si: 1) el usuario recibe información sobre cómo se utilizan esos datos; y 2) el usuario tiene la posibilidad de rechazar esa operación. Sin embargo, este artículo también establece que almacenar datos que son necesarios por motivos técnicos está permitido como excepción.

²⁷⁰ SAP de Madrid, de 23 de junio de 2009, F10 “...hora bien, la parte apelada centra la cuestión en su escrito de oposición a la apelación, puesto que en su demanda no basaba su solicitud de declaración de deslealtad de la conducta de la demandada en base al art. 5 de la Ley de Competencia Desleal en los mismos hechos que justificaban la incriminación de los mismos en los demás preceptos de la Ley de Competencia Desleal invocados. La invocación de este precepto se hizo en la demanda en relación a ciertos aspectos de la conducta

Por tanto, el punto segundo de nuestra norma (artículo 29.2 LCD) recoge la expresión de medios de comunicación, y por eso, engloba las llamadas comunicaciones comerciales, que abarca a la publicidad, al marketing directo, telemarketing, anuncios publicitarios on line en sus distintas versiones para promover y dar a conocer su actividad comercial. A los medios más tradicionales confluyen otras técnicas comerciales de marketing y publicidad especialmente utilizadas en la contratación a distancia y por tanto se recurre a sistemas más complejos donde se confunde la información con la publicidad. Así, el uso de cookies, supone la identificación de los ordenadores para decidir que anuncios/información envían a los consumidores en particular. Los anunciantes adquieren información en línea y así pueden definir el perfil específico de sus intereses y concretar mayormente la publicidad enviada la denominada segmentación por comportamiento.

Los banners digitales²⁷¹, los anuncios publicitarios por visualización, banner web, pop-up, ad flotante, ad expandible, entre otros, son formatos utilizados por los empresarios, anunciantes en estos casos en el instante que el consumidor decide abrir una página para

de la demandada que se consideraba constituían "ofertas molestas" o "prácticas comerciales agresivas", en tanto que empleados de la misma realizaban lo que denominaba "caza de clientes" en los hospitales y residencias de ancianos, en los momentos posteriores al fallecimiento, abordando a las familias en tales momentos y consiguiendo de este modo la contratación de sus servicios.

La sala considera que estos supuestos en que los empleados de la funeraria abordan a los familiares del difunto, en las proximidades del lugar donde se ha producido la defunción y se les ha informado de la misma, para hacer ofrecimiento de los servicios de la empresa funeraria, en situaciones especialmente penosas, como son las que rodean el fallecimiento de un ser querido, en los que el destinatario de la oferta no está en condiciones de tomar su decisión con el necesario discernimiento, por lo que el oferente tiene una elevada posibilidad de obtener la contratación del servicio, han de ser considerados como actos objetivamente contrarios a la buena fe del art. 5 de la Ley de Competencia Desleal.

²⁷¹ LASELLI M.; *“Diritto de nuove tecnologie , prontuario giuridico ed informatico”*, Altalex Editore, Milano, 2016, p.256 . “Los banners son banderolas publicitarias electrónicas consistentes en incluir una pieza publicitaria dentro de una página web. La fuerza de este instrumento publicitario consiste en la absoluta simplicidad y ductilidad, y aparece en cada página que acceda el usuario y se ha contratado la inclusión de esta banderola. Es uno de los instrumentos más utilizados en el marketing digital.”

acceder a cierta información que nada tiene que ver con la publicidad enviada. Así piénsese, por ejemplo, cuando el consumidor accede a un periódico digital e incluso antes de acceder a la página se le ofrece un anuncio publicitario que no ha solicitado unido a la aceptación de las cookies por el consumidor que hace que se elabore un perfil individual y particularizado de las afinidades, gustos, preferencias para cada consumidor, limitándole su capacidad de motivación y percepción. Es por tanto en la contratación a distancia donde las prácticas agresivas contra el consumidor son más frecuentes, y una vez que estas técnicas han conseguido el propósito de la aceptación del consumidor, la comunicación de la recepción de la aceptación podrá ser proporcionada por un simple e-mail y constituir la formalización del contrato telemático no siendo necesario una confirmación posterior por parte del propio usuario, como señalaba la Directiva europea anterior. Por ello, aunque el propósito de los UE sea conseguir un mercado globalizado y único para todos los ciudadanos de Europa, tienen desventajas, como la excesiva rapidez e inmediatez para que el consumidor pueda analizar la contratación realizada y ejercida libremente.

En esta línea, ha sido la jurisprudencia alemana, (Tribunal Federal alemán en la sentencia de 8 de junio de 1989), la que ha dictaminado la existencia de una publicidad molesta cuando el comerciante invade la esfera privada del consumidor para *dar publicidad a su producto con excesiva exaltación de éste*. Lógicamente, esta invasión de la esfera privada es mayor cuando la publicidad es directa y la tensión psicológica del consumidor es mayor al encontrarse físicamente con el comerciante aplicando para ello las técnicas comerciales del marketing directo.

El marketing directo ha sido calificado por la doctrina y la jurisprudencia comunitaria y especialmente por la jurisprudencia alemana como una práctica agresiva por acoso, práctica agresiva molesta. La propaganda, las ofertas publicitarias en la calle, en el transporte público, por teléfono, por fax o mediante correo postales, correos electrónicos en la que el consumidor rechaza y la insistencia del comerciante es repetitiva en el mismo instante o en periodos de tiempo distintos hace que sean calificadas todas ellas de prácticas agresivas molestas, ya que el consumidor interioriza tal nivel de presión que no es capaz de discernir ni de comunicar verbalmente al comerciante su deseo de no adquirir un producto o contratar un servicio.

En la misma línea, como señala el artículo 29 de la LCD, también se debe tener en cuenta la naturaleza de la práctica agresiva y el empleo de un lenguaje realizado con tono agresivo o

con expresiones vulgares o estrictamente confidenciales en el sentido de enviar información no solicitada, o activar un servicio no solicitado, aunque sea gratuito. Otro punto a tener en cuenta es un aspecto más subjetivo dependiendo de los usos y costumbres sociales, culturales del país comunitario en concreto, ya que la Directiva comunitario ha partido de una norma común pero serán los países concretos que podrán desarrollar atendiendo a sus reglas particulares.

En esta línea el legislador español ha modificado la normativa penal incorporando una actuación dolosa en los supuestos de forma insistente y reiterada para la adquisición de productos o servicios, es decir se incluye dentro del ilícito penal la contratación a través del acoso. El artículo 172 ter Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, modificado por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo (B.O.E)²⁷².

²⁷² 1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana:

1.^a La vigile, la persiga o busque su cercanía física.

2.^a Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.

3.^a Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.

4.^a Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.

Si se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

Introduce como novedad el llamado delito de “stalking” dentro de los delitos de libertad: entrarían en este supuesto aquellos casos en los que el sujeto activo publica un anuncio en Internet ofreciendo algún servicio que provoca que la víctima reciba múltiples llamadas.²⁷³

La incorporación de la técnica comercial con acoso en la normativa europea, y por tanto, en la Ley española, ha sido objeto de una importante discusión doctrinal la necesidad o no de incluir un artículo en la legislación de la Competencia desleal cuando está penalizado en el Código Penal, cuando además, a mayor abundamiento, la Ley Orgánica ha incrementado las penas, como hemos visto anteriormente en la práctica agresiva por coacción.

5.4 Especial referencia al acoso telefónico: Recientes planteamientos jurisprudenciales.

El acoso telefónico es la consecuencia de una práctica comercial realizada por teléfono: Se trata de una práctica comercial realizada por las empresas para dar publicidad a un producto con el objetivo de conseguir la contratación de los consumidores en relación con el artículo 29.2 de la LCD. Otorga al consumidor el derecho a dejar constancia de su oposición a seguir recibiendo propuestas comerciales de dicho empresario o profesional.

En la línea de lo expuesto en los apartados anteriores, el RDL 1/2007, en su artículo 19 define como hemos visto, la definición de prácticas comerciales realizadas por los empresarios con los consumidores. Entre ellas se incluye todo acto, omisión, conducta, manifestación o comunicación comercial, incluida la publicidad y comercialización, directamente relacionada con la promoción, la venta o el suministro de un bien o servicio a los consumidores y usuarios, con independencia de que sea realizada antes, durante o después de una operación comercial. Por lo que en este grupo de actuaciones se incluyen las prácticas comerciales realizadas por el empresario mediante una llamada de teléfono realizada por un operador telefónico al consumidor en cualquier fase de la relación contractual.

²⁷³ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “*El delito de stalking*”, en QUINTERO OLIVARES, G (Director), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 379-398.

En todo caso, el reconocimiento del acoso telefónico no ha implicado que se haya conseguido evitar la comisión de prácticas comerciales agresivas por las empresas ya que la norma permite la reiteración de las llamadas si lo permite el cumplimiento de las obligaciones contractuales como reconoce el citado artículo 29 de la LCD. Por lo que el consumidor tendrá que probar la reiteración de las llamadas telefónicas, de forma reiterada y molesta que haya supuesto una repercusión en su capacidad de elección y por tanto que haya alterado su comportamiento económico, sin olvidar que haya podido ejercer, de forma correcta atendiendo a la buena fe y diligencia profesional del empresario, la oposición a seguir recibiendo propuestas comerciales del empresario o profesional.

Manifestación de ello es la reciente sentencia de la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo en la que por primera vez impide a una gran operadora el acoso telefónico a los consumidores y usuarios²⁷⁴.

Los hechos que motivan el pronunciamiento judicial son los siguientes: El ex cliente, abogado de profesión, ha logrado que el juez imponga la medida cautelar solicitada ante la supuesta insistencia de la compañía en reclamar una deuda que, por resolución del Ministerio de Industria, había quedado correctamente extinguida. La empresa considera que dicha deuda sigue pendiente y argumenta que la gestión de los cobros está externalizada en empresas que “siguen instrucciones” respecto de la cantidad de llamadas y los horarios en las que se deben producir.

En declaraciones a Efe, este abogado explica que “es la primera vez en España que se investiga un caso de acoso telefónico de estas características y también la primera ocasión en la que se impone una prohibición de comunicación como medida cautelar a una compañía de telefonía móvil”.

A finales de 2015 decidió cambiar de empresa telefónica, de Orange a otra, realizando una portabilidad que no conllevaba ningún gasto por cancelación, según le informó su propia

²⁷⁴ Sentencia de la Audiencia Nacional, sala de lo Contencioso Administrativo, número de recurso 104/2016. Id Cendoj: 28079230012017100388.

compañía. Sin embargo, semanas después recibió dos facturas de Orange por 40 euros en concepto de penalización por cancelación de contrato y otra de 40,61 euros por un recibo de línea, dos meses después de haber realizado la portabilidad.

Este cliente respondió que no debía nada, pero la empresa le inscribió en un registro de morosos e inició un proceso de envío de llamadas y mensajes tanto a su terminal como a los de sus familiares, incluyendo una hija menor de edad, que recibía llamadas incluso en horas lectivas. Fue entonces cuando tramitó un procedimiento de reclamación ante el Ministerio de Industria, a través del cual se le dio la razón en el sentido de corroborar que no debía nada a la empresa, aunque las llamadas prosiguieron y decidió interponer una denuncia por acoso y estafa, que recayó en el Juzgado de Instrucción número 1 de Valencia.

Este juzgado abrió diligencias previas en mayo del año pasado, pero a continuación sobreseyó y archivó el asunto. No obstante, el cliente recurrió ante la Audiencia Provincial, que ordenó al juzgado continuar con el procedimiento y diligencias de investigación por un supuesto delito de acoso telefónico, contemplado en el Código Penal tras la última reforma.

Además, y con el visto bueno de la Fiscalía, impuso a Orange España, y a las empresas ISGF (Jurídico Informes Comerciales SL) y Gemini (Reconevring & Collections) la orden de prohibición de comunicarse con su ex cliente y su familia en cualquier modo y con respecto a cualquier medio de comunicación, advirtiendo que, de incumplir esta medida, se pondrán imponer otras más restrictivas, como la prisión provisional.

Los magistrados de la sección segunda de la Audiencia Provincial consideran que “la descripción de los hechos que efectúa la denunciante, acompañada de documentación acreditativa, no sólo es altamente molesta por su persistencia, habitual, intempestiva y generalizada, de determinadas compañías suministradoras de productos/servicios o sus contratados, sino que, tras la última reforma del Código Penal, debe merecer la admisión a trámite”.

A juicio del demandante “muchas compañías de telefonía prefieren no acudir a la vía judicial para reclamaciones de cantidad relativamente pequeñas, por lo que contratan servicios de empresas que se dedican a enviar mensajes y llamar continuamente, una práctica molesta que ahora se investigará por si pudiese ser constitutiva de acoso”. Por el contrario, desde

Orange se indica que “es un proceso que está en fase de instrucción” y rechaza haber incurrido en ninguna irregularidad.

“Este cliente tiene deuda con Orange y lo que denuncia es que le han llamado de empresas de recobro para reclamar el pago de la deuda. Nuestro proceso de recobro está externalizado en varias empresas, y siguen instrucciones sobre el límite máximo de llamadas y horario en que se pueden realizar”, ha informado Orange.

En esta misma línea jurisprudencial, la Audiencia Nacional octubre de 2018 condena a dos empresas subcontratadas de Orange (Global Telemarketing Solutions y Crosseling Operadores 329 SLU por llamar en reiteradas ocasiones ofreciendo servicios de su marca Jazztel a clientes que ya habían pedido ser excluidos de acciones publicitarias o prospección comercial.

6 Las prácticas agresivas cometidas por influencia indebida.

6.1 Planteamiento general.

El artículo 8 de la Ley de Competencia Desleal define a estos efectos, la influencia indebida como “la utilización de una posición de poder en relación con el destinatario de la práctica para ejercer presión, sin usar fuerza física ni amenazar con su uso”. Nuestra norma no dedica un artículo a este tipo de prácticas, como hemos visto que lo hace con las prácticas agresivas por acoso y con las prácticas agresivas por coacción.

La Directiva Europea por su parte, define en su artículo 2 a la influencia indebida como la utilización de una fuerza de poder por su parte, en relación con el consumidor para ejercer presión, incluida sin utilizar la 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 la causa.

Como se puede observar, la diferencia entre ambas normas se destaca en la especificación que lleva a cabo la norma europea al detallar la necesidad de limitar la capacidad del

consumidor, pero de manera significativa. 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.

Así, el término influencia indebida consiste en un abuso por parte del profesional, de un aprovechamiento de una situación de poder, de una situación de dependencia económica o psicológica del consumidor por lo que el comerciante o empresario se sirve para condicionar el comportamiento independiente del consumidor, afectando a su voluntad independiente del consumidor significando una limitada capacidad de asumir una decisión suficiente informada. El condicionamiento o la limitación de la voluntad del consumidor puede llegar incluso a limitar la libertad personal del consumidor, como puede ser el caso de salir de un hotel o alojamiento donde se le ha llevado en grupo para presentarle un producto o un servicio;²⁷⁵. Esta situación de poder puede tener su origen en una situación contractual o en una situación de una relación social (alumno-profesor), obsequios publicitarios, diferente este último caso a recibir un regalo o un obsequio no solicitado que será desleal si lleva consecuentemente el pago, devolución o custodia.

La situación de dependencia del consumidor, y la presión ejercida por el profesional lleva a que el consumidor modifique y altere su capacidad volitiva y se vea amenazado, constreñido a tomar una decisión de compra, de adquirir un producto o servicio que de otra manera no hubiera llevada a cabo o bien formalizar un contrato.

Esta situación de dependencia que se concreta en el poder ejercido por el profesional, puede ser de carácter moral, o de mercado. En el caso de la presión moral piénsese, por ejemplo,

²⁷⁵ En esta línea se puede citar a modo de ejemplo las campañas de ventas de productos que realizaban a grupos de jubilados en viajes organizados donde paraban en determinados hoteles a descansar y les presentaban durante horas productos especialmente destinados a ellos como mantas, televisores .. etc. Estos ancianos no salían de la sala hasta que habían firmado el contrato, estos tipos de prácticas estaban preparadas cuando llegaban a los hoteles y antes de la cena y siempre preparadas por las comerciales de los viajes. Este caso se podría también enlazar con una práctica agresiva con coacción.

en la presión ejercida por un jefe respecto a sus trabajadores para que compren productos de su empresa, de un médico respecto a sus pacientes o un profesor respecto a sus alumnos, o comercial (el supuesto de un taller de vehículos, donde el mecánico le obliga a pagar reparaciones adicionales a la reparación contratada argumentando la eventualidad y necesidad y el consumidor se ve obligado a pagar la totalidad para que le sea entregado el vehículo; y de mercado (abuso de dependencia económica o de posición dominante respecto al consumidor).

Especial referencia se incluyen entre los supuestos de prácticas agresivas cometidas por influencia indebida las conocidas como las “sweepstake”, en las que el empresario le comunica al consumidor que ha obtenido un premio en un concurso que no ha participado pero necesita previamente contratar la promoción ofertada; este tipo de promociones suelen realizarse que se realicen telefónicamente (apartado 31) del Anexo de la Directiva 2005/29/CE, ha sido considerado que el legislador español como practica engañosas (artículo 22).

Por ello, en la tipicidad de las prácticas agresivas por influencia indebida se configura la comisión de prácticas agresivas contra los consumidores más vulnerables; así en las normas de protección de los consumidores se catalogan como tales consumidores requiriendo de una especial protección a los menores, mayores y consumidores con discapacidad²⁷⁶. Como es lógico, la distorsión en el comportamiento económico de estos consumidores será mayor dada sus condicionamientos de edad o psicológicos.

Por ello, es en esta tipología de prácticas agresivas en las que la fuerza sobre el consumidor utilizada por el empresario o profesional converge con aspectos subjetivos hacia el consumidor como los sentimientos, emociones, del nivel cultural o perfil lingüístico.

Cabe citar el asunto “Acea Electrabel, Energía, S.P.A”, relativo a la activación de servicios de gas y energía sin consentimiento del consumidor y falseando su firma, visitando el empresario el domicilio del consumidor para promocionar sus servicios dando una

²⁷⁶ HOWELLS, G., MICKLITZ, H, WILHELMSSON, T., “*European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive*”, Ashgate, Aldershot, 2006, pp. 185 y ss.

información falsa, por lo que influían en la alteración del comportamiento económico del consumidor.²⁷⁷

Está pendiente de resolución en el Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial planteada en la que se pregunta si es una práctica comercial agresiva, contraria a la Directiva 2005/29/CE, el modelo de contratación a distancia aplicado en Polonia por una empresa telecomunicaciones, según el cual el consumidor ha de tomar la decisión definitiva sobre una transacción en presencia del mensajero que le entrega en ese instante el contrato-tipo del que ha tenido información por teléfono o por internet.(Orange Polska, C628/17).²⁷⁸

6.2 Especial referencia al bundling y typing.

Estas prácticas comerciales no han sido tratadas por la doctrina como posibles prácticas agresivas en materia de competencia desleal con los consumidores.

Estos dos tipos de actuaciones comerciales no se han entendido hasta el momento como posibles prácticas comerciales agresivas, sino más bien actos de “generosidad” por parte del empresario que ofrece al consumidor varios productos en ofertas y con promociones como una de las mejores opciones de diferenciarse de la competencia y especialmente en el sector alimentario.

Sí analizamos con más detalle, son numerosas las denuncias y las reclamaciones de las asociaciones de consumidores y de las presentadas en las Administraciones Públicas en las

²⁷⁷ Asunto de la Autoridad Garante de la Autoridad de la Competencia y del Mercado italiana de 26 de noviembre de 2011-ACEA ELECTRABEL, imponiendo una multa de 500.000 euros a la empresa demandada

²⁷⁸ GARCIA VIDAL, A., “¿Es una práctica desleal agresiva hacer que el consumidor tenga que tomar la decisión final ante el mensajero que le entrega el contrato-tipo?”, artículo CESCO, publicaciones jurídicas, 1 de abril de 2019, Este asunto se pide por el Abogado General que se defina como práctica comercial agresiva por influencia indebida por la presión psicológica ejercida en el momento de la entrega del contrato con el producto/servicio contratado.

que los consumidores consideran que, estas promociones, tal como están anunciadas (envoltorio, etc...), les llevan a comprarlas o adquirirlas, sin un previo análisis objetivo de necesidad o si había pensado en comprar ese producto o recibir un servicio, y que en ocasiones el precio es más elevado de lo que parecía en un primer momento o a primera vista.

Por ello, se ha valorado en este estudio incluir estos dos supuestos de tipos de venta por su posible colisión con la realización de una práctica agresiva desleal.

6.3 Consideraciones sobre el *bundling*.

Es el término en inglés que designa la práctica de ofrecer un grupo de productos conjuntamente: Las ventas conjuntas consisten en empaquetar dos o más productos para ganar una ventaja en el precio. Es una estrategia que, desde el punto de vista meramente económico, conviene cuando nuestros costes variables son bajos. Es un sistema que sirve para vender más y además dar salida a los productos que no se venden tanto y se juntan en un paquete con productos que se venden menos.

Este tipo de prácticas comerciales son utilizadas como medios convencionales para aumentar la posición de dominio. Así, se enmarcan dentro de este tipo de ventas comerciales, la compra de automóvil con complementos (elevalunas eléctrico, asientos tapizados, etc.), viajes de vacaciones, contratando cada prestación (avión, hotel, automóvil de alquiler) o un “paquete” , de televisión por cable, con lo que el consumidor obtendrá la tarifa plana, pero si quiere, canales especiales de cine, deporte, documentales deberá contratar por separado o la contratación de un “paquete” con la tarifa plana y algunos canales especializados , la venta conjunta de libro de idiomas y su CD, la venta conjunta de procesador de texto, hoja de cálculo, gestor de base de datos, presentador de transparencias en un solo paquete (Microsoft office)

Es decir, con este sistema de ventas el profesional podría hacer un “paquete” de tres productos y venderlos a un determinado precio, que es más barato que el coste total de comprar los tres productos por separado.

Ahora bien, esta estrategia comercial lleva acompañada de una estrategia psicológica ya que las personas tienen un exceso de confianza en el futuro, y el consumidor se ahorra el tiempo y una supuesta bajada del precio ya que además este tipo de compras se acompañan de algún vendedor que de forma rápida te informa de las “mejores condiciones de comprar el paquete o los productos en grupo” .Las empresas de marketing crean una oferta valiosa, reduciendo el precio del paquete lo suficiente con respecto al precio por separado, especialmente si se incluye un producto que tiene poca salida²⁷⁹

Otro supuesto dentro de este grupo es el que se anuncia por un euro más, que por una cantidad mínima, por ejemplo un euro adicional, te incluyen otro producto. Claramente supone alterar el mecanismo de valoración racional del cliente haciendo que la emoción tome el control.²⁸⁰

Por ello, supone alterar su comportamiento económico que de otra manera no se hubiera producido²⁸¹. Se atrae la atención del consumidor a la parte que le interesa al empresario, o al producto principal del paquete o a la oferta por un euro más.

La importancia de que el consumidor pueda analizar la información completa y tener claros los productos y precios que puede adquirir conjunta o separadamente marcan la diferencia si solo nos referimos a ella como una estrategia comercial o si se esta estrategia comercial pueda tratarse de una práctica comercial agresiva.

6.4 Consideraciones sobre el sistema de ventas “*Typing*”.

Esta práctica comercial consiste en condicionar la venta de un producto a la compra de otro producto. Si la vinculación no se justifica objetivamente por la naturaleza de los productos

²⁷⁹ GILL, O., “*Bundling and Consumer Misperception*”, New York University School Law, 2006, pp.1-28

²⁸⁰ <https://recursosparapymes.com/la-estrategia-de-precio-del-bundling/>.

²⁸¹ JOHNSON, M., y otros, “*The effects of Price Bundling on Consumer Evaluations of Product Offerings*”, Cornell University School of Hotel Administration, 1999, pp.1-20.

o su uso comercial, esta práctica puede restringir la competencia. La teoría económica señala que una empresa que goza de poder de mercado en un mercado (el vinculante) puede, en determinadas condiciones, valerse de esta posición o dominio en otro mercado (el vinculado), expulsando los competidores de este segundo mercado para después subir los precios por encima del nivel competitivo.

Desde la perspectiva del Derecho de la Competencia, el principal efecto negativo de la vinculación sobre la competencia es, por lo tanto, el posible cierre/exclusión del mercado del producto vinculado, Es que la vinculación puede derivar en una subida de precios de ambos productos del vinculante y del vinculado.

En estos casos, el comportamiento principal de una empresa o grupo de empresas se dirige a limitar las posibilidades de acceso de los competidores potenciales al mercado. El cierre del mercado puede representarse de diferentes formas, desde el extremo de la falta de negociación hasta las formas más sutiles de discriminación, tales como la degradación de la calidad del acceso. Por ejemplo, los llamados contratos de exclusividad por los que una empresa puede acaparar las fuentes de suministro de materias primas y/o de cauces de distribución.

El empresario utiliza frecuentemente este tipo de práctica comercial *en productos de primera necesidad*, donde el consumidor en numerosas ocasiones el único criterio por el que se guía es el precio de estos productos y no por su calidad.

Así, son ejemplos las ofertas en las grandes superficies de productos básicos como la leche, productos de repostería, de higiene personal, que se venden a precio de coste o inferior para obtener beneficios de la venta de cuchillas de afeitado, también en artículos de telefonía o digitales e impresoras que se venden por debajo de su coste para obtener beneficios del consumo de llamadas o de los cartuchos de tóner.

También podemos incluir en este tipo de productos tecnológicos, las consolas de videojuegos funcionan sólo con software licenciado por el fabricante de la consola y usa chips de bloqueo para hacer cumplir esa condición.²⁸²

La mayor parte de la doctrina rechaza este tipo de prácticas, aunque la Escuela de Chicago señala que se usan para realizar lo que de otra forma sería una discriminación de precios legales, tales contratos no causan daños y pueden ser incluso beneficiosos. Otros académicos sostienen que pueden ser métodos para resolver fallos del mercado que la rivalidad sin límites podría causar. Así, un franquiciador vincula al franquiciado que compran inputs de forma ocasional, para asegurar que la calidad es suficiente; sin la vinculación algunos franquiciados tendrán incentivos para usar la marca del franquiciador para atraer a los consumidores desapercibidos y luego proveer un servicio por debajo de los estándares debidos en detrimento de la reputación de la marca.²⁸³

En esta línea se encuentra la venta del producto “por un euro más”, (te incluye un producto más), alterándose el mecanismo de valoración racional del cliente haciendo que la emoción tome el control, de forma que el empresario consigue desviar la atención, el consumidor se centra en la idea de un euro más y deja a un lado el análisis del producto principal y lo que le cuesta realmente.

Para que funcione tenemos que crear una oferta valiosa, reduciendo el precio del paquete lo suficiente con respecto al precio por separado, especialmente si incluimos un producto estilo “*patito feo*” que la gente no suele desear adquirir.

²⁸² Así la Corte de Apelación del Distrito de Columbia rechazó esa visión de Microsoft, a la vez que sostuvo que la vinculación de Windows (sistema operativo) y el Explorador de Internet se analizase siguiendo la “regla de la razón” (por oposición a regla “per se”). *United States v. Microsoft*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

²⁸³ www.fidefundacion.es.

De hecho, la mayoría de “*bundles*” exitosos están conformados por uno o dos productos estrella que arrastran hacia la compra, además de unos cuantos productos normales y otros cuantos que no suelen tener tanto éxito.

Obviamente cuanto más grande el paquete y menor el precio, más próximo está este comportamiento comercial a su consideración como desleal.

Algunos “*bundles*” juegan a “*inundar de valor*” nuestra percepción, con una serie inacabable de productos en el paquete que nos hace difícil valorarlo lógicamente, de manera que nuestro cerebro toma el atajo de valorarlo como buena oferta, porque es “*mucho producto por poco dinero*”.

Al igual que el supuesto del apartado anterior el valor que tiene que el consumidor pueda analizar la información completa y tener claros los productos y precios que puede adquirir definen la diferencia si solo nos referimos a ella como una estrategia comercial o si se esta estrategia comercial pueda tratarse de una práctica comercial agresiva.

7 Especial referencia al telemarketing.

El *telemarketing* es una de las prácticas de mercado de carácter agresivo más habituales. Consiste en el contacto telefónico con el consumidor bien directamente, bien a través del teléfono directo o a través de una operadora de la propia empresa o subcontratada con un *call center*, esto es, el sistema denominado *outsourcing*.

La conexión telefónica puede darse con un cliente al que se le ofrece un producto o un servicio nuevo o futuros clientes elegidos al azar o a través de una base de datos que previamente el consumidor los ha dejado (en la mayoría de los casos desconoce en qué momento y a quién ha suministrado sus datos).

La finalidad de este contacto telefónico tiene carácter comercial, y consiste en la venta telefónicamente de un producto o la contratación de un servicio. Si la llamada telefónica ha resultado exitosa, concluye con la formalización de un contrato, con el registro y grabación de los datos personales y con la declaración del consentimiento por parte del cliente; Es decir, se ha formalizado el contrato en ese preciso instante. Posteriormente se le pedirá que

recoja el contrato que se enviará a su domicilio para que lo firme y devuelva, o se le ofrecerán diferentes opciones como envió por correo electrónico o recogida en una oficina del empresario o se le entrega presencialmente en su domicilio. En esta línea hay que tener en cuenta la nueva normativa recogida en el TRLGDCU que, en este tipo de contratos, y para evitar la falta de tiempo suficiente para tomar el consumidor medio una decisión pausada y meditada, ya que supondrá una alteración en su comportamiento económico, se amplía el plazo del desistimiento a 15 días desde la formalización del contrato.

En este sentido, recordar que las modificaciones introducidas por el TRLGDCU incluyen una mayor precisión en cuanto a la regulación del derecho de desistimiento en los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento, regulando, por ejemplo, un formulario normalizado al respecto que el consumidor podrá utilizar opcionalmente, al tiempo que se amplía el plazo para su ejercicio de 7 días hábiles a 14 días naturales, de conformidad con el Reglamento CEE, Euratom) n.º 1182/71 del Consejo, de 3 de junio de 1971, por el que se determinan las normas aplicables a los plazos, fechas y términos. Además, en caso de que el empresario no facilite al consumidor la información sobre el derecho de desistimiento, se amplía el plazo para desistir del contrato hasta 12 meses después de la fecha de expiración del periodo inicial. La ley regula igualmente las obligaciones que asumen las partes del contrato en caso de desistimiento, así como los efectos del mismo respecto a los contratos complementarios. Por otra parte, la ley contempla la posibilidad de que el empresario ofrezca al consumidor la opción de cumplimentar un formulario de desistimiento en línea, en cuyo caso deberá proporcionar sin demora indebida un acuse de recibo, por ejemplo, por correo electrónico...

La actividad del telemarketing puede clasificarse en dos modalidades: telemarketing *outbound* y telemarketing *inbound*. En todo caso, al usuario debe de proporcionársele adecuadamente la información del contrato y no una información insuficiente con cláusulas que no sean claras y transparentes.

Es por todo ello que, a la vista de lo expuesto, este tipo de actividad comercial se transforma permanentemente en prácticas agresivas, básicamente por la insistencia de las llamadas del operador de forma reiterada y continua con el objetivo de conseguir a través de estas técnicas la contratación de un producto o un servicio.

8 Breve referencia a otras prácticas agresivas

Finalmente, una vez establecido el régimen básico de las prácticas agresivas en los art. 28 y 29 LCD, el legislador ha dispuesto dos artículos más para dar cabida a algunas prácticas agresivas (art. 30 y 31 LCD). Como ya ha señalado la doctrina, realmente resulta criticable el planteamiento del legislador, puesto que se trata de unos preceptos que en modo alguno parecen estrictamente necesarios (especialmente por lo que se refiere al art. 31 LCD); *de una parte*, y por lo que respecta al art. 30 LCD, por cuanto que, como ya hemos puesto de relieve con anterioridad, las prácticas agresivas dirigidas a menores, al ser generalmente realizadas mediante publicidad, podrían ser sancionadas como publicidad agresiva y por ello ilícita, y en consecuencia, desleal; y, *por otra parte*, y por lo que respecta al art. 31 LCD, se trata de un precepto que contiene diversas prácticas estimadas agresivas sin que guarden entre ellas conexión alguna, sin que entre ellas existan elementos comunes de conexión que justifique su inclusión en el mismo precepto.

8.1 Manifestaciones de la lista negra en el Derecho español de la competencia desleal: el artículo 30 LCD y el artículo 31 LCD.

Los artículos 30 y 31 LCD constituyen el cierre del bloque de las prácticas comerciales agresivas con los consumidores y usuarios, que suponen la incorporación de algunas conductas estimadas agresivas y desleales “per se” en la denominada “lista negra” de la Directiva 2005/29/CE. El art. 30 LCD es analizado seguidamente al final de este epígrafe (8.2.3.).

En el art. 31 LCD el legislador ha regulado una práctica que responde de forma casi literal a la enunciada en el Anexo I (30) de la Directiva. Se trata de un supuesto relacionado con “las visitas a domicilio” por parte de un empresario/profesional, conducta ésta ya mencionada en el apartado 25 del Anexo I de la Directiva, y también en el art. 29. 1. LCD (realizar visitas en persona al domicilio del consumidor).

Se trata de una conducta muy frecuente en la práctica, que consiste en informar expresamente al consumidor o usuario de que el trabajo o el sustento del empresario o profesional corren peligro si el consumidor o usuario no contrata el bien o servicio. De la redacción de la conducta se pueden extraer los principales elementos del ilícito. *En primer lugar*, es necesario que el consumidor sea “informado expresamente”, lo que exige que el consumidor reciba la información de forma verbal, o bien por escrito, quedando además al margen de la deslealtad la simple insinuación o transmisión implícita del peligro de quedar sin trabajo si el consumidor no adquiere el bien/servicio²⁸⁴. Pero, *en segundo lugar*, será necesario, a efectos de prueba de la realización de la conducta, que quede constancia de tal comunicación, lo que no suele producirse.

Se trata, en definitiva, de un comportamiento que encaja más precisamente en la *presión psicológica*, que para parte de la doctrina es una conducta más próxima a la coacción (coacción psicológica)²⁸⁵, o bien al acoso²⁸⁶.

Asimismo, determinados grupos de casos que entre nosotros conocemos como obsequios, primas y subordinación de prestaciones u ofertas conjuntas, ventas agresivas y abuso de la buena fe de los consumidores, no tienen en la legislación española una norma específica, se analizarán en base a los artículos generales (artículo 5, 8 y 9) de la Directiva y en el artículo 8 de la LCD, es el caso de cláusulas generales emitidos en publicidad, promociones, o en procesos de adquisición de un producto o servicios.

En esta línea cabe citar la Sentencia TJUE de 18 de octubre de 2012, que tiene por objeto una petición de una cuestión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Court of Appeal (England&Wales) (Division Civil) (Reino Unido), mediante resolución de 2 de agosto de 2011, recibida en el Tribunal de Justicia

²⁸⁴ TATO PLAZA, A. /FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P./HERRERA PETRUS C., “*La reforma de la Ley de Competencia Desleal*”, cit., pp. 249.

²⁸⁵ TATO PLAZA, A. /FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P./HERRERA PETRUS C., “*La reforma de la ley de Competencia Desleal*”, cit., pp. 249.

²⁸⁶ MASSAGUER FUENTES, J., “*El nuevo derecho contra la competencia desleal*”, cit., pp. 133 y ss.

el 16 de agosto de 2011 en el procedimiento entre Purely Creative Ltd, Strike Lucky Games Ltd, Winners Club Ltd, McIntyre&Dodd Marketing Ltd,y Office of Fair Trading. La citada Oficina y los profesionales tras numerosas negociaciones solicitaban que las empresas publicitarias demandas, iniciándose un procedimiento ante la High Court of Justice a fin de que dictaren una orden conminatoria instando a los profesionales a que dejaran de distribuir una clase de publicidad, en cartas individuales, cupones y otros encartes publicitarios incluidos en periódicos y revistas, con ellos se informaba al consumidor que tenía derecho a un premio, para ello el consumidor previamente tendría que llamar a un numero de tarificación adicional, enviar un SMS de teletexto inverso u obtener información por vía postal o telegráfica, sin informar al consumidor de que la llamada suponía un beneficio para las empresas de publicidad. Los premios consistían desde un reloj suizo hasta un crucero por el Mar Mediterráneo.

En esta sentencia, se invocó la interpretación del número 31 del anexo de la Directiva comunitaria en la que se creaba 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 ventaja o premio equivalente ni 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.

El punto 31 interpreta el Tribunal, ciertos profesionales que crean la impresión falsa de que el consumidor que ha ganado un premio, cuando la realización de una acción relacionada con la obtención del premio, ya se trata de una solicitud de información y la clase de premio o de la recogida del mismo está sujeta a la obligación, por parte del consumidor de efectuar un pago o de incurrir en cualquier gasto. Es irrelevante, que el gasto impuesto al consumidor, como puede ser el gasto en un sello de correos, sea insignificante en relación con el valor del premio o que no confiera ningún beneficio al profesional, considerándose por tanto como una actuación agresiva²⁸⁷.

²⁸⁷ En relación con estas prácticas comerciales desleales per se por agresivas, se debe recordar que en todo caso, por el hecho de no cumplir con alguno de los requisitos exigidos legamente, no se considerarán lícitas, ya que podrá aplicarse el artículo 8 de la LCD, cuando tales comportamientos o conductas, teniendo en cuentas sus circunstancias, sean susceptibles de mermar de manera significativa, mediante acoso, coacción o influencia indebida, la libertad de elección o conducta del destinatario, pudiendo afectar a su comportamiento económico. MASSAGUER FUENTES, J., “*Las prácticas agresivas*” (...), cit., pp.22.

8.2 Manifestaciones de la lista negra en el Derecho español de la competencia desleal: artículo 31 LCD.

Como hemos apuntado previamente, en sede del art. 31 LCD parece más bien que el legislador ha incluido a estilo de “cajón de sastre”, una serie de supuestos que necesariamente debían ser calificados desleales por figurar en la “lista negra” de la Directiva²⁸⁸. Así, el contenido del 31 de la LCD está integrado por prácticas procedente de la llamada “lista negra”, integrada por aquellas prácticas comerciales que han quedado automáticamente calificadas como desleales por la nueva Directiva, en la idea de garantizar que los consumidores tengan completa seguridad jurídica en sus relaciones de mercado.²⁸⁹. Sin embargo, la técnica legislativa parece criticable, en cuanto que gran parte de las prácticas contenidas en el art. 31 LCD pueden encontrarse ya subsumidas en los art. 28 y 29 de la LCD. En definitiva, la tipificación de estas prácticas agresivas no son más que la necesidad por parte del legislador de recalcar determinadas prácticas como desleales, que bien podría no haber incluido en un artículo específico y determinado para ello, pero parece que el legislador quiso definir y acotar los supuestos de mercado, y no dar lugar a posibles interpretaciones sobre si determinadas prácticas son o no agresivas y por ello desleales.

8.2.1 Práctica agresiva en relación con la reclamación de indemnización en el marco de un contrato de seguro (art. 31. 1. LCD).

El apartado 1 del art. 31 LCD se refiere a dos conductas diversas, pero ambas relacionadas con un consumidor en el marco de un contrato de seguro.

²⁸⁸ CARBAJO CASCÓN, F., “Art. 31. Otras prácticas agresivas”, p. 827, cit., en Comentarios a la Ley de Competencia Desleal”.

²⁸⁹ <http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/unfair-trade/unfair-practices/>

Se trata en ambos caso de prácticas muy frecuentemente realizadas por las compañías aseguradoras, especialmente en época de crisis, que a grandes rasgos puede decirse que consisten en que las compañías aseguradoras pongan trabas u obstáculos a las reclamaciones de quienes están legitimados para exigir el cumplimiento de la prestación comprometida en el contrato de seguro (tomador del seguro, beneficiario de la prestación, o un tercero perjudicado por los actos del tomador del seguro o del asegurado)²⁹⁰ (“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 bien realizar una conducta pasiva en el cumplimiento de sus obligaciones (“dejar sistemáticamente sin responder la correspondencia al respecto, con el fin de disuadirlo de ejercer sus derechos”).

Respecto del *primer supuesto*, exigir documentación que no resulte razonablemente necesaria para determinar la existencia del siniestro o el importe de los daños, es necesario tomar como punto de partida que la principal obligación del asegurador, en el marco del contrato de seguro, es pagar la indemnización al término de las investigaciones y peritaciones necesarias para establecer la existencia del siniestro, asumiendo la obligación de pago en el plazo de 40 días posteriores a la recepción de la declaración de siniestro (art. 18. I Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, LCS). Por su parte, el asegurado y el tomador del seguro asumen la obligación de comunicar al asegurador la realización del siniestro, en el plazo de 7 días naturales desde su realización, debiendo aportar toda clase informaciones sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro, bajo la amenaza de perder el derecho a la indemnización si concurre dolo o culpa grave en la infracción de tal deber de colaboración (art. 16. III CLS).

En todo caso, como ha señalado la doctrina, es necesario atender a las circunstancias concretas en cada supuesto para determinar si el comportamiento del asegurador constituye

²⁹⁰ CARBAJO CASCÓN, F., “Art. 31. Otras prácticas agresivas”, p. 828, cit., en Comentarios a la Ley de Competencia Desleal”.

una práctica agresiva y por ello desleal: es necesario realizar un juicio de razonabilidad sobre el alcance que haya que atribuirse al deber de colaboración del tomador o del asegurado, puesto que será necesario determinar, caso por caso, si la documentación requerida es o no necesaria para demostrar la existencia del siniestro, sus causas, circunstancias y consecuencias. Y ello debe realizarse atendiendo al tipo de seguro, riesgo asegurado, y especialmente atendiendo a las características específicas del siniestro en cuestión²⁹¹.

Lo anterior no supone contradicción alguna con el hecho de que, puesto que el art. 31 se sitúa en el Capítulo III de la LCD, constituye una práctica desleal per se, sin necesidad de valorar la conducta del consumidor o usuario. En realidad, de lo que se trata para apreciar si estamos ante una práctica agresiva, no es de valorar si se ha producido acoso, influencia indebida o coacción en el consumidor, sino de valorar el comportamiento concreto de la entidad aseguradora en la exigencia de documentación frente a quien reclama el cumplimiento de la prestación (consumidor/usuario)²⁹².

Como señalamos al inicio del epígrafe, este comportamiento de la entidad aseguradora, parece que podría encajar realmente en una conducta de acoso -en cuanto que, definido el acoso como “perseguir, importunar, incomodar o apremiar al consumidor como medio de obtener su decisión de compra o determinar su comportamiento en el marco de la relación ya establecida”²⁹³-, por lo que esta práctica podría haberse incluido realmente en el art. 29 LCD.

En relación al segundo supuesto, que básicamente se refiere a que la entidad aseguradora realiza una conducta pasiva en el cumplimiento de sus obligaciones (“dejar sistemáticamente

²⁹¹ CARBAJO CASCÓN, F., “Art. 31. Otras prácticas agresivas”, p. 831, cit., en Comentarios a la Ley de Competencia Desleal”.

²⁹² Si quien reclamara no fuera un consumidor/usuario, sino otro empresario, la conducta podría ser subsumida en el art. 8 LCD, siendo entonces necesario analizar si el comportamiento de la entidad aseguradora pudiera constituir un acto de acoso, o bien de influencia indebida. CARBAJO CASCÓN, F., “Art. 31. Otras prácticas agresivas”, p. 833, cit., en Comentarios a la Ley de Competencia Desleal”.

²⁹³ MASSAGUER FUENTES, J., “El nuevo derecho contra la competencia desleal”, cit., p. 133.

sin responder la correspondencia al respecto, con el fin de disuadirlo de ejercer sus derechos”), se trata de un supuesto estrechamente relacionado con el anterior, puesto que la entidad aseguradora pretende, con su comportamiento, disuadir al consumidor/usuario en el ejercicio de su derecho.

Debe entenderse que la expresión “la correspondencia al respecto” se refiere a la documentación que envía el usuario a fin de comunicar la realización del siniestro y reclamar la indemnización, que debe entenderse de forma amplia (cualquier mensaje remitido también por medios de comunicación a distancia, como fax o correo electrónico), documentación que no es en absoluto contestada (“sistemáticamente”). En todo caso, la prueba del envío de la documentación recae sobre el usuario (burofax, carta con acuse de recibo, correo electrónico con firma electrónica reconocida)²⁹⁴.

Finalmente, señalar que, como apuntamos al inicio de este epígrafe, esta conducta pudiera haber encajado en el ilícito de acoso ex art. 29 LCD.

8.2.2 Prácticas agresivas en relación a suministros no solicitados (art. 31. 2. LCD).

Como ha señalado la doctrina, el envío de suministros no solicitados constituye ya una práctica clásica de carácter desleal; este tipo de prácticas dirigidas a los consumidores han sido especialmente frecuentes, estimando la doctrina que llevaban aparejadas un componente de deslealtad en cuanto que prácticas especialmente agresivas²⁹⁵. Como veremos, se trata de prácticas que encajan en el ilícito del acoso, en cuanto que tratan de presionar al consumidor para que proceda a realizar un pago, devuelva o custodie, bienes/servicios no solicitados previamente (“Exigir el pago inmediato o aplazado, la devolución o la custodia de bienes o

²⁹⁴ TATO PLAZA, A. /FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P./HERRERA PETRUS C., “*La reforma de la ley de competencia desleal*”, cit., pp.245.

²⁹⁵ ARROYO APARICIO, A., “*Artículo 8. Prácticas agresivas*”, p. 210, cit. en “*Comentarios a la Ley de Competencia desleal*”.

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”).

La Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002 relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/C), preveía el régimen jurídico de los servicios no solicitados por los consumidores o usuarios²⁹⁶, y haya exigencia de pago aplazado o inmediato.

En la misma línea, y como es sabido, también la regulación de la contratación a distancia se incluyó en el TRLGDCU, por lo que la Ley protegía expresamente al consumidor/usuario que no estaría obligado a devolver bienes suministrados sin previa petición por su parte (art. 100. 1. TRLGDCU), ni tampoco se le podrá exigir su pago o indemnización alguna si decidiera devolver los bienes suministrados y éstos sufrieran algún desperfecto. Conforme al TRLGDCU, el envío no solicitado era considerado como una infracción administrativa (grave), pudiendo incluso ser considerada muy grave atendiendo a su reincidencia o al volumen de facturación.

En todo caso, expresamente el art. 31. 2. LCD contempla una excepción a la regla general, que es la prevista en el art. 97. 1. F) TRLGDCU, en el sentido de que el envío no se

²⁹⁶ Artículo 9: “Servicios no solicitados

Sin perjuicio de las normas previstas en la legislación de los Estados miembros relativas a la renovación tácita de los contratos a distancia, cuando éstas permitan dicha renovación tácita, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias a fin de:

- prohibir la prestación de servicios financieros a un consumidor sin la solicitud previa de éste, cuando esta prestación implique una exigencia de pago inmediato o aplazado,
- dispensar al consumidor de toda obligación en caso de prestación no solicitada, sin que la falta de respuesta pueda considerarse como consentimiento”.

considerará no solicitado en caso de previo pacto de sustitución de bienes o servicios ex art. 97. 1. f y 105 TRLGDCU²⁹⁷.

Encontramos algunos ejemplos muy frecuentes de envíos no solicitados; así, es cierto que se ha delimitado la información precontractual y contractual con indicadores tales como “En aquellos casos en que *una oferta comercial no deseada* se realice por teléfono, las llamadas deberán llevarse a cabo desde un número de teléfono identificable.”(Artículo 97.5), “la utilización por parte del empresario de técnicas de comunicación que consistan en un sistema automatizado de llamadas sin intervención humana o el telefax necesitará el consentimiento expreso previo del consumidor y usuario.”(97.3), estos aspectos regulados son la teoría de una práctica cotidiana en la oferta de prestaciones de servicios no solicitados por el cliente en relación a “mejoras”, modificaciones de prestaciones de un servicio ya contratado vigente o no en el momento de llevarse a cabo por el empresario la oferta precontractual.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado la sentencia de 13 de septiembre de 2018, en relación a los asuntos acumulados C-54/17 Autorità Garante del Mercato Wind/Tre S.p.A y C-55/17 Autorità Garante de la Concorrenza e del Mercato/Vodafone Italia, ha determinado que la comercialización de tarjetas SIM que contienen servicios de pago preinstalados y preactivados constituyen una práctica comercial agresiva y desleal cuando los consumidores no son informados de ello previamente. Este comportamiento constituye un suministro no solicitado que puede ser sancionado por una autoridad nacional distinta de la establecida por el Derecho de la Unión en el sector de las comunicaciones electrónicas.

El Tribunal señala en la sentencia que la solicitud de un servicio debe ser una elección libre del consumidor y cuando el consumidor no ha sido informado ni del coste de unos servicios ni siquiera de que están pre instalados y pre activados en la tarjeta SIM que ha comprado (extremo que debe comprobar el tribunal nacional), no es posible considerar que el consumidor haya elegido libremente el suministro de dichos servicios. A este respecto resulta indiferente que la utilización de esos servicios haya podido requerir, en ciertos casos, una acción consciente por parte del consumidor. Del mismo modo, resulta indiferente que el consumidor haya tenido la posibilidad de hacer que se desactiven esos servicios o de desactivarlos él mismo, dado que no había sido informado previamente de su existencia. Constituyen un «suministro no solicitado» y por tanto, según la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales, una práctica desleal (más concretamente, una práctica agresiva) en cualquier circunstancia.

²⁹⁷ Para un análisis muy detallado de este supuesto, vid. CARBAJO CASCÓN, F., “Art. 31. Otras prácticas agresivas”, pp. 837 y ss, cit., en “Comentarios a la Ley de Competencia desleal”.

8.3 Manifestaciones de la lista negra en el Derecho español de la competencia desleal: las prácticas agresivas en relación con los menores (art. 30 LCD).

En el marco de este trabajo, en el que se analizan con detalle los artículos referentes a las prácticas comerciales agresivas con los consumidores, se sitúan también las prácticas agresivas en el mercado con los menores, que brevemente se comenta en este epígrafe. Se trata de prácticas dirigidas a consumidores de especial protección, como reconocen las normas en materia de consumo.

El punto de partida es el art. 3. b) LGP, que califica como ilícita “la publicidad dirigida a menores”, por lo que su consideración como ilícita es el “prius” para calificar la práctica como desleal.²⁹⁸

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

Llama la atención, a la vista de este precepto, *en primer lugar*, que el art. 30 ha ampliado a “los servicios” su ámbito de consideración, si se compara con la regulación contenida en la Directiva, que sólo se refiere a “productos”, lo que podría plantear algún problema si tenemos en consideración que la Directiva es de máximos²⁹⁹. *En segundo lugar*, es necesario destacar que la práctica dirigida a los menores será agresiva cuando esté específicamente dirigida a los menores, lo que implica que esté el tipo de producto publicitado esté dirigido al público infantil, así como el diseño del mensaje publicitario, y las circunstancias que

²⁹⁸ ZUBIRI DE SALINAS, M., “Artículo 30. Prácticas agresivas en relación con los menores”, pp. 812, cit. en “Comentarios a la Ley de Competencia desleal”.

²⁹⁹ ZUBIRI DE SALINAS, M., “Artículo 30. Prácticas agresivas en relación con los menores”, pp. 809 y 810, cit. en “Comentarios a la Ley de Competencia desleal”.

rodean al mensaje publicitario³⁰⁰. Y, *finalmente*, es necesario que simultáneamente esté dirigida la práctica directamente a los menores, que se trate de una exhortación directa³⁰¹.

En definitiva, el legislador regula en un artículo específico la especial protección de los consumidores y usuarios menores de edad en relación con las técnicas utilizadas con los menores en el marketing, especialmente.

Y esta específica atención es la que también han recibido los menores en cuanto que destinatarios de la publicidad, por Organismos expertos en Publicidad.

Así, el Código de Autorregulación de la publicidad infantil de juguetes señala que “los menores como el resto de ciudadanos y ciudadanas, tienen derecho a ser informados sobre los productos que les interesan. Sin embargo, constituyen una audiencia con la capacidad limitada para evaluar la información que reciben”.³⁰²

En la misma línea, el Código de Corregulación de la publicidad de alimentos y bebidas dirigida a menores, prevención de la obesidad y salud (CODIGO PAOS), en el epígrafe VI, que trata de la “presión de ventas” indica que “Los menores, especialmente los menores de hasta 12 años de edad, no están preparados como lo están los adultos para tomar decisiones de compra juiciosas e independientes”.³⁰³

La especial protección de los menores de edad se denota imprescindible al tratarse de personas de capacidad limitada, falta de madurez, mayor ingenuidad y credibilidad, es decir una menor experiencia y de capacidad de análisis crítico. Ello impide que puede ser evaluado en el ámbito del concepto general de consumidor medio, tal como se ha señalado en el epígrafe correspondiente, ya que la noción de consumidor medio comprende los requisitos

³⁰⁰ TATO PLAZA, A., “*La reforma de la Ley de competencia desleal*”, cit., p. 403.

³⁰¹ TATO PLAZA, A., “*La reforma de la Ley de competencia desleal*”, cit., p. 403.

³⁰² Código de Autorregulación de la publicidad infantil de juguetes de 1 de enero de 2006.

³⁰³ Código de Corregulación de la publicidad de alimentos y bebidas dirigida a menores, prevención de la obesidad y salud (CODIGO PAOS) de 2005, modificada en 2013.

que ha de estar normalmente informado y ser razonablemente atento y perspicaz, no pueden exigirse de la misma forma a los menores de edad. En su esencia, ya que no tienen capacidad de obrar por ser menores de edad atendiendo a las reglas generales del Código Civil. En consideración a tales planteamientos, el artículo 30.2 LCD considera desleal por agresivo este tipo de publicidad dirigida a los menores.

Finalmente, es necesario destacar por su importancia jurídica, el expreso mandato que la Disposición Adicional Decimonovena (“Derechos de los menores en Internet”) de la reciente LOPDDGDD contiene al legislador para que, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley³⁰⁴, promulgue una normativa que específicamente tenga por objeto “(...) garantizar los derechos de los menores ante el impacto de Internet, con el fin de garantizar su seguridad, y luchar contra la discriminación y la violencia que sobre los mismos es ejercida mediante las nuevas tecnologías”.

³⁰⁴ Disposición Final Decimosexta, “Entrada en vigor”: “La presente Ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado”.

CAPITULO IV. CONSIDERACIONES SOBRE ECONOMÍA COLABORATIVA Y PRÁCTICAS AGRESIVAS DEL MERCADO.

1 Aproximación al concepto de la economía colaborativa.

En los inicios de este nuevo movimiento económico se utilizaron los términos de consumo colaborativo (*collaborative consumption*) o participativo (*sharing consumption*). Posteriormente, estos términos se fueron modificando por los actuales, la denominada economía colaborativa (*collaborative consumption*) o economía participativa (*sharing economy*), ya que la economía colaborativa alcanza un conjunto de actividades más amplio que comprenden, tanto operaciones de consumo como de producción³⁰⁵. El termino originario resultó insuficiente por implicar la economía colaborativa algo más que simplemente “consumo”³⁰⁶.

Por tanto, la terminología “economía colaborativa” intenta aglutinar a los nuevos sistemas de producción y consumo de bienes y servicios que nacen gracias a los avances de la tecnología de la información para intercambiar y compartir dichos bienes y/o servicios a través de plataformas digitales. En esta misma línea nace el término “*platform cooperativism*”, movimiento que propugna que las plataformas sean propiedad de quienes proporcionan los recursos que las hacen funcionar, que se gobiernen de forma democrática y que repartan beneficios entre sus copropietarios productores-consumidores. Las diferentes

³⁰⁵ ALFONSO SANCHEZ, R., “Aproximación jurídica a la economía colaborativa: diferentes realidades”. Cuadernos de Derecho y Comercio, 2016, nº 66, pp. 20 y 21.

³⁰⁶ SANCHEZ ROSALIA, A., “Collaborative economy: a new market for the social economy”, CIRIEC-España; Valencia, nº 88, diciembre 2016, pp.. 231-258.

experiencias iniciales reflejaron el interés de los consumidores por este tipo de movimiento colaborativo que tenía como finalidad el ahorro para el consumidor³⁰⁷.

Por tanto, por “economía colaborativa” podemos entender aquel modelo de organización industrial en el que una plataforma electrónica facilita la contratación de servicios, incluyendo el servicio de arrendamiento de bienes, ofertado por un grupo de usuarios (prestadores) y demandados por otro grupo de usuarios (consumidores)³⁰⁸.

A través de este nuevo modelo de gestión de necesidades de los consumidores (consumo colaborativo), y en el que se ha querido ver cierto trasfondo ético³⁰⁹, el movimiento de economía colaborativa ha incorporado al mercado nuevos modelos de negocio, en los que se constituye como elemento delimitador la utilización de las nuevas tecnologías que conllevan un abaratamiento de los costes de transacción en las operaciones comerciales³¹⁰. Este modelo de negocio que se expande a pasos agigantados, ha conllevado la modificación del mercado y ha explotado el concepto de consumidor y proveedor³¹¹, así como la propia sociedad

³⁰⁷ MIRANDA SERRANO, L.M., “Economía colaborativa y competencia desleal, ¿Deslealtad por violación de normas a través de la prestación de servicios facilitados por plataformas digitales?” Revista de Estudios Europeos, nº 70, p. 201.

³⁰⁸ MONTERO PASCUAL, J.J., “La regulación de la economía colaborativa Airbnb, BlabaCar, Uber y otras plataformas”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp.36.

³⁰⁹ DE LA CALLE, CALLE, P.,” *Contra la crisis: consumo colaborativo*”, en ROSADO, B. / DE LA CALLE, A. (Eds.) *Cambios económicos y jurídicos: En un contexto de crisis*, Editorial Plublicia, 2014, p.174.

³¹⁰ DOMENECH PASCUAL, G., “La regulación de la economía colaborativa (“El caso Uber contra taxi”)”. CEFlegal, Revista Practica de Derecho, 2015. Comentario y casos prácticos, 175-176, pp. 66 y 67.

³¹¹ GARCÍA VELA, M. A., “La imparable economía colaborativa”, El País, 24/6/2014, en donde se señala que “Miles de plataformas electrónicas de intercambio de productos y servicios se expanden a toda velocidad en un abierto desafío a las empresas tradicionales. Compartir en vez de poseer. La economía colaborativa o consumo colaborativo quiere cambiar el mundo. Plantea una revolución abrazada a las nuevas tecnologías. El Instituto Tecnológico de Massachusetts (MIT) le calcula un potencial de 110.000 millones de dólares (82.000 millones de euros). Hoy ronda los 26.000 millones. Y quienes participan a título personal en este sistema basado

de la información³¹². Por ello, es objeto de este estudio el análisis de estos nuevos modelos de negocio en su relación con el consumidor, especialmente se trataría de clarificar si la normativa actual tanto en materia de Protección del consumidor como de Competencia desleal pueden ofrecer el amparo jurídico necesario para evitar la realización de prácticas agresivas (para el consumidor) en el mercado a través de la utilización de plataformas digitales como instrumentos de la economía colaborativa.

El concepto de *sharing economy* fue mencionado por primera vez en el año 2007. El término fue acuñado por RAY ALAR en el artículo del mismo título publicado en el *Boletín Leisure Report* (2007), de forma que el concepto de consumo colaborativo comenzó a popularizarse en 2010 con la publicación del libro *What's Mine Is Yours: The Rise of Collaborative Consumption* (RACHEL BOTSMAN)³¹³, en el que expuso cómo el *acceso* a bienes y servicios puede ser de relevancia prioritaria sin ser necesaria la propiedad de los mismos³¹⁴.

en intercambiar y compartir bienes y servicios a través de plataformas electrónicas se embolsan, según la revista *Forbes*, más de 3.500 millones de dólares (2.580 millones de euros)”.

³¹² En relación al *denominado Sharing Economy*, se ha señalado (*Subcommittee Chair Michael Burges* (TX-D) que “There should be some limited government oversight, particularly where safety is needed. And firms should be thinking about privacy and cybersecurity from the outset, lest they invite the very regulation they would rather avoid,” but added, “We should be highly skeptical of interventions that snatch away new conveniences and measurable benefits for consumers.” *The Congressional Digest*, volumen 24, 2015.

³¹³ BOTSMAN R., “*What's mine is yours: The raise of collaborative consumption*”, *Business & Economics*, 2010, Harper Collins e-book, explica los sistemas que forman parte de *Sharing Economy*:

Sistema producto/acceso: Refieren al acceso a una experiencia específica en lugar de la propiedad. Ej: Renta de bienes o servicio. Ejemplo: Airbnb, Lyft, etc.

Sistemas de redistribución: Para intercambiar artículos de donde no están siendo usados a lugares en donde se necesitan. Ej: Sistemas de trueque online y venta de artículos de segunda mano.

Estilos de vida colaborativos: Usuarios comparten sus habilidades o su tiempo y se benefician en alguna manera de ello. Ej: Crowdfunding, Taskrabbit.

³¹⁴ [wikipedia.org/wiki/ Consumo colaborativo](http://wikipedia.org/wiki/Consumo_colaborativo).

Con posterioridad, la misma autora (*Revista Wired*, 2010) señala que “*From enormous marketplaces such as eBay and Craigslist, to emerging sectors such as social lending (Zopa) and car sharing (Zipcar), Collaborative Consumption is disrupting outdated modes of business and reinventing not just what we consume but how we consume. New marketplaces such as Swaptree, Zilok, Bartercard, AirBnb, and thredUP are enabling “peer-to-peer” to become the default way people exchange — whether it’s unused space, goods, skills, money, or services — and sites like these are appearing every day, all over the world.*”³¹⁵.

En fin, en el siguiente cuadro expone la revolución que ha supuesto esta modificación de hábitos conllevados por el concepto de la globalización y la necesidad de los ciudadanos de acceder a todo aquello que anteriormente, bajo el concepto de propiedad, era bastante cuestionable, y que actualmente, en el marco del consumo colaborativo, se facilita su acceso al consumidor.

<p>SIGLO XX CRÉDITO + PUBLICIDAD + PROPIEDAD INDIVIDUAL</p> <p>= HIPER CONSUMO</p>	<p>SIGLO XXI REPUTACIÓN + COMUNIDAD + ACCESO COMPARTIDO</p> <p>=CONSUMOCO LABORATIVO³¹⁶</p>
---	---

2 Noción amplia de la economía colaborativa.

Antes de entrar en el estudio de la economía colaborativa y la importancia de su adaptación a la legislación en materia de competencia desleal y, en más en particular, en materia de

³¹⁵ Botsman R., *Revista Wired*, Agosto, 2010.

³¹⁶ <http://www.consumocolaborativo.com/>

prácticas agresivas para el consumidor, es esencial analizar si el consumidor está suficientemente protegido por la normativa actual de Consumo, en primer lugar, y qué tipo de operaciones de mercado son idóneas para suponer su consideración como práctica agresiva conforme al Derecho de la competencia desleal, en segundo lugar.

Así, las operaciones económicas en la economía colaborativa pueden clasificarse, de una parte, en operaciones realizadas entre consumidores, C2C (*consumer to consumer*): son operaciones de intercambio de bienes o servicios a través de la red, en las que no existe finalidad lucrativa; se trata, en definitiva, de aquellas relaciones de consumo colaborativo originarias.

De otra parte, en operaciones realizadas por los empresarios o profesionales, C2B (*consumer to business*), B2B (*business to business*), con una clara finalidad lucrativa. En este tipo de operaciones no existe el elemento de “intercambio” que subyace sin embargo en las operaciones C2C.

En concreto, para abordar el estudio de las prácticas agresivas en materia de Competencia desleal, centraremos el análisis tanto en las operaciones realizadas por los empresarios con el consumidor, como en las realizadas por aquellos consumidores que realizan una prestación de estas características con finalidad lucrativa. Pero, en todo caso, analizando el instrumento por excelencia en la economía colaborativa, cual es el uso de *las plataformas digitales*, a través de las cuales se articula el negocio contractual correspondiente, destacando entre ellas, las de transporte (Uber, Cabify), alojamiento (Airbnb...), coworking³¹⁷ o crowdfunding³¹⁸, entre otras.

³¹⁷ CASADO ROMÁN, J, “Elementos esenciales del contrato de coworking”, Actualidad Civil, nº 12, diciembre 2014.

³¹⁸ SANCHEZ ROGER, M., “Crowdfunding y la economía de Internet”, Análisis Financiero, nº 127, 2015, pp. 1-12.

En este sentido, es importante destacar que el ámbito normativo que se aplica a los supuestos de las plataformas digitales que conllevan una ganancia patrimonial y que implican una utilización profesional de la misma con finalidad lucrativa, abarca las normas de protección de los consumidores y de Competencia desleal en materia de protección de los consumidores, así como normativa Fiscal y Administrativa³¹⁹.

Pues bien, este fenómeno, como hemos señalado previamente, ha supuesto una auténtica revolución para el Derecho de competencia desleal y para la protección de los consumidores, no sólo por la atención que ya le ha prestado la doctrina (así, entre otros, (Botsman, Brenner, Lessing, Howe, Fischbach, Puschmann)), sino por cuanto que, en el marco de la economía colaborativa, las relaciones contractuales y los sujetos intervinientes no juegan su papel de manera clara y precisa, sino por el contrario, de forma difusa, ya que los consumidores interactúan, bien como consumidores y empresarios, o bien los sujetos de las futuras relaciones contractuales son consumidores por ambas partes (B2C, C2C)³²⁰.

Finalmente, señalar que los anteriores planteamientos expuestos han sido ratificados por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), que, en sus *Conclusiones preliminares sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y de economía colaborativa*, indica que ésta abarca un conjunto heterogéneo y rápidamente cambiante de modos de producción y consumo por el que los agentes comparten de forma innovadora

Estas plataformas se instalan a través de app, en las que el consumidor sólo a través de un clic en un botón de la pantalla del teléfono móvil acepta las condiciones del contrato y, a continuación, formaliza el contrato con el pago de una tarjeta de crédito registrada previamente.

³¹⁹ FALCON Y TELLA, R., “*La tributación de Uber*”, Quincena Fiscal, nº 13, 2014, pp.11-16.

³²⁰ Revista Forbes, Abril 2013, p. 93. La revista Forbes ha estimado recientemente que el flujo de ingresos a través del consumo colaborativo superará los 3,5 mil millones de dólares este año, con un crecimiento superior al 25 %.

activos, bienes o servicios infrautilizados, a cambio o no de un valor monetario, valiéndose para ello de plataformas sociales digitales y, en particular, de Internet³²¹.

3 El planteamiento de la UE sobre la economía colaborativa.

The collaborative economy para la Unión Europea abarca “los modelos de negocio donde las actividades se realizan mediante las plataformas de colaboración que crean un mercado abierto para el uso temporal de bienes o servicios a menudo proporcionados por particulares”³²².

Esta revolución asociativa quiebra en cierta manera los pilares de la creación de las políticas de protección de los consumidores, afectando a la economía en sus diferentes vertientes³²³; manifestación de ello es que las propias Instituciones de la UE han elaborado en el año 2014 un Dictamen sobre “*Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI*”. Así, el Comité Económico y Social Europeo señala que el cooperativismo es “el principal aliado del consumo colaborativo o participativo, en la medida en que conjugan y comparten principios y valores”, si bien en un Dictamen posterior este planteamiento se matiza al señalarse que las cooperativas y las mutualidades quedan excluidas de las prácticas encuadrables en la economía colaborativa (“*La economía colaborativa y la autorregulación*”)³²⁴. Por su parte, el Comité de las Regiones, en su

³²¹ Conclusiones preliminares sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y de economía colaborativa, disponible en [https:// www.cnmv.es](https://www.cnmv.es).

³²² COM(2016)356 final, Bruselas 2.6.2016, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones titulada “*Una Agenda Europea para la economía colaborativa*”, pp.1-50,p.3.

³²³ PUSCHMANN, T., and RAINER A., “*Sharing Economy*” Business Economy, 2016.

³²⁴ DICTAMEN del Pleno del Comité de las Regiones de 3 y 4 de diciembre de 2015 sobre “La dimensión local y regional de la economía colaborativa”.

dictamen sobre “*La dimensión local y regional de la economía colaborativa*”, señaló que en este nuevo sistema de relaciones económicas deben tenerse en cuenta los planteamientos no comerciales basados en la utilidad pública, pues considera que la economía colaborativa pertenece a la economía social.³²⁵

Con posterioridad, a finales del año 2015, el Comité Europeo de las Regiones se convirtió en el primer organismo de la UE que señaló que “(...) la economía colaborativa tiene que ser regulada, o mejor regulada, con el fin de asegurar una adecuación legal y una competitividad justa, sin perjudicar a la innovación”³²⁶.

Finalmente, el Dictamen sobre “*Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI*”, explica la necesidad de su redacción al indicar que “...está en línea con lo establecido en la Estrategia Europa 2020, que propone un consumo de bienes y servicios acorde con un crecimiento inteligente, sostenible e integrador y, además, con incidencia en la creación de empleo, en la productividad y en la cohesión económica, social y territorial. Además, otras estrategias de la UE afectan directa o indirectamente el espacio del consumo colaborativo, tales como la Comunicación relativa al «Plan de acción sobre consumo y producción sostenibles y una política industrial sostenible», la «Iniciativa de Innovación social de Europa», o la «Agenda Digital para Europa».”³²⁷ En el Dictamen se

³²⁵ SANCHEZ ROSALIA, A., “*Collaborative economy: a new market for the social economy*”, CIRIEC-España; Valencia, n° 88, diciembre 2016, pp. 231-258.

³²⁶ ORTIZ VIDAL, M^o. D., “*La economía colaborativa en la Unión Europea: un fenómeno tan popular como controvertido*”, en Retos Jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital, dir. ALFONSO SANCHEZ, R./ VALERO TORRIJOS, J., ed. Thomson- Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 73 y ss.

³²⁷ DICTAMEN del Comité Económico y Social Europeo sobre «*Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI*» (Dictamen de iniciativa), (2014/C 177/01). Sin ánimo de exhaustividad, se destacan seguidamente los aspectos más relevantes del Dictamen:

“2.11. Los consumidores quieren poseer menos pero beneficiarse más. Los beneficios racionales percibidos se centran en reducir y en los aspectos prácticos, pero los aspectos emocionales proporcionan afirmación personal y sentimiento de pertenencia. Ofreciendo alternativas cómodas y a menudo más económicas, con las iniciativas

de consumo colaborativo se optimizan los recursos ya disponibles y se evita la fabricación de nuevos productos innecesarios. En definitiva, compartir resulta rentable y sostenible.

2.12. Basta con reflexionar acerca de la digitalización de los contenidos (fotografías, música, vídeos, libros, etc.) para comprobar que ha permitido a mucha gente darse cuenta de que a menudo lo que se quiere no es el disco en sí, sino la música que está grabada en él. Mientras se pueda acceder en el momento que se necesite se podrá estar satisfecho, y más aún si exige una menor disponibilidad o utilización del espacio personal.

2.13. La propuesta del consumo colaborativo o participativo propicia también una salida a todos los colectivos más vulnerables y, especialmente, a aquellas familias con una situación económica difícil o que hayan podido ser excluidos de los canales convencionales de acceso al crédito para la adquisición de los bienes que necesitan, dadas las circunstancias sociales actuales. Pero también supone una opción para aquellos que pudiendo acceder al mercado de bienes y servicios de forma normalizada, voluntariamente toman la decisión de no hacerlo basada en el compromiso con sus valores personales

2.14. El consumo sostenible fue reconocido a nivel de Naciones Unidas, a partir de 1999 como un derecho básico del consumidor, mientras que en la Unión Europea, al ser anteriores los textos legislativos de protección al consumidor, no figura dicho derecho como tal aunque debería así reconocerse, como ya solicitó el CESE expresamente mediante una modificación de los Tratados que incluyese el «principio de desarrollo de políticas sostenibles de consumo».

Por otra parte, también el CESE ha aprobado dictámenes relativos a la economía verde y un dictamen sobre la obsolescencia programada. Recientemente, el Parlamento Europeo, en su Resolución sobre la Agenda al Consumidor, ha solicitado expresamente a la Comisión que se ocupe del tema.

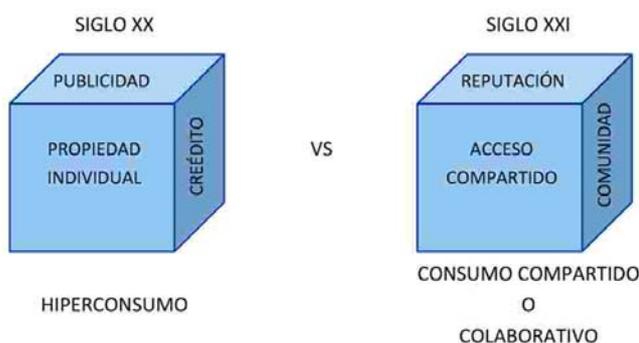
3.13. Finalmente, el consumidor comprometido presta su influencia y apoyo a la marca, tomando parte activa en el éxito de la iniciativa compartida, lo que consolida y retroalimenta el proceso

3.14. En resumen, se trata de reformular la ecuación: crédito + publicidad + propiedad individual= hiperconsumo -que refleja el espíritu del siglo XX- en esta otra que pretende perfilar el actual siglo: reputación + comunidad + acceso compartido = consumo compartido o colaborativo.

indica igualmente la clasificación entre, de una parte, plataformas de negocios (es decir, actividades de prestación de servicios con ánimo de lucro), y de otra, aquellas que no tienen ninguna finalidad lucrativa. Será la primera de ellas la que será objeto de control y vigilancia por parte de la UE, como indica textualmente el Informe:

“Lo más parecido desde el punto de vista del Derecho de la Unión Europea, el consumo colaborativo o participativo equivaldría a la prestación de un servicio, a los efectos del artículo 57 TFUE, pero surgen muchos interrogantes. No obstante, deberían diferenciarse, en el consumo colaborativo, entre las actividades sin ánimo de lucro de las que persiguen como fin obtener una ganancia. Siendo solamente éstas últimas actividades las que deben merecer la atención del legislador de la Unión”.

En un intento de ordenar la creciente diversidad heterogénea de iniciativas comprendidas bajo el concepto de consumo colaborativo o participativo, se consideran, por un lado, cuatro ámbitos en la economía del compartir, como son: de consumidor a consumidor (C2C); de



3.15. El consumo colaborativo comparte muchos objetivos de las políticas de la Unión, especialmente del mercado interior, tales como aumentar la eficiencia de los recursos, avanzar en la innovación social, generando empleo y prosperidad económica. Muchas empresas nuevas de consumo colaborativo realizan sus operaciones en el territorio de la Unión, por lo que el continente puede convertirse en una «incubadora» de nuevos modelos de negocio que cree un desarrollo económico más sostenible.

3.16. Al representar el consumo colaborativo un importante cambio económico, social y cultural, la Comisión debe remover los obstáculos que puedan existir a nivel europeo para el desarrollo de estas actividades, creando un marco regulatorio que genere certidumbre a largo plazo en el sector.”

consumidor a consumidor, pero a través de negocio (C2B); de negocio a consumidor (B2C); y, finalmente, de negocio a negocio (B2B).

Por otro lado, se propone una categorización según tres sistemas: sistemas basados en producto, sistemas basados en mercados de redistribución y sistemas basados en estilos de vida colaborativos. A la vista de tal clasificación, es evidente que cualquier ámbito de la vida cotidiana puede ser objeto de práctica de consumo colaborativo o participativo: así, la movilidad (carsharing, alquiler y uso compartido de vehículos, taxis, bicicletas y plazas de aparcamiento, carpooling o rellenar asientos vacíos de coches con otros pasajeros que vayan en la misma dirección); la eficiencia energética (uso compartido de equipamiento doméstico); la habitabilidad y los espacios de cultivo (alquiler de habitaciones, uso compartido de viviendas y de huertos urbanos y rurales); los negocios (coworking o compartir locales para oficina); las comunicaciones (plataformas para el móvil en la que los usuarios pueden comprar y vender bienes y servicios a personas que viven en una misma comunidad); el trabajo (microtarefas, contratar personas para encargos determinados, «solucionadores» a domicilio donde se adjudican al mejor postor pequeñas tareas domésticas que van desde colgar cuadros a montar muebles por piezas); la cultura (bookcrossing y trueque de libros, promoción de intercambios culturales de jóvenes de diferentes países); la educación (comunidades digitales para aprender idiomas); el tiempo y las habilidades (bancos de tiempo); el ocio (compartir contenidos digitalizados); las finanzas (préstamos entre particulares, préstamos directos de particulares a pequeñas y medianas empresas, *crowdfunding* o financiación colectiva, *crowdfunding for crowdbenefits*); el turismo (experiencias gastronómicas en casas particulares y peer to peer de intercambio de alimentos); el arte, y también mercadillos de intercambio y regalo de ropa y objetos para niños, reparación y reciclaje de objetos, entre otras muchas iniciativas que se podrían añadir, pero cuyo análisis exhaustivo escapa de los objetivos del presente Dictamen; o, finalmente, impulsar la utilización de las energías renovables, al ser posible compartir el exceso de energía a través de las redes inteligentes.

A la vista de la amplitud de actividades que podrían incluirse en la economía colaborativa, concluye el Dictamen señalando que bastaría con identificar qué bienes, conocimientos o servicios disponen de capacidad ociosa y pueden ser compartidos en un escenario proclive al desarrollo del consumo colaborativo o participativo, como es el que aúna una situación

económica débil de manera permanente, una demanda creciente para el desarrollo ético y sostenible, y una vida cotidiana en la que cada vez los ciudadanos estén más conectados, condiciones que se producen en la actualidad.”³²⁸

Finalmente, pero no por ello menos importante para nuestro trabajo de investigación, indica el Dictamen que “(...) el consumo sostenible fue reconocido a nivel de Naciones Unidas, a partir de 1999, como un derecho básico del consumidor, mientras que, en la Unión Europea, al ser anteriores los textos legislativos de protección al consumidor, no figura dicho derecho como tal”.

4 Naturaleza jurídica del contrato suscrito con el consumidor en la economía colaborativa.

Como es bien sabido, la economía colaborativa se enfrenta a grandes retos jurídicos, debido básicamente a la falta de normativa que contenga su régimen jurídico, y especialmente en materia de Derecho de la competencia desleal, así como en su relación con la protección de los consumidores, como hemos indicado anteriormente.

El punto de partida parece que debe ser considerar que la regulación jurídica general de este nuevo mercado implica abordar la regulación jurídica contractual, pero esencialmente atender a la naturaleza jurídica de la mediación electrónica desempeñada por las plataformas a través de las cuales se gestiona la oferta y la demanda, ya que estas plataformas desarrollan funciones múltiples (desde la recogida, almacenamiento y transmisión de datos personales, hasta realizar el contacto entre la oferta y la demanda), planteando una problemática jurídica específica que requiere una amplia regulación. Así, los términos y condiciones contractuales para el acceso y participación de los usuarios no son suficientemente garantes de sus intereses, ocasionándose escasa transparencia en las obligaciones y responsabilidades de la

³²⁸ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI» (Dictamen de iniciativa) (DOUE, 11/06/2014, 2014/C 177/01).

plataforma ³²⁹y, consecuentemente, impidiéndose que el usuario tenga la información necesaria para operar y otorgar su consentimiento a la prestación del servicio o adquisición del producto.

4.1 Sujetos intervinientes

Es sabido que en las plataformas digitales intervienen tres sujetos: la plataforma o mediadora, los clientes oferentes de los bienes o servicios, y los clientes demandantes de esos bienes y/o servicios. Las plataformas digitales aglutinan agentes, empresas gestoras del sistema y los diferentes clientes (en esencia, se produce la misma relación jurídica que en los tradicionales contratos de mediación, como el de las agencias inmobiliarias, entre otros ejemplos). En estas plataformas se produce una doble relación; entre la plataforma y los clientes oferentes y demandantes, de una parte, y la relación contractual entre los diferentes usuarios, de otra parte.

Ahora bien, la relación que nos interesa a efectos de este estudio que aborda las prácticas agresivas en materia de competencia desleal con los consumidores, es analizar la relación jurídica de los consumidores demandantes/oferentes (siempre que sean consumidores, tal como hemos expuesto en el apartado anterior) de la prestación y las plataformas digitales, que son empresas encargadas de la gestión y funcionamiento del sistema electrónico de atención de las solicitudes, y que son analizadas seguidamente.

4.2 Las plataformas digitales en la economía colaborativa.

³²⁹ BOIX PALOP, A., DE LA ENCARNACION, A.M., DOMENECH PASCUAL, G. “*La regulación del transporte colaborativo*”, Aranzadi, Navarra, 2017, pp.183-222.

Como hemos indicado anteriormente, las plataformas de economía colaborativa son empresas cuyo objeto social es la gestión y organización de los portales, plataformas de contratación a través de los diferentes medios electrónicos.

La Comunicación de la Comisión Europea “*Public consultation on the regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy*” las define como “aquellas empresas que operan simultáneamente en mercados dobles o múltiples y utiliza Internet para posibilitar interacciones entre dos o más grupos de usuarios diferentes, pero interdependientes, con el fin de generar valor para al menos uno de los grupos. Determinadas plataformas también pueden considerarse como prestadores de servicios intermediarios”³³⁰.

Estas empresas operan en mercados multilaterales, es decir, aquellos mercados en los que operan dos o más grupos de usuarios, entre los que se encuentran los “prosumidores”. Por tanto, las plataformas digitales gestionan las interacciones entre los diferentes tipos de usuarios y, como hemos dicho, ocasionan una reducción en los costes de transacción y de ejecución.

Los mercados bilaterales o multilaterales (del inglés *two-side* o *multi-sided markets*)³³¹ se caracterizan por la presencia de dos o más grupos de usuarios, a los que se venden productos diferentes, cuyo beneficio deriva de la interacción entre los mismos. Aunque existen dos tipos de mercados -los no transaccionales, y los transaccionales-, nos centraremos en este último tipo, en los que, como hemos dicho anteriormente, se desarrollan los tradicionales

³³⁰ Comunicación de la Comisión Europea en Public consultation on the regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy de 24.9.2015. Consulta iniciada por la Comisión el 24 de septiembre de 2015 en la página:<https://ec.europa.eu/ensurvey/runner/Platforms/>.

³³¹ ROCHET, J.C y TIROLE, J., “*Platform Competition in Two-Sided Market*” en Journal of the European Economic Association, vol 1, num. 4, 2003, pp. 990-1029.

contratos de mediación o corredores de comercio (como los agentes inmobiliarios, entre otros), y es en este modelo precisamente en el que se enmarca la economía colaborativa.³³²

Sin embargo, ante esta nueva configuración contractual que conlleva la inmediatez, la rapidez y la temporalidad en la cesión del uso temporal de bienes entre los usuarios (Airbnb, Blablá Car), no existe una regulación específica en la que se encuadre globalmente este tipo de negocio jurídico; este vacío legal ha provocado la aplicación normativa de un grupo multidisciplinar de normas, esto es, procedentes de diversos sectores jurídicos; así, normas en materia de servicios de la sociedad de la información, de Derecho de la competencia desleal, y de protección de los consumidores y usuarios).³³³

4.3 Las plataformas colaborativas.

Como es bien sabido, muchas actividades y servicios ofrecidos en el mercado con anterioridad a la aparición de la economía colaborativa (así, periódicos, televisión en abierto, etc.), han sufrido profundas modificaciones, de forma que el modelo de economía colaborativa ha llevado a interacciones nuevas.

El intercambio de bienes y servicios hace que el consumidor tenga mayor disponibilidad de productos y servicios concurriendo una mayor comparación de los precios, con mayor reducción de costes en las transacciones y en la adquisición de los mismos; pues bien, las plataformas electrónicas están transformando radicalmente la prestación de servicios (mediación)³³⁴. La mediación, que como es bien sabido -ha sido tradicionalmente un contrato

³³² MONTERO PASCUAL, J.J., “*La regulación de la economía colaborativa Airbnb, BlabaCar, Uber y otras plataformas*”, op.cit., pp.29-36.

³³³ MONTERO PASCUAL, J.J., “*La regulación de la economía colaborativa Airbnb, BlabaCar, Uber y otras plataformas*”, op.cit., pp.

³³⁴ MONTERO PASCUAL, J.J., “*La regulación de la economía colaborativa Airbnb, BlabaCar, Uber y otras plataformas*”, op. cit., pp.31.

atípico en España, no sujeto a una regulación legal completa -, se rige por los artículos 1091 y 1255 del Código Civil, siendo de aplicación la normativa general de las obligaciones y contratos, contenida en los Títulos I y II del libro IV del Código Civil.

Además, al tratarse de plataformas digitales, estarán sujetos a la normativa en materia de la sociedad de la información, y, en concreto, a la Directiva 2015/1535/UE, y a la Ley 34/2002, de servicios de la información (LSSL)³³⁵, y de conformidad con la Directiva 2000/31/CE, incorporada al Derecho español por la LSSL, es de aplicación a una plataforma el Derecho del Estado de establecimiento (autorizaciones, registros, etc.). Es decir, las grandes plataformas que operan en Europa se establecen en un Estado Miembro desde donde prestarían sus servicios y se les aplicaría la normativa en materia de contratos de mediación. En España se aplicará la normativa anteriormente señalada y la normativa específica que regule algunas actividades de mediación concretas, como las de transporte o turismo; asimismo, ha de tenerse en cuenta la distribución competencial del Estado español, por lo que en la mayoría de los casos serán las normas de las CCAA las que sean de aplicación, regulando por ello gran parte de las materias en cuestión (así, autorizaciones previas, registros y obligaciones de agencias de viajes, transporte, alojamiento, etc.).

En todo caso, los servicios de mediación en mercados multilaterales deben cumplir y respetar un equilibrio entre los prestadores y consumidores, exigencia que está fundamentada en la necesidad del consumidor sobre un volumen elevado de información relativo al contenido de la prestación del servicio, o el conocimiento del consumidor final de los datos de la propia plataforma colaborativa (empresa, domicilio social, objeto social, autorizaciones, licencias, registros, etc...), o incluso de los datos de los prestadores de los servicios (carnet de conducir, seguros, licencias, datos de la propiedad o posesión para disponer de un bien inmueble, etc...), que son necesarios para garantizar el necesario equilibrio de ambos lados de este tipo de negocio en un mercado multilateral. Tal exigencia de información va unido a la necesidad de aplicar el Derecho de la Competencia, como lo demuestran ya la constatación de los primeros asuntos de concentraciones de plataformas, que han generado error en el

³³⁵ DIRECTIVA 2015/1535/UE como “todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios (artículo 1.1.b)”.

consumidor anulando la transparencia informativa del proceso de mercado, y por tanto, influyendo en el consumidor de forma negativa, al incitarle a prestar su consentimiento sujeto a motivaciones ajenas a sus intereses personales o económicos.

Asimismo, la plataforma digital podrá tener con el demandante del servicio o del producto dos diferentes tipos de relaciones jurídicas: o bien, contrata directamente el servicio con la plataforma, o bien con el oferente final³³⁶. En el primer caso, la relación entre el solicitante y la plataforma será de intermediación; en este supuesto, la plataforma pone a disposición del solicitante los oferentes que se encuentren dentro de su perfil y se adecúen a sus características³³⁷. Si, por el contrario, el servicio lo presta la plataforma de forma directa, la relación será una relación contractual donde la plataforma se convierte en prestador del servicio o del producto solicitado por el consumidor; es decir, se encontraría en la misma posición jurídica que la que hemos visto en los párrafos anteriores.

En este contexto, como veremos, la posible realización de prácticas agresivas en el mercado con los consumidores puede producirse de forma más generalizada.

4.4 Prestadores de los servicios u oferente de los productos.

Los prestadores de los servicios intervienen en esta modalidad contractual ofreciendo un producto/servicio a través de una plataforma digital, plataforma que media entre el prestador del servicio u oferente de los bienes, y el demandante de los mismos.

Como hemos indicado anteriormente, se yuxtaponen dos negocios jurídicos: por un lado, la relación jurídica entre el sujeto oferente de los servicios y la plataforma colaborativa, y otro

³³⁶ RODRIGUEZ MARTINEZ, I., “*El fenómeno de la economía colaborativa; hacia un nuevo modelo industrial necesitado de una regulación específica*”, Revista de Derecho Mercantil, 2017.

³³⁷ AZNAR TRAVAL, A., “*Economía Colaborativa, Alojamiento y Transporte*”, Thomson Reuters, Aranzadi, 2017, pp.83 y ss.

negocio jurídico, de otro lado, que es el que nos interesa en este análisis entre el oferente y el demandante de los servicios y/ o bienes.

El prestador formaliza un contrato con el consumidor, ya sea un servicio de prestación de servicios, de arrendamiento para el consumidor o adquisición de un producto. Es decir, que el prestador del servicio u oferente de los productos responderá contractualmente frente al consumidor (véase apartado 9 de este estudio, fases contractuales). No es menos cierto que las plataformas digitales establecerán requisitos de acceso a los prestadores de servicios (autorizaciones, licencias administrativas, etc...), controles que garantizan y darán confianza a los consumidores/usuarios. En esta “línea gris” de establecimientos de requisitos de acceso a los prestadores, se encuentran las condiciones jurídicas, económicas, sugerencias y comportamientos que las plataformas “ofrecen” o “indican” a los usuarios/prestadores de los servicios/oferentes que quieran acceder a formar parte de su red.³³⁸

Los prestadores de servicios u oferentes de productos podrán ser empresas o profesionales, pero también consumidores, personas físicas o jurídicas no profesionales que prestan servicios o arrienden sus bienes en competencia con los servicios prestados por los profesionales con ánimo de lucro. En esta línea, se origina la figura del “prosumidor”, esto es, aquellos particulares que a la vez producen y consumen bienes y servicios³³⁹.

Es evidente, como hemos ya señalado anteriormente, que el marco jurídico actual se adapta con muchas dificultades a este nuevo fenómeno de la economía colaborativa, esencialmente por dos aspectos: por un lado, las actividades de la economía colaborativa se desarrollan en un mercado digital, y, por otro lado, por la dificultad de calificar/deslindar al consumidor y al productor de bienes o servicios.

³³⁸ En este grupo de sugerencias o comportamientos se encuentran la información de técnicas de marketing, horarios, información de grupos de consumidores, comportamientos de incentivos económicos, ciertos privilegios como la demanda por algoritmo de búsqueda, etc...

³³⁹ MONTERO PASCUAL, J.J, “*La regulación...*”, op.cit., pp. 50.

Respecto al *primer aspecto*, no nos detendremos excesivamente por no ser objeto directo de este estudio, pero sí es interesante mencionar que la economía colaborativa constituye un nuevo modelo sobre todo de prestación de servicios viable y más competitivo (especialmente en “precio”) a través del uso de las tecnologías de la información. En este sentido, conscientes de su relevancia como mercado, se sitúan las propuestas presentadas por la UE sobre el mercado digital único; así, se puede citar desde la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenido en línea³⁴⁰, a la revisión del Reglamento sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores³⁴¹, hasta los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes³⁴².

En relación al *segundo aspecto*, referente a la prestación de servicios que se lleva a cabo a través de este modelo de negocio, será en esta actividad comercial realizada a través de la plataforma colaborativa y en los casos que actúa como intermediario, en los que deberá aplicarse el régimen jurídico actual.

Como hemos señalado, las partes que intervienen en las actividades propias de la economía colaborativa son esencialmente tres: el empresario, el consumidor o usuario y la plataforma virtual de consumo colaborativo.

Respecto al “*Empresario*”, es sabido que es la persona que realiza una actividad económica, profesional u oficio con ánimo de lucro, pero no existe en la Unión Europea una norma singular que determine qué condiciones deben darse en una prestación de servicios entre

³⁴⁰ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenido en línea en el mercado interior (COM (2015) 627 final, Bruselas 9.12.2015).

³⁴¹ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004 sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación en materia de protección de los consumidores (COM (2010) 791 final, Bruselas 3.1.2011).

³⁴² Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes (COM (2015) 635 final, Bruselas 9.12.2015).

pares para que el prestador del servicio subyacente pueda considerarse “empresario”. En el mismo sentido ocurre respecto de “*los consumidores y usuarios*”; y es que, como es bien sabido, la Unión Europea protege a los consumidores en todas las áreas y en concreto en materia de prácticas comerciales desleales, entre las que se encuentran las prácticas agresivas contra el consumidor. En esta línea, puede entonces afirmarse que la UE debe proteger al consumidor en su relación comercial con el prestador del servicio y la plataforma colaborativa (plataformas virtuales de consumo), favoreciendo el acceso del consumidor a la información.

4.5 Especial referencia al “Prosumidor”.

Es en el Informe de 11 de mayo de 2017 de la Comisión del Mercado Interior y Protección del Consumidor para la propuesta de elaboración de Resolución del Parlamento Europeo en su Agenda Europea para la economía colaborativa, en la que se reconoce la necesidad de establecer las diferencias entre los profesionales y los consumidores que ofrecen servicios de forma ocasional³⁴³.

³⁴³ Informe de 11 de mayo de 2017 de la Comisión del Mercado Interior y Protección del Consumidor para la propuesta de elaboración de Resolución del Parlamento Europeo “ (...) Insta a la Comisión a que colabore con los Estados miembros para ofrecer nuevas orientaciones sobre el establecimiento de criterios eficaces que permitan establecer una distinción entre «pares» (particulares que ofrecen servicios de manera ocasional) y profesionales, lo que es esencial para el correcto desarrollo de la economía colaborativa; señala que estas orientaciones deben aportar claridad y seguridad jurídica y tener en cuenta, entre otras cosas, las diferentes legislaciones de los Estados miembros y sus realidades económicas, como el nivel de ingresos, las características de los sectores, la situación de las microempresas y las pequeñas empresas y el fin lucrativo de la actividad; opina que el establecimiento de una serie de principios y criterios generales a escala de la Unión y una serie de umbrales a escala nacional podría ser la manera de proceder, e insta a la Comisión a que realice un estudio sobre esta cuestión (...)”.

Así, cuando una persona física o jurídica ofrece un bien (con carácter temporal) o la prestación de un servicio, estaríamos ante una nueva concepción denominada “prosumer”, nueva figura que no tiene amparo normativo en el régimen jurídico actual.³⁴⁴

Como se ha señalado³⁴⁵, la palabra “prosumidor”, o también conocida como “prosumer”, es un acrónimo formado por la fusión original de las palabras en inglés *producer* (productor) y *consumer* (consumidor). El concepto de “prosumer” fue configurado por TOFFLER en 1980, quien lo definió como "una persona que crea bienes, servicios o experiencias para su propio uso o satisfacción, en lugar de para la venta o el intercambio" ³⁴⁶, de forma que se fusionaron los dos conceptos de "consumidor" y "productor" en una sola palabra y, por lo tanto, se consideró al "prosumidor" como una persona que produce y consume su propia producción.

Por ello, en la línea descrita, actualmente el término se aplica a aquellos usuarios que ejercen de canales de comunicación humanos, lo que significa que, al mismo tiempo que son consumidores, son a su vez productores de contenidos. Un “prosumidor” no tiene fines lucrativos, sino que sólo participa en un mundo digital de intercambio de información; tal es el caso del P2P, redes entre pares o iguales.³⁴⁷ En los mismos términos se define igualmente al “prosumidor” en el Estudio llevado a cabo por algunas de las principales asociaciones de consumidores europeas (*“a private individual who provides, produces or trades goods or services not related to their habitual business, trade or profession. Such activity could be for*

³⁴⁴ MONTERO PASCUAL, J.J., “La regulación de la economía colaborativa Airbnb, BlabaCar, Uber y otras plataformas”, op. cit., pp

³⁴⁵ es.wikipedia.org/wiki/Prosumidor

³⁴⁶ Toffler, A. and Toffler, H. (2006), *Revolutionary Wealth*, Alfred A. Knopf, Random, House Inc., New York, NY.

³⁴⁷ La palabra "prosumidor" describe perfectamente a millones de participantes en la revolución del [Web 2.0](#), ya que son cada vez más las personas involucradas que suben información a la red y a su vez son consumidores de la misma, creando así un abanico de información en todos los sentidos.”

*profit, not-for-profit or for intangible rewards or social reasons such as helping other users, reducing waste, improving the environment, etc... ”*³⁴⁸.

Sin embargo, esta concepción ha ido *evolucionando*, puesto que el concepto actual de “prosumer” aglutina, no sólo al consumidor que crea bienes o servicios para su propio beneficio, sino también al que simultáneamente los ofrece y los comparte globalmente.

Para comprender el nuevo enfoque en la categoría de “prosumer”, es necesario partir del dato de que el enfoque del consumidor y su creatividad son para la empresa un potencial y una mejora en su posicionamiento en el mercado, de forma que ello le permite obtener a la empresa ventajas competitivas en el mercado (tales como la creación de nuevos productos), por lo que es interés de la empresa hacer partícipe al consumidor incluso de la producción de los productos, de forma que los “prosumidores” tendrían derechos legales sobre su producto para futuras ventas.³⁴⁹ Es por ello que en la nueva era digital que caracteriza el mercado, se puede concluir que se ha generalizado la figura de “prosumer”, que es cada vez más habitual y tiene mayor participación en las diferentes redes sociales.

Pero incluso se aprecia una nueva evolución en la categoría de “prosumer”, puesto que es habitual la vinculación del “prosumer” con otro “prosumer”, quienes se ponen en contacto a través de una plataforma digital (“*creative commons*”)³⁵⁰.

³⁴⁸ Op.cit, p. 7.

³⁴⁹ Como decimos, la relación del consumidor con los empresarios ha cambiado sustancialmente, involucrándose incluso al consumidor en la propia producción del producto. Manifestación de ello, por ejemplo, es el caso Ponoko (www.ponoko.com/), en el que se administra un sitio web donde los consumidores pueden diseñar su producto virtual con la ayuda de un software de diseño; posteriormente se imprime el producto mediante la impresión 3D en tantas copias como el cliente desee adquirir, servicio ofrecido por la empresa por una tarifa fija.

³⁵⁰ Manifestación de esta relación “prosumer-prosumer” es la famosa Wikipedia, la famosa enciclopedia gratuita en línea -construida por millones de personas que utilizan el software wiki-, que ha alcanzado un poder incalculable de información a nivel mundial y la reputación de la marca y de su fundador. SERAN S., “Prosumer engagement in innovation strategies: The Prosumer Creativity and Focus Model”, Management Decision, volumen 52, Issue 10, Emerald Group Publishing, 2014.

En definitiva, podemos *concluir* que la participación del consumidor en el mercado ha cambiado sustancialmente, en gran medida como consecuencia de su interrelación en el mercado digital. Como veremos seguidamente, la actual normativa de tutela del consumidor en el mercado no permite tutelar de forma completa al consumidor digital (“prosumidor”), alejado ya del consumidor medio (“un consumidor informado, atento y perspicaz”), y por ello, como también exponemos seguidamente, éste no estará suficientemente protegido frente a las prácticas agresivas de mercado (digital, economía colaborativa).

5 El nuevo consumidor en el mundo globalizado y la economía colaborativa: el prosumidor y la ausencia de habitualidad en el consumo.

La transformación de la organización empresarial e industrial que ha supuesto la economía colaborativa ha generado, como acabamos de ver en el epígrafe anterior, la nueva figura de “prosumidor”, que puede ser prestador de servicios/bienes y consumidor de los mismos.

En este sentido, el TRLGDCU reconoce como consumidores en el artículo tercero “a las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional”; a las personas físicas o jurídicas como “receptoras de bienes o servicios”, pero no incluye que pueda darse a la vez los requisitos de bilateralidad y reciprocidad en la relación contractual, como sería la prestación de los productos y servicios por los propios consumidores de los mismos. Conforme a ello, nuestra legislación sí permitiría que los “prosumidores” fueran tanto personas físicas como incluso personas jurídicas sin ánimo de lucro, en los que no concurriera sin embargo el requisito de la “habitualidad”, como veremos seguidamente. Y es que, como veremos seguidamente, lo que se trata de determinar es si para considerar la existencia del “prosumidor”, esto es, simultáneamente consumidor y productor, es imprescindible que no exista habitualidad en la actividad (consumo).

Ciertamente ha transcurrido un período de tiempo suficientemente amplio para tratar de analizar los efectos y consecuencias del establecimiento de la regulación normativa en materia de prácticas agresivas en el marco del Derecho de la Competencia desleal, así como su eficacia tanto frente a las actividades comerciales desleales como frente a la protección de los consumidores y usuarios. Parece por ello que resulta conveniente analizar varios

aspectos, atendiendo tanto al ámbito cronológico como material de la aplicación del régimen jurídico de las prácticas agresivas en el mercado globalizado actual.

Como es bien sabido, la incorporación de las prácticas agresivas como ilícito desleal, expresamente incluidas en la Ley española de competencia desleal (2009), se lleva a cabo con la publicación de la Directiva 2005/29/CE y su posterior adaptación en nuestro ordenamiento interno con 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.

Es evidente que la transposición de la citada Directiva europea a la legislación nacional condujo a un cambio de rumbo sustancial en el ámbito jurídico que marca las relaciones comerciales entre los consumidores y usuarios con los empresarios/proveedores de bienes y prestadores de servicios, teniendo en cuenta, además, otras nuevas realidades del mercado que desplegaban una evidente influencia en las relaciones del consumidor con los empresarios en sus relaciones de mercado (así, Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior; o la relevancia de las relaciones comerciales transfronterizas, el comercio electrónico, las operaciones de pago electrónico transfronterizo, o los nuevos sistemas de publicidad y marketing digital, entre otras).

En esta misma línea, similares planteamientos se observan en el Programa de acción en materia de Política de Consumo de la Unión, integrada por la Agenda del Consumidor Europeo; La estrategia de política de consumo de la Unión en consonancia con su estrategia de crecimiento, Europa 2020; y, finalmente, el Programa de Consumidores 2014-2020³⁵¹.

Pues bien, el marco jurídico que complementa la estrategia de la UE en la materia incluye entre sus objetivos *la capacitación del consumidor*, al señalar textualmente “el principal objetivo general de la estrategia de política de consumo de la Unión tal como se describe en

³⁵¹ Reglamento (UE) N° 254/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre el Programa plurianual de Consumidores para el período 2014-2020 y por el que se deroga la Decisión N° 1926/2006/CE.

el documento de trabajo de la Comisión titulado «*Consumer Empowerment in the EU*» con el que se busca dar poder a los consumidores de la Unión mediante opciones, información y conocimiento de los derechos de los consumidores y de los mecanismos de recurso”. Se puede observar, en definitiva, que uno de los objetivos de la UE en sus más reciente manifestaciones, en la última estrategia de la EU, es precisamente dar poder a los consumidores en el “manejo” en sus propias relaciones comerciales en sus diferentes tipologías.³⁵²

³⁵² <http://www.europarl.europa.eu/>

El Programa de Consumidores 2014-2020, con un presupuesto de 188,8 millones de euros, respaldará la política de la Unión en materia de consumo en los próximos años. Su objetivo es ayudar a los ciudadanos a disfrutar de sus derechos como consumidores y a participar activamente en el mercado único, con lo que se fomentará el crecimiento, la innovación y el cumplimiento de los objetivos de la Estrategia Europa 2020.

Sobre la base del programa anterior (2007-2013), el Programa de Consumidores 2014-2020 se centra en cuatro ámbitos clave:

- un mercado único de productos seguros en beneficio de los ciudadanos y como un componente de empresas y comerciantes competitivos;
- un mercado único en el que los ciudadanos estén bien representados por organizaciones profesionales de consumidores cuya capacidad se construya para responder a los retos que plantea el entorno económico de hoy;
- un mercado en el que los ciudadanos sean conscientes de sus derechos como consumidores y los ejerzan con vistas a contribuir al crecimiento de mercados competitivos; los ciudadanos deben tener acceso a mecanismos de compensación en caso de problemas sin necesidad de recurrir a procedimientos judiciales largos y costosos para ellos y para los gobiernos;
- colaboración concreta y eficaz entre los organismos nacionales a fin de contribuir a la aplicación efectiva de los derechos de los consumidores y apoyarles mediante asesoramiento.

Los resultados previstos de las acciones del Programa de Consumidores están vinculados a las prioridades políticas clave de la Comisión, en concreto el mercado único digital, la aplicación de la legislación sobre consumo, incluido respecto a los derechos de los consumidores, un mercado interior más justo y profundo, y la Unión de la Energía.

Junto a ello, no debe olvidarse que la Unión Europea es la primera potencia comercial del mundo con el 16.5% de las importaciones y exportaciones mundiales y es el mayor mercado único del mundo. Los pilares en los que se sustenta la Unión (la libre circulación de capitales, personas, servicios y mercancías), permiten, como es sabido, un sistema de mercado sin fronteras que resulta muy beneficioso para los consumidores e inversores de la UE.

Pues bien, ante toda esta “explosión” de acciones, objetivos y planes/estrategias de la UE, unido a los avatares políticos de la propia unidad europea -que, como es conocido, en la coyuntura actual está siendo muy criticado-, se produce la aparición de una nueva tipología de consumidor (“prosumidor”) de la mano de un nuevo movimiento denominado “economía colaborativa”. Y la problemática que se plantea entonces es si la tradicional figura del “consumidor medio”, criterio delimitador para poder configurar si una práctica comercial es desleal y, en su caso, agresiva, sigue siendo de aplicación en la actualidad. Y es que el “consumidor medio” ha sido cuestionado como criterio delimitador a la hora de delimitar al consumidor como destinatario de una práctica agresiva; así, manifestaciones de ello son la aparición de los *nuevos consumidores*, como el consumidor que opera en el comercio electrónico, el consumidor vulnerable, el consumidor fragmentado o el consumidor que no sólo adquiere en una transacción comercial sino que también vende, aunque no concurra el requisito de la “habitualidad” y por ende se pueda conceptuar esa persona física como consumidor final.

Para reforzar la confianza de los consumidores en el mercado único, en el Acta del Mercado Único de abril de 2011 se propuso un conjunto de medidas que incluían propuestas sobre resolución alternativa de litigios, recursos colectivos y derechos de los pasajeros. En octubre de 2012, la Comisión presentó un nuevo conjunto de medidas para su aprobación (el Acta del Mercado Único II), que se centraba en la revisión de las normas relativas a la seguridad general de los productos y la vigilancia del mercado e incluía una iniciativa sobre cuentas bancarias. Esta última aseguraría una mayor transparencia y comparabilidad en relación con las comisiones que se cobran por las cuentas bancarias y facilitaría a los consumidores la posibilidad de cambiar de cuenta. La dimensión digital del mercado único se completó mediante la Estrategia para el Mercado Único Digital, adoptada por la Comisión el 6 de mayo de 2015, con el objetivo, entre otros, de facilitar un mejor acceso de los consumidores a los bienes y servicios digitales en Europa (Comunicación de la Comisión titulada «Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa» (COM (2015) 0192).

En este sentido se pronuncia, acogiendo los planteamientos defendidos por nosotros en estas líneas y asumiendo la categoría de “prosumidor”, la reciente Sentencia 16/2017, de 16 de enero de 2017 del Pleno del Tribunal Supremo (número de recurso 2718/2014) ponente D. Pedro José Vela Torres), que recoge por primera vez en nuestro país, en el Fundamento 4º de la STS, un concepto de “consumidor” que puede ser “(,,,) aquella persona física que adquiere un bien con ánimo de lucro *siempre que no lo haga con habitualidad*, ya que realizar esas operaciones en un corto periodo de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad profesional o empresarial, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal del empresario, conforme a lo establecido en el artículo 1.1º del C.Com. (...)”³⁵³.

Se pone de relieve, en definitiva, que la UE, a raíz de la aparición de un nuevo tipo de consumidor, el denominado “prosumidor”, se ha visto obligada a modificar sus objetivos y sus acciones en materia de tutela del consumidor, ya que el ámbito central de la cuestión no es otro más que la propia calificación o definición de “consumidor” que actúa en los nuevos mercados (principalmente el mercado digital), y que puede ser simultáneamente productor y consumidor. Es evidente que este nuevo tipo de consumidor no encaja fácilmente en las concepciones clásicas de “consumidor”. Ello se detecta especialmente en el ámbito de la realización de prácticas agresivas en el mercado digital.³⁵⁴

6 El contrato de intermediación entre los usuarios y las plataformas en la economía colaborativa.

³⁵³ Ut supra, nota 193.

³⁵⁴ STJCE del asunto Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 30, STJCE del asunto Šiba, C-537/13, EU:C:2015:14, apartado 21, STJCE del asunto Sánchez Morcillo y Abril García, C-169/14, EU:C:2014:2099, apartado 23, la sentencia Faber, C-497/13, EU:C:2015:357, apartado 48, sentencia Di Pinto, C-361/89, EU:C:1991:118, apartado 15).

Como hemos analizado en los apartados anteriores, la economía colaborativa ha generado una nueva forma de relación jurídico comercial en la que las posiciones de las partes contratantes se entremezclan y aparece un nuevo sujeto, como es la plataforma colaborativa. Determinar la naturaleza del contrato que se genera es esencial para determinar la protección de los consumidores en el tema que nos ocupa en estas líneas.

Por ello, la relación jurídica con la plataforma colaborativa se constituye en una mediadora entre oferentes y demandantes de los bienes y servicios. La obligación principal asumida por la plataforma es encontrar una contraparte para las ofertas y demandas recibidas, incluyendo aquellas otras destinadas a crear confianza entre los consumidores o usuarios, creación de perfiles, publicación de fotos o divulgaciones de opiniones, entre otras actuaciones.

Las plataformas a las que se hace referencia en este estudio son las llamadas plataformas activas, es decir, aquellas que participan en la conclusión del contrato con el consumidor, destacando entre las obligaciones de la plataforma, como mediadora respecto a los consumidores, las siguientes:

Obligación de información: estará obligada al cumplimiento de lo dispuesto en materia de información en 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, como los contratos a distancia, y las obligaciones de información y previas a la contratación previstas por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, y por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Obligación de control de contenidos: Uno de los aspectos más singulares en la protección de los consumidores o usuarios de la economía digital en el deber de control, por parte de la plataforma colaborativa, de la información difundida. La información que emite la plataforma respecto a determinados aspectos del servicio, tales como el precio, formas de pago y demás condiciones que genere, deberá de verificarse, tanto lo que no se refiere a su licitud como a la veracidad de los datos que aparezcan en la plataforma digital.

Ahora bien, si la información es suministrada por los usuarios (así, por ejemplo, en el caso de las plataformas de alojamientos turísticos), en este supuesto la plataforma facilita los datos aportados por los usuarios. La aplicación de la exención de la responsabilidad dependerá de

los requisitos que se den en cada caso concreto, tal como señala la Directiva 2000/31/EC, traspuesta al ordenamiento interno a la Ley 34/2002, de 11 de julio. En este sentido la Sentencia de 12 de julio de 2011 (C-324/09- L’Oreal y otros contra eBay International AG y otros. Petición de decisión prejudicial: High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division. Reino Unido.

En todo caso, y puesto que la plataforma ha intervenido en la conclusión del contrato y por tanto, ha desplegado un papel activo en la formalización de la operación comercial (contrato), es esencial analizar la influencia que la plataforma ha generado en el consumidor. Y, en este sentido, la confianza de los usuarios en estas plataformas se basa en un elemento esencial, como son las opiniones de los usuarios que transmiten en las plataformas sus experiencias comerciales. Estas experiencias son gestionadas por las plataformas mediante evaluaciones, análisis y estadísticas que determinan que información será publicada y cuál no (plataformas establecen condiciones de evaluación), exigiendo licitud en el contenido de las mismas y excluyendo aquellas informaciones que generen ilicitud³⁵⁵.

7 La economía colaborativa y las prácticas agresivas de mercado.

7.1. Economía colaborativa, consumidores y “supervisión” de la publicidad en el marco de la Economía colaborativa.

³⁵⁵ Sobre esta cuestión, licitud o ilicitud de la información que previamente había difundido en la plataforma un consumidor en relación a su descontento sobre el servicio prestado por la empresa, es conocida la discusión sobre si tales manifestaciones del consumidor deben ser consideradas como manifestación del derecho de libre expresión, incluso pese a poseer un carácter peyorativo. Sin ánimo de abordar en estos momentos esta cuestión, por exceder el objetivo de este trabajo de investigación, tan solo destacar que se aprecia una evolución en los pronunciamientos de los Tribunales, que se muestran más críticos ante los comentarios innecesariamente peyorativos.

Como es bien sabido, 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 y su posterior adaptación en nuestro ordenamiento interno con la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

De conformidad con esta normativa, con carácter general todos los empresarios deben observar obligaciones de diligencia profesional, lo que supone, entre otras cosas, evitar inducir a error a los consumidores. Esto se aplicaría también a las plataformas colaborativas que pueden considerarse a estos efectos “empresarios” con respecto a sus propias prácticas comerciales. La ley 29/2009 se aplica a las practicas agresivas de mercado, que constituyen prácticas comerciales desleales con los consumidores, tema central de este estudio: la LCD se aplica a las relaciones B2C, y por tanto, también a las relaciones jurídicas entre un profesional y un consumidor en las que intervenga una plataforma digital en el nuevo modelo de economía colaborativa, deberá de aplicarse igualmente esta normativa, en la medida en que se produzca una práctica de competencia desleal siempre que se determine al profesional y al consumidor del servicio o adquirente de los productos.

Por otra parte, cuando los operadores económicos utilizan la publicidad como instrumento competitivo para fomentar la contratación sobre los bienes o servicios que ofertan en el mercado, están llevando a cabo una actividad que no sólo es informativa puesto que va más allá que la simple exposición de los caracteres de los productos o servicios. Esta actividad no sólo es informativa, sino que en ella prima además el componente de “persuasión”, esencial en toda actividad publicitaria: los empresarios no ofertan sus productos/o servicios sólo esperando a que los potenciales consumidores seleccionen sus productos/servicios entre un listado de productos/servicios similares, sino que se adelantan y pretenden atraer la demanda, mediante técnicas publicitarias de marcado carácter persuasivo. En estas circunstancias, en las que la publicidad menoscaba esencialmente la objetividad y el mínimo contenido informativo alterando que debe existir en publicidad, puede entonces considerarse que la publicidad podría poseer connotaciones agresivas, lo que permitiría calificar como publicidad agresiva. A través de la persuasión publicitaria, el fenómeno publicitario presentaría entonces connotaciones de deslealtad en cuanto que práctica agresiva con el

consumidor. Las mismas consideraciones serían de aplicación a la actividad publicitaria realizada en el marco de la economía colaborativa, como veremos seguidamente.

En esta línea parece pronunciarse la *Guía europea del consumidor en materia de prácticas desleales*, en la que se señala como parte esencial del Documento la necesidad de establecer unas líneas de actuación, entre las que pueden situarse las relativas a la publicidad en el marco de la economía colaborativa (“*La definición del entorno legal y fiscal de las actividades comprendidas en el consumo colaborativo o participativo ordenando y regulando, en su caso, aspectos tales como la responsabilidad legal, el aseguramiento, derechos de uso, derechos contra la obsolescencia programada, las tasas de propiedad, los estándares de calidad, la determinación de derechos y deberes, y en su caso la eliminación de las posibles restricciones y obstáculos encubiertos al comercio intracomunitario y la posible distorsión de legislaciones*”), así como también el *Observatorio Cetelem Consumo* en su Estudio “Consumidores europeos en modo alternativo” (2013), que analiza la nueva tendencia del consumo colaborativo y el papel que juega el nuevo consumidor.

En todo caso, es importante destacar que el análisis de la publicidad, en el marco de la economía colaborativa, como desleal por agresiva, debe ser realizado con independencia de si alguna modalidad de economía colaborativa, como el transporte, es considerada como transporte o bien como servicio de la sociedad de la información. Tras la reciente sentencia del TJUE sobre esta cuestión³⁵⁶, que ha estimado que se trata de un servicio de transporte, ello no es obstáculo para que rijan plenamente la normativa contra la competencia desleal en materia de publicidad.

La defensa del derecho de información, incluso en el marco de la publicidad realizada en el seno de la economía colaborativa, es precisamente el planteamiento que han defendido las asociaciones de consumidores, que se han dejado oír nítidamente, mostrándose partidarias

³⁵⁶ Sentencia TJUE, Sobre esta cuestión, vid. DOMINGUEZ PEREZ, E., “*Consideraciones sobre el marco normativo establecido en relación con el uso de vehículos compartidos: nuevos planteamientos en el entorno de la economía colaborativa: a propósito de los servicios de Uber y Blablacar*”, Revista Ars Iuris Salmanticensis, vol.4, junio, 2016, pp. 41-48.

de la economía colaborativa “si aportan ventajas para los usuarios, por lo que será un servicio adecuado”, si bien han destacado ya sus inconvenientes, como el uso de los datos de los consumidores por parte de estas compañías y la falta de información de los derechos de los usuarios y obligaciones en este tipo de servicios”.³⁵⁷

En esta línea, se ha destacado que el Derecho Mercantil, y más concretamente, el Derecho de la Competencia desleal, debe plantearse el análisis de los nuevos factores que destacan actualmente en el ámbito de la contratación con los consumidores, como son la estandarización y la digitalización. Es evidente que la inclusión del Derecho de los consumidores como parte esencial del Derecho contractual europeo ha supuesto un importante avance para la unificación del derecho contractual europeo *acquis communautaire*.

Expresamente recoge este planteamiento la Propuesta de Reglamento CESL (Propuesta de normativa común de compraventa europea), que supone un paso más hacia la unificación del derecho de contratos en la Unión Europea, lo que significa un avance en la protección de los consumidores; pero ello exige necesariamente, como ha sido destacado ya por las UE, considerar también la “revolución electrónica” (referencia en Comunicación de 6 de mayo de 2015 y la consulta pública sobre las plataformas *on line* recogida el 24 de septiembre).

Y es que la estandarización y la digitalización constituyen dos elementos que conllevan una importante repercusión en el derecho contractual europeo, y por ende, en los derechos nacionales. La modificación de los hábitos de los consumidores con la utilización, como hemos indicado anteriormente, de las plataformas *on line*, hace necesario incluso avanzar en una nueva categoría. Así, y en la línea del movimiento de consumo colaborativo, se debe plantear la relación contractual de las partes que acceden a la utilización de la prestación del servicio de una plataforma *on line*, y qué responsabilidad puede llegar a tener el gestor de esa plataforma digital, ya que se forma “un triángulo” (consumidor-suministrador –

³⁵⁷ *Collaboration or business?* Proyecto desarrollado por cuatro asociaciones de consumidores (OCU, Altroconsumo, Deco Proteste, Test-Achats /Test-Aankoop, Cibersomosaguas (Universidad Complutense), Ouishare (Advisor), 2016.

vendedor) que, como venimos planteando en este estudio, nos lleva a plantearnos si el concepto de consumidor medio, “suficientemente informado, atento y perspicaz”, es suficiente para determinar si se ha producido la realización de una práctica comercial agresiva en este tipo de nuevas relaciones contractuales, que, a mayor abundamiento, son en numerosas ocasiones relaciones comerciales transfronterizas.

Manifestación reciente (junio 2017) de los planteamientos que venimos sosteniendo -el mercado virtual en el que se desarrolla la economía colaborativa es propicio para la realización de prácticas de mercado agresivas-, es la sanción que la UE ha impuesto a Google (multa de 2.420 millones de euros), exigiéndole además un cambio de negocio: la Comisión consideró probado que la multinacional estadounidense había abusado de su dominio casi absoluto en el mercado europeo de las búsquedas en internet para apoderarse también del mercado de comparación de precios *on line* (mercado llamado *google shopping*).³⁵⁸ Esta

³⁵⁸ www.cinco dias.elpais.com. El buscador, con independencia del resultado que arroje su algoritmo de búsqueda, coloca sistemáticamente sus primeros servicios en la primera pantalla de resultados. Y, por si acaso algún internauta se digna mirar hacia abajo, relega hasta la cuarta pantalla o más allá las ofertas de sus competidores.

La consecuencia, detalla la UE, es fulminante: Algunos comparadores de precios que antes podían competir vieron caer sus visitas en más de un 90%, según los datos recabados por el Departamento de Competencia de la UE, que asegura haber analizado 1.700 millones de búsquedas. Algunos de los rivales de Google se adaptaron para intentar sobrevivir a las prácticas ilegales del gigante. Otros, simplemente echaron la persiana digital y abandonaron el mercado.

Bruselas exigió que la compañía pusiera fin a sus prácticas ilegales en un plazo de 90 días, so pena de otra sanción diaria de hasta el 5% de su facturación mundial, lo que podía traducirse, en una multa diaria de hasta 12 millones de euros.

Google anunció de manera inmediata que se reservaba el derecho a impugnar la decisión de la Comisión ante el TJUE, una vía judicial que también emprendieron Microsoft (por una multa inicial de 497 millones) e Intel, pero que en esos casos solo sirvió para revalidar las acusaciones de la UE.

El buscador aseguró que “estamos respetuosamente en desacuerdo con las conclusiones anunciadas hoy martes por la Comisión”, negando que su servicio de comparación de precios hubiera “arrasado” en el mercado, poniendo además como ejemplo el éxito de los servicios similares ofrecidos por Amazon o eBay.

sanción, sin precedentes en la UE, supone un reconocimiento a la labor de supervisión y de control llevada a cabo por la Comisión Europea, y en concreto, la relativa al amparo y respeto a las normas de la Competencia y de la Competencia desleal en particular. La realización de esta infracción de abuso de posición dominante por parte de la compañía Google, que afecta a los consumidores, suponía la comisión continuada de prácticas agresivas comerciales al inducir al consumidor a la compra de determinados productos, llevándole a la elección de unos productos en detrimento de otros, al guiarle a páginas y plataformas comparativas de precios, ya que colocaba las del resto de los competidores al menos en la cuarta o quinta página, paginas analizadas por los estudios de marketing que demostraron que el consumidor había elegido el producto en su mayoría en las páginas precedentes (porque se detectaba ya la sensación de cansancio del consumidor y de haber seleccionado ya el producto); por tanto, se le conducía al consumidor a llevar a cabo la elección de un producto y posteriormente la formalización de la compra a través de un click y un proceso de pago y envío del producto en una compra *on line*, es decir, a través de un contrato a distancia, alterando el comportamiento del consumidor, que quizá hubiera elegido otro o bien ninguno.³⁵⁹

Los defensores de Google acusaron a la Comisión de no entender el mercado digital y de someterlo a una vigilancia anticuada y poco flexible. La Comisión por su parte, concluyó indicando que “Es verdad que son mercados nuevos, pero en el fondo se repiten las mismas prácticas y los abusos de posición dominante son como los de la vieja escuela”.

Las organizaciones europeas de consumidores (BEUC, según sus siglas en francés) secundaron a la Comisión, y aseguraron que el comportamiento ilegal de Google en la comparación de precios “solo es la punta del iceberg”.

Los denunciantes de Google, 40 de ellos agrupados en la [plataforma FairSearch](#), también pidieron a la Comisión que prosiguiera su ofensiva contra el buscador y que concluyera cuanto antes las investigaciones abiertas.

³⁵⁹ www.europea.eu. European Commission, news 27/07/2017 La señora M. Vestager, representante de la Comisión, señala que “*Google has come up with many innovative products and services that have made a difference to our lives. That's a good thing. But Google's strategy for its comparison shopping service wasn't just about attracting customers by making its product better than those of its rivals. Instead, Google abused its market dominance as a search engine by promoting its own comparison shopping service in its search results,*

Por ello, si desde planteamientos de tutela jurídica del consumidor es necesario respetar la autonomía de voluntad del consumidor en su elección de mercado, es imprescindible analizar si los nuevos factores de digitalización y estandarización que caracterizan la adquisición de mercado realizada en el marco de la economía colaborativa, cumplen tal requisito.

7. 2. Economía colaborativa y práctica de consumo (colaborativo) agresiva contra el consumidor.

Como decimos, los elementos de la digitalización y la estandarización suponen un nuevo rumbo para el derecho contractual y, muy especialmente también, para la conceptualización de una práctica comercial agresiva conforme al Derecho de la competencia desleal.

En esta línea, recientemente se han producido algunas modificaciones legislativas que interesan en estos momentos; así, *en primer lugar, la Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados*, por la que se modifican el Reglamento (CE) no 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE del Consejo, Directiva que deroga la anterior (con efectos del 1 de enero de 2018).

Para dar cumplimiento al contenido de la Directiva, se han modificado los arts.150 y ss. del Real Decreto 1/2007, por el que se aprueba el TRLGDCU, que actualmente recoge el régimen sobre la materia. En concreto, se aprecia, a modo de ejemplo, un reforzamiento de la tutela del consumidor en el marco de los viajes combinados.

and demoting those of competitors. What Google has done is illegal under EU antitrust rules. It denied other companies the chance to compete on the merits and to innovate. And most importantly, it denied European consumers a genuine choice of services and the full benefits of innovation”.

Así el considerando séptimo señala que “La mayoría de los viajeros que contratan viajes combinados o servicios de viaje vinculados, que son consumidores en el sentido del Derecho de la Unión en materia de defensa de los consumidores. Sin embargo, al mismo tiempo, no siempre es fácil distinguir entre los consumidores, de un lado, y los representantes de las pequeñas empresas o profesionales que reservan viajes relacionados con su negocio o profesión a través de los mismos canales de reserva que los consumidores, de otro lado. Pues bien, aunque hay empresas u organizaciones que elaboran sus fórmulas de viaje sobre la base de un convenio general, celebrado a menudo para múltiples fórmulas de viaje para un período específico, por ejemplo, con una agencia de viajes, sin que este último tipo de fórmulas de viaje requiera el nivel de protección previsto para los consumidores. Por lo tanto, indica la Directiva que solo debe aplicarse a los viajeros de negocios, incluidos los que ejercen profesiones liberales, o a los trabajadores autónomos u otras personas físicas, en la medida en que no organicen sus viajes sobre la base de un convenio general. Y por ello, se indica en la Directiva que para evitar la confusión con la definición del término «consumidor» utilizado en otros actos legislativos de la Unión, procede referirse a las personas amparadas por la presente Directiva como «viajeros» que serían personas que tiene la intención de celebrar un contrato o tienen derecho a viajar con arreglo a un contrato celebrado en el ámbito de aplicación de la presente Directiva (art. 2 Directiva).

En segundo lugar, es sabido que las prácticas agresivas desleales sólo con *la Directiva 2005/29/CE* tuvieron un expreso reconocimiento; ello no impidió son embargo que ya a través de la cláusula general de represión contenida en el artículo 5 LCD 1991 se analizaran y se pudieran sancionar prácticas comerciales desleales por agresivas (así, por ejemplo, spam y acoso telefónico) Ahora bien, no es menos cierto que la protección al consumidor y usuario estaba mucho más constreñida a la interpretación que hicieran los jueces y tribunales respecto a la cláusula general en materia de competencia desleal, sin que existiera entonces expreso reconocimiento tuitivo del consumidor, en sede de normativa de defensa del consumidor, por este tipo de prácticas desleales.

Por todo ello, a la vista de lo señalado, cabe plantearse si, una vez analizado el nuevo mercado económico digitalizado (economía colaborativa) y social de este siglo, la regulación, en el marco de la normativa tuitiva del consumidor, de las prácticas agresivas en materia de competencia desleal, ¿Supone realmente un avance en la protección de los derechos de los consumidores?

Es cierto que la publicación de la Directiva 2005/29/CE y su transposición al ordenamiento interno, pretendía, como señalaba su Exposición de Motivos, como una de las principales motivaciones, el evitar una competencia desleal y proteger al consumidor europeo en sus

transacciones, a la vez que intentaba potenciar las transacciones transfronterizas, logrando la confianza del consumidor europeo y obtener por ello un mercado europeo mundialmente reconocido; pero, como hemos visto, la redacción de la regulación de las prácticas agresivas ha estado acompañada del nuevo sistema del mercado reclamado por los consumidores en los que ellos mismos participan simultáneamente como compradores y vendedores. Vistas las cifras anteriormente señaladas sobre el empleo masivo del consumo en red, el consumidor ha optado por la utilización masiva de estas plataformas digitales, y son estas plataformas digitales una fuente de nuevas formas de realización de prácticas agresivas por parte de los “providers”.

El uso de estas nuevas plataformas, que según los estudios analizados asciende a millones de personas en el mundo y genera millones de beneficios para sus titulares, realmente adolece de relevantes carencias para los consumidores, como exponemos seguidamente.

Así, la represión de las prácticas agresivas desleales con los consumidores dependía, hasta fecha reciente, de la tradición de los países europeos en particular en la aplicación del Derecho de la competencia desleal (así, países como Alemania, Italia y Reino Unido consideraban a las prácticas comerciales agresivas como claras prácticas comerciales de abuso contra el consumidor, por lo que eran consideradas desleales), mientras que en otros países ello dependía de la interpretación que dieran los tribunales al asunto en concreto, o bien a su posible inclusión en sede de cláusula general de competencia desleal.

Sin embargo, el reconocimiento, en el marco de la normativa tuitiva de los consumidores, de las prácticas agresivas de mercado contra los consumidores, sólo se ha producido de forma concreta en el Derecho español (al margen del reconocimiento legal expreso en sede de LCD de 2009), con la publicación de *la Ley 3/2014, de 27 de marzo*, por la que se modifica el TRCU, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que ha supuesto la trasposición a nuestro derecho interno de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores (por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y por la que se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo), que ha supuesto un impulso a la protección de los consumidores y usuarios europeos y la

consolidación del mercado interior, dotando tanto a los consumidores como a los empresarios de una mayor seguridad jurídica³⁶⁰.

8 Las practicas agresivas en materia de competencia desleal en las redes: “*influencer marketing*”.

8.1 Concepto y clasificación de los denominados “*influencers*”.

Como señala PASCUAL DE QUINTO, se trata de un concepto relativamente reciente y para el que no hay normativa específica que contenga su régimen jurídico.³⁶¹

Sin embargo, es evidente que las redes sociales se han convertido en los últimos años en una nueva forma de comunicación, que permite a los usuarios seguir en esas plataformas a personas que por diferentes razones consiguen despertar un interés, convirtiéndose por ello en sus seguidores. Podemos definir a los “*influencers*” como aquellas personas con un gran número de seguidores en las redes sociales, consiguiendo una gran presencia y una fuerte credibilidad en ciertos sectores como la moda, la gastronomía, el deporte, entre otros.

Como señala TATO PLAZA que a diferencia de lo que sucede en la publicidad testimonial, el “*influencer*” carece de notoriedad previa entre el público, y la adquiere como consecuencia de la actividad que genera en las redes sociales³⁶².

³⁶⁰ La nueva norma pretende caminar hacia la armonización plena de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados, y para ello ha introducido modificaciones sustanciales en materia de contratos con los consumidores y usuarios, ha derogado la normativa relativa a los contratos celebrados a distancia y los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, y determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, con una regulación más amplia del derecho de desistimiento. Vid. in extenso, DOMÍNGUEZ PÉREZ, E.M.

³⁶¹ DE QUINTO, P, En “*Jornadas de las implicaciones jurídicas de los influencers de UMA*”, Julio 2018.

³⁶² TATO PLAZA, A., “*Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en redes sociales (influencers)*”, Revista de Derecho Mercantil nº 311, 2019, pp. 49-74.

En relación a los “influencer” se puede hacer una triple clasificación, distinguiendo entre famosos o celebrities, líderes de opinión y prosumers. Respecto a los primeros, son aquellas personas que dada su popularidad en determinados sectores o en la sociedad en general hace que consigan un elevado grado de atención por parte de los usuarios de las redes sociales. Son perfectamente identificables, por lo que hace que su opinión o todo aquello que publiquen actúe de manera inmediata sobre sus seguidores.

Los segundos son los líderes de opinión entre ellos, incluyéndose a los blogueros o expertos en un determinado sector, que comparten un contenido especializado y específico con sus seguidores. Se caracterizan en las redes sociales por tener una alta credibilidad en una determina materia.

Finalmente, en el tercer grupo, se encuentran los prosumers, que es el grupo de “influencers” más numeroso; serían aquellos consumidores que, además de consumir, producen y comparten contenido sobre el producto en sus redes sociales. Se configura así una nueva relación jurídica entre el consumidor y la marca, relación en la que el consumidor se transforma, pasa de ser un consumidor pasivo a un consumidor activo, pudiendo ser “influencers” o no dependiendo del alcance y “*engagement*” de sus publicaciones y mensajes.

Los prosumers no reciben una contraprestación económica o de otro tipo de la marca o del empresario, sino que comparten sus opiniones con sus seguidores, consiguiendo una gran credibilidad. Ante este requisito, las marcas o los empresarios buscan consumidores activos (prosumers) para que se conviertan en público objetivo de la marca y animarla a que compartan en las redes sociales comentarios u opiniones favorables acerca de un producto o contenido.

No obstante, dentro del grupo de los prosumers se pueden clasificar, en primer lugar, en prosumer propiamente dicho, que supone que el consumidor es muy activo para exponer sus opiniones en redes sociales y foros para compartir su experiencia; en segundo lugar, el crossumer, similar al prosumer pero que está aún más involucrado con las redes sociales y su opinión es más crítica; y el fansumer, que tal como señala el propio término, es un fan de una marca y por tanto no tiene un criterio objetivo de la misma.

8.2 Marketing de “influencers”.

Se trata de una nueva estrategia de marketing que utiliza la figura de los influencers para dar visibilidad de las diferentes marcas y empresas³⁶³. Los *influencers* se convierten en la imagen pública de la marca, ayudando a divulgar y dar a conocer al público en general una determinada marca. Por tanto, entre la marca y el *influencer* surge una relación jurídica o vínculo contractual que necesita de empresas o plataformas intermedias para funcionar.

Las empresas intermedias se encargan de desarrollar y gestionar las estrategias de marketing eficaces para las diferentes empresas y hacen que éstas sean visibles al público en general; de esta manera, estas empresas contactan a las marcas con los *influencers*. Pudiendo clasificarse en dos modelos diferentes: de una parte, las agencias intermedias, que son las que trabajan con la marca y el *influencer*. De otra parte, las plataformas de *influencers*, que son un software de búsqueda de *influencers* al que las empresas acceden para buscar al *influencer* más adecuado para la marca, el producto o el servicio en cuestión.

Además, los procedimientos de intermediación y de marketing son diferentes: en algunos casos, la vinculación entre la marca, el *influencer* y la agencia intermedia se produce una colaboración en la que el *influencer* recibe el producto o el servicio de la marca o empresa, mientras que en otras se llega a un acuerdo con los blogueros para que escriban un post en el que se promociona un producto o servicio, código de descuento (descuento personalizado que el *influencer* comunicará a través de las redes sociales para que los usuarios lo utilicen en sus compras), o los *blogtrips* (viajes para el *influencer*, que son el relato de una experiencia que dará a conocer a sus seguidores).

En todo caso, y con independencia del tipo de *influencer* y el tipo de intermediación de que se trate, es una característica común que el marketing de influencia se lleva a cabo entre las empresas y personas influyentes o relevantes de un determinado sector, de forma que uno de los elementos esenciales en esta relación es el poder de recomendación, acompañado además de las denominadas *estrategias de marketing pull*, a las que el consumidor se acerca de forma

³⁶³ UNZUÉ ROSSO, “Publicidad nativa mediante influencers”, en TATO PLAZA/COSTAS COMESAÑA/FERNANDEZ CARBALLO CALERO/TORRES PÉREZ, Nuevas tendencias en el Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial, Comares, Granada, 2017, pp.207 y ss.

voluntaria por su contenido atractivo, caracterizado además porque el lenguaje del *influencer* no denota agresividad comercial.³⁶⁴

8.3 Régimen jurídico. Posible consideración de la práctica del “influencer” como práctica agresiva de mercado conforme a la LCD.

La Federal Trade Commission publicó las Endorsement Guides & FAQ For Sponsored Social Media³⁶⁵, en las que constan nítidamente las reglas que deben de cumplir los *influencer*, destacando entre ellas la obligatoriedad de hacer constar los patrocinadores. Así, en su artículo 20.1 señala: “*Las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica deberán ser claramente identificables como tales, y la persona física o jurídica en nombre de la cual se realizan también deberá ser claramente identificable*”.

En España no exista una regulación específica de “*influencer marketing*”, sino que pudiera ser de aplicación la legislación aplicable en materia de publicidad (LGP), y la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI) -en cuanto que la actividad de “*influencer*” se realiza en red-, y en su caso, la LCD.

Ahora bien, el mercado único digital ante el que nos encontramos, y específicamente la contratación en red, han sufrido una importante modificación. La Estrategia europea Digital³⁶⁶ única conlleva modificaciones en diferentes ámbitos, pero para esta investigación nos centraremos en el relativo a la forma de contratación por parte de los consumidores a través del mecanismo publicitario de los “*influencers*”.

³⁶⁴ CASTELLO MARTINEZ, A., “*La comunicación publicitaria con influencers*”, Redmarka Universidad de A Coruña, CIECID, Año VIII, nº 14 (2015), v I pp. 21-50. [Http://redmarka.net](http://redmarka.net) ISSN 1852-2300.

³⁶⁵ <https://www.ftc.gov>.

³⁶⁶ MERCADO UNICO DIGITAL, https://ec.europa.eu/commission/priorities/digital-single-market_es.

Con anterioridad a la aparición de la economía colaborativa, la publicidad se consideraba como una parte integrante del contrato en su fase precontractual. Pero no es menos cierto que la publicidad se generaba por las empresas y en una fase previa a la formalización del contrato, regulado en los textos básicos de las normas de protección de los consumidores. En la coyuntura actual y la confluencia de varios factores como la economía colaborativa en la que entra a formar parte la figura del “prosumer”, por un lado, y por otro lado, la utilización de la figura de los “*influencers*” como poder de recomendación o persuasión para poder atraer al consumidor a adquirir el producto/servicio, hace que la selección por el consumidor del producto/servicio que más le interesa, haga cada vez más difícil poder separar la fase precontractual de la publicidad/información de la fase contractual. Los elementos externos de “persuasión”, subjetivos y ajenos al propio producto/servicio, cada vez ocupan una parte más importante dentro de los elementos o “cualidades” que tiene en cuenta el consumidor a la hora de realizar la decisión de adquisición de mercado. Las opiniones o experiencias narradas por el “influencer “en una red social deberá ajustarse a la realidad³⁶⁷.

Por todo ello, la fase publicitaria y la fase de formalización de la compra se ejecutan prácticamente en el mismo acto contractual; piénsese, a modo de ejemplo, en un bloguero del sector de la moda que aparece informando a sus destinatarios de un viaje que ha realizado en Navidades, a la vez que informa de las marcas de ropa que viste , mediante un enlace a las diferentes páginas de las marcas, en las que atendiendo a la edad de los consumidores y a sus circunstancias personales, estos personajes públicos inducen al consumidor a la adquisición de manera inmediata, especialmente si además se trata de compras a precios medios o bajos.

En este caso concreto, consideramos que la actuación del “*influencer*” sí podría calificarse como un acto “mixto” o complejo: la actuación del “*influencer*” tiene un componente esencial de carácter publicitario, pero también posee un obvio componente contractual. A la vista de ello, la actuación del “*influencer*” podría calificarse desde el Derecho de la

³⁶⁷ TATO PLAZA, A., “Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en redes sociales (*influencers*)”, Revista de Derecho Mercantil nº 311, 2019, pp. 49-74.

competencia desleal como práctica agresiva por influencia indebida ya que altera el comportamiento económico del consumidor anulando su autonomía de la voluntad

Y es que, el poder de persuasión ejercido por la nueva figura comercial del *influencer* actúa sobre el consumidor y sobre determinados grupos de consumidores (especialmente menores), con una posición de poder ejercida sobre el destinatario (distinta de la que resulte del empleo de la fuerza física o el acoso) de la compra. La influencia indebida se identifica así por el aprovechamiento de una situación de poder (del “*influencer*”), que puede ser propio del oferente o propio del tercero del que se vale el oferente³⁶⁸; en el caso concreto, el “*influencer*” ejerce una presión, una toma de poder ejercida sobre un grupo de consumidores que unido a la confusión que genera su difusión a través de las redes sociales -ya que no se identifica si se trata en muchos casos de un anuncio publicitario, de una información o una experiencia relatada por el “*influencer*”-, ejerce tal poder e influencia que conduce a la compra desmedida (a la compra impulsiva no basada en criterios racionales), como lo reflejan los datos de ventas generados a través de los “*influencer*”.

Con motivo de esta problemática, *The Advertising Standards Authority* ha publicado “*An Influencer’s guide*”, con fundamento en los abusos cometidos a través de las redes sociales en el desarrollo del marketing digital que tantos beneficios económicos están produciendo. El consumidor tiene derecho a conocer si el producto que muestra un “*influencer*” en sus redes sociales es una auténtica y sincera opinión o, sin embargo, si está mostrando dichos productos porque el titular de la marca le ha pagado previamente por ello³⁶⁹. Por ello, es esencial, tal como se detalla en la Guía citada, la obligación de especificar si el “*influencer*” ha cobrado dinero o ha recibido otras contraprestaciones (regalo), lo que debe quedar claramente identificado en el blog o en la red social (Instagram, Facebook).

En relación a los “*influencer*”, señala la Guía que deberán de respetar la normativa en materia de protección de los consumidores e informar al consumidor de que una marca está

³⁶⁸ MASSAGUER FUENTES J., “*Las practicas agresivas en materia de competencia desleal*”, op.cit, p.13.

³⁶⁹ www.abc.es/tecnologia/redes/abci-reino-unido.

promocionando sus productos a través de la figura del “*influencer*”. El consumidor, de esta forma, podría llegar a saber que al “*influencer*” se le ha pagado por la difusión de una marca, ya que el contratar a un “*influencer*” para difundir una marca en blogs, videos u otro tipo de publicaciones *on line* no es un acto ilícito por sí mismo ni tampoco contrario a las normas de protección de los consumidores ni de competencia desleal, siempre que el consumidor este informado de ello.

CAPITULO V. LA ACTUACIÓN JUDICIAL Y EXTRAJUDICIAL EN MATERIA DE PRÁCTICAS AGRESIVAS DESLEALES CON LOS CONSUMIDORES.

1 Breve introducción.

Es un dato constatable que la extrema rivalidad entre competidores en el mercado es el caldo de cultivo especialmente propicio para generar prácticas agresivas desleales con los consumidores. Esta circunstancia ha propiciado que tanto el legislador como la Administración Pública haya apostado firmemente por ofrecer al consumidor soluciones, judiciales y extrajudiciales, ante tal situación.

No obstante, la legislación en el ordenamiento jurídico español en materia de protección de los consumidores, es extensa y dispersa. En nuestro país, el consumidor se siente generalmente desprotegido ante las grandes empresas y los mecanismos de defensa, tanto judiciales como extrajudiciales, que no dan solución a sus necesidades, apartando al consumidor de una tutela judicial necesaria en esta materia. Muchas normas, tanto españolas como de la Unión Europea, reguladoras de esta materia, inciden sin embargo en la necesidad de establecer procedimientos sencillos, rápidos y eficaces para atender las necesidades de los consumidores en esta materia.³⁷⁰

Por ello, en este capítulo vamos a examinar las diferentes vías o mecanismos judiciales y extrajudiciales a través de los cuales el consumidor puede reclamar sus derechos en materia

³⁷⁰ ESQUIVIAS JARAMILLO, J.I., “*Protección del consumidor: acoso telefónico*”, Derecho CEF, Ediciones Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2012, pp. 13-17.

de protección de los consumidores en relación a la realización de prácticas comerciales agresivas desleales.

Como hemos indicado anteriormente, la legislación nacional y de la UE reguladora de esta materia incide en la importancia de establecer mecanismos de resolución de las reclamaciones de los consumidores a fin de evitar graves perjuicios cuando se produce la realización de prácticas comerciales agresivas por los empresarios.

En esta línea, en abril de 2018, la Comisión Europea ha propuesto un nuevo Acuerdo para los consumidores (“*A new Deal for Consumers*”, Abril 2018) con el fin de garantizar que todos los consumidores de los Estados miembros se beneficien plenamente de sus derechos con arreglo al Derecho de la Unión. En este Acuerdo, reconoce la UE la extensión de normas que regulan la protección de los consumidores pero a la vez también reconoce la dificultad de hacerlas cumplir, lo que analizaremos en este capítulo.³⁷¹

Señala este Acuerdo que “(...) Aunque la UE ya tiene algunas de las normas más sólidas del mundo en materia de protección de los consumidores, casos recientes, como el escándalo del fraude del diésel, han puesto de manifiesto que es difícil hacerlas cumplir plenamente en la práctica. El nuevo acuerdo para los consumidores posibilitará que las entidades cualificadas realicen reclamaciones representativas en nombre de los consumidores y reforzará las facultades sancionadoras de las autoridades de los Estados miembros encargadas de la protección de los consumidores. Además, ampliará la protección de los consumidores cuando estén conectados a internet y aclarará el modo en que la legislación de la UE prohíbe las prácticas de calidad dual engañosas para los consumidores (...)”.

Concluye la Comisión Europea afirmando la ventaja competitiva con la que cuentan las grandes empresas sobre los consumidores, siendo por ello preciso igualar posiciones³⁷².

³⁷¹ www.europa.eu/press.

³⁷² www.europa.eu. Señala la Comisión las principales ventajas que el Acuerdo supondría para los consumidores, destacando:

Pues bien, es en este marco especialmente protector de los derechos de los consumidores frente a las prácticas desleales, en el que las vías judiciales y extrajudiciales de resolución de conflictos pueden desempeñar un rol especialmente relevante frente a la realización de

1. Un refuerzo de los derechos de los consumidores en línea, en cuanto que se lograría más transparencia en los mercados en línea (cuando compren en un mercado en línea, los consumidores tendrán que ser claramente informados de si están comprando productos o servicios a un comerciante o a un particular, de manera que sepan si están protegidos por la legislación en materia de derechos de los consumidores en caso de que se produzca alguna incidencia).
2. Más transparencia en los resultados de las búsquedas en las plataformas en línea (cuando hagan búsquedas en línea, los consumidores sabrán claramente si un resultado concreto de una búsqueda ha sido pagado por un comerciante). Por otra parte, los mercados en línea deberán informar a los consumidores sobre los principales parámetros aplicados para determinar la clasificación de los resultados.
3. Nuevos derechos de los consumidores en relación con los servicios digitales «gratuitos» (cuando paguen servicios digitales, los consumidores tendrán determinados derechos de información y dispondrán de catorce días para anular su contrato (derecho de desistimiento)). El nuevo Acuerdo para los consumidores hará extensivo este derecho a los servicios digitales «gratuitos» en los que los consumidores facilitan sus datos personales, pero no pagan con dinero. En general, esto se aplicaría a los servicios de almacenamiento en la nube, los medios sociales o las cuentas de correo electrónico.
4. El suministro a los consumidores de los instrumentos necesarios para ejercer sus derechos y obtener una compensación
5. Reclamaciones representativas, de tipo europeo: en el marco del nuevo acuerdo para los consumidores, las entidades cualificadas (por ejemplo, una organización de consumidores), podrán obtener reparación, como una compensación, una sustitución o una indemnización, en nombre de un grupo de consumidores que hayan resultado perjudicados por prácticas comerciales ilegales. Aunque en algunos Estados Miembros, los consumidores ya pueden presentar reclamaciones colectivas antes los tribunales, pero ahora esta opción existirá en todos los países de la UE. Por ejemplo, en una situación similar al caso del fraude del diésel, las víctimas de prácticas comerciales desleales, como la publicidad engañosa por parte de los fabricantes de automóviles que no cumplan lo dispuesto en el marco regulador de la Unión para la homologación de vehículos o la legislación medioambiental, podrán obtener una reparación colectivamente mediante una reclamación representativa con arreglo al Acuerdo.

prácticas agresivas contra el consumidor. Por ello, resulta necesario exponer en términos generales las vías de resolución judicial de actos desleales que contempla la LCD, destacando las peculiaridades que puedan plantearse cuando el acto desleal sea una práctica agresiva.

Expuestas las vías judiciales, seguidamente se expondrán las vías extrajudiciales de resolución de conflictos cuando se trate de una práctica de mercado agresivo desleal.

En relación a las prácticas comerciales desleales por agresivas, la UE ha destacado la importancia del citado Acuerdo para intentar eliminar algunas prácticas muy habituales en el mercado y que perjudican, de forma evidente, los derechos de los consumidores; así, a modo de ejemplo, la dualidad en la calidad de los productos alimenticios, proponiéndose por ello cambios normativos.³⁷³

Pues bien, entre los puntos clave de este Acuerdo se sitúa la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/UE³⁷⁴, así como una Propuesta de modificación de la Directiva del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores; de la Directiva relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores; de la Directiva relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores; y, finalmente, de la

³⁷³ www.europa.eu. Jean-Claude Juncker, presidente de la Comisión Europea, declaró con ocasión del discurso sobre el Estado de la Unión: «No puedo aceptar que en algunas partes de Europa se venda a los consumidores alimentos de menor calidad que en otros países, a pesar de que los envases y marcas sean idénticos. Ahora debemos dotar a las autoridades nacionales de más competencias para eliminar las prácticas ilegales cuando existan», 26 de septiembre de 2017.

³⁷⁴ www.eur-lex.europa.eu/legal-content. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/UE, COM/2018/184 final - 2018/0089 (COD)

Directiva sobre los derechos de los consumidores, incorporando las novedades en el ámbito digital en el marco de la UE de la Estrategia para el Mercado Único Digital. Como veremos seguidamente, nos centraremos en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/UE, al abordar esta Propuesta aspectos relevantes en relación al ejercicio y efectos de la acción de cesación en materia de defensa de los derechos de los consumidores.

2 Actuación judicial en materia de competencia desleal.

Es sabido que la LCD de 2009 incorpora destacables mejoras en el ámbito procesal respecto de los remedios procesales regulados en la propia LCD con ocasión del ejercicio de acciones por competencia desleal, además de pretender que “la legislación protectora de los consumidores se integre de manera coherente dentro de la regulación de mercado”³⁷⁵, además de establecer mecanismos de coordinación entre la LGP y la LCD³⁷⁶. Así, ya la Exposición de Motivos (II) de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, que modifica la LCD, establece las normas de carácter procesal que estima procedentes para, en primer lugar, incorporar la carga de la prueba en la relación con la veracidad y exactitud de las afirmaciones/actuaciones realizadas por los empresarios o profesionales; y, en segundo lugar, reconoce la acción de cesación frente a las prácticas desleales que perjudican los intereses económicos de los consumidores, en coherencia con la regulación adoptada sobre los códigos de conducta; las acciones frente a los empresarios adheridos públicamente a códigos de conducta que infrinjan las obligaciones libremente asumidas o incurran en actos

³⁷⁵ VEGA VEGA, J.A., “Artículo 32. Acciones”, p. 849, en AA. VV. “Comentarios a la Ley de Competencia Desleal”, ed. Thomson Reuters, 2001, dir. A. Bercovitz Rodríguez-Cano.

³⁷⁶ Entre otros, VEGA VEGA, J.A., “Artículo 32. Acciones”, cit., p. 850.

de competencia desleal y frente a los responsables de tales códigos cuando éstos fomenten actos desleales (art. 37 y 38 LCD).

Asimismo, la Ley introduce un capítulo destinado a regular los Códigos de conducta que, en pleno respeto a las normas sobre Competencia, contribuyen a elevar el nivel de protección de los consumidores y usuarios, mediante el acceso a sistemas eficaces de resolución extrajudicial de reclamaciones que cumplan los requisitos establecidos por la normativa europea. Esta regulación incluye el ejercicio de acciones frente a los empresarios adheridos públicamente a códigos de conducta que infrinjan las obligaciones libremente asumidas o incurran en actos de competencia desleal y frente a los responsables de tales códigos cuando éstos fomenten los actos desleales.³⁷⁷

2.1 Acciones en materia de competencia desleal.

Como es sabido, las acciones frente a actos de competencia desleal se recogen en el artículo 32.1 de la LCD, que las enumera: acción declarativa de deslealtad; acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura; acción de remoción; acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas; acción de resarcimientos de daños y perjuicios, si ha intervenido culpa o dolo del agente, pudiendo el resarcimiento conllevar la publicación de la sentencia; acción de enriquecimiento injusto, que procederá en los supuestos en los que se lesione un derecho de exclusiva u otro de análogo contenido económico, y siempre que exista el enriquecimiento del demandado, empobrecimiento del demandante y relación de causalidad³⁷⁸.

En las cuatro primeras acciones señaladas es posible además la publicación de la sentencia en caso de que sean estimatorias; si el Tribunal lo considera procedente, con cargo al

³⁷⁷ Exposición de Motivos de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por el 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.

³⁷⁸ Para un análisis detallado de las acciones contempladas en la LCD, vid. VEGA VEGA, J.A., “Artículo 32. Acciones”, cit., pp. 849 y ss.; vid. De la Vega García, F., “Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrencial”, ed. Civitas, Madrid, 2001.

demandado, podrá acordar la publicidad total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, podrá solicitarse una declaración rectificadora (art. 32. 2.).

2.2 Prescripción de la acción en competencia desleal ex art. 35 LCD y especialidades.

Respecto a la prescripción de las acciones en materia de competencia desleal, es necesario llevar a cabo una diferenciación. Así, *en primer lugar*, las acciones para reclamar en materia de competencia desleal anteriormente señaladas en la LCD, prescriben al año contado a partir del momento en que pudieron ejercitarse y el reclamante tuvo conocimiento de la persona que cometió el acto de competencia desleal, y en todo caso, por el transcurso de tres años desde el momento de la finalización de la conducta (artículo 35, párrafo 1, LCD). Esta última mención (“desde el momento de la finalización de la conducta”), y aunque ha venido suscitando un intenso debate doctrinal sobre su oportunidad³⁷⁹, es especialmente relevante en los supuestos de realización de *ilícitos continuados* (*doctrina de los actos continuados*) como puede ser el supuesto de una práctica agresiva de mercado, integrada por diversas actuaciones ilícitas que se suceden una tras otra en el tiempo.

Como es sabido, la doctrina de los actos continuados de competencia desleal considera que existen diversos actos de competencia desleal, jurídicamente independientes, si bien de la misma especie entre sí.³⁸⁰ Esta doctrina, aplicable habitualmente en supuestos de competencia desleal en los que el ilícito desleal está integrado por una estrategia que se sucede en varios momentos temporales (así, imitación sistemática de carácter diacrónica)³⁸¹, de origen germano y creación jurisprudencial, ha recibido tradicionalmente una valoración diversa tanto por la doctrina como por los tribunales, quienes en algunas ocasiones la han

³⁷⁹ VEGA VEGA, J.A., “Artículo 32. Acciones”, cit., pp. 960 y ss.

³⁸⁰ VEGA VEGA, J.A., “Artículo 32. Acciones”, cit., p. 963.

³⁸¹ DOMINGUEZ PÉREZ, E.M., “Competencia desleal a través de actos de imitación sistemática”, cit., p.

admitido plenamente³⁸², y en otras ocasiones no la han aplicado³⁸³. Sólo en época reciente puede considerarse que finalmente la doctrina de los actos continuados en materia de competencia desleal resulta de aplicación entre nuestros tribunales, con ocasión de dos recientes sentencias del TS³⁸⁴, en las que se admitió su aplicación, si bien se formularon serias matizaciones y reticencias que su aplicación en materia de competencia desleal podría ocasionar³⁸⁵; de forma general, se argumentaba que la aplicación de la citada doctrina suponía diseccionar, de forma muy artificiosa, una única conducta en actos distintos, cuando realmente todos esos actos son idénticos y responden a un mismo plan.

Y, en este sentido, es evidente que la aplicación de la doctrina de los actos continuados puede plantear algunas disfunciones -básicamente en cuanto que puede incentivar el ejercicio tardío, por parte del afectado por tales actos de competencia desleal, de las acciones por competencia desleal (retraso desleal en el ejercicio de los derechos subjetivos-, pero no parece que sean irresolubles; así, podría evitarse que el afectado durante años por actos de competencia desleal y que sin embargo haya consentido tales actos (al no ejercitar acciones por competencia desleal) pueda ir posteriormente contra su propia conducta anterior, pueda posteriormente ejercitar acciones por competencia desleal cuando resulte evidente su aquiescencia, evitándose así el ejercicio abusivo que supone el retraso desleal en el ejercicio de los derechos (*Verwirkung* o buena fe en el plazo de reclamación)³⁸⁶, e infringiéndose con ello el art. 7. 1 CC (“los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”).

³⁸² Así, Massaguer Fuentes, J., “*Comentario a la Ley de Competencia Desleal*”, cit., p. 579 y ss... Así, entre otras, sentencias de la AP de Valencia de 27 de enero de 2000, AC 2000, 4073, fto. 2; de la AP de Alicante de 25 de septiembre de 1998, AC 998, 1927.

³⁸³ Así, sentencias del TS de 9 de julio de 2002, RJ 2002, 5903; del TS de 24 de marzo de 2006, RJ 2006, 1819; del TS de 16 de julio de 2007, RJ 2007, 5070.

³⁸⁴ Sentencias del TS de 18 de enero de 2010 (RJ 2010, 1401), y de 21 de enero de 2019 (RJ 2010, 1275).

³⁸⁵ Para un examen detallado de esta cuestión, vid. VEGA VEGA, J.A., “Artículo 32. Acciones”, cit., p. 965.

³⁸⁶ BERCOVITZ ALVAREZ, R., “*Artículo 35. Prescripción*”, cit., pp. 968 y 969.

En definitiva, consideramos que la doctrina de los actos continuados puede ser aplicable en supuestos de prácticas agresivas en el mercado, que pueden realizarse de forma sucesiva en el tiempo, integrando por ello una estrategia (desleal) del empresario. Sería necesario, como hemos expuesto, atender a las circunstancias fácticas para clarificar cómo debe valorarse el comportamiento del consumidor afectado, esto es, si se pudiera apreciar o no un retraso excesivo, injustificado, y por ello, desleal, en el ejercicio del derecho.

En segundo lugar, las acciones en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos de los consumidores, son imprescriptibles, es decir, no se computará ningún plazo desde la comisión del presunto acto de competencia desleal, tal y como señala el párrafo 2 del art. 35, al remitir al art. 56 del TRLGDCU, regulación novedosa respecto a lo regulado en el antiguo art. 21 de la LCD de 1991.

Asimismo, *finalmente*, el artículo 56 del TRLGDCU recoge una excepción, que es la relativa a las condiciones generales de la contratación depositadas en el Registro General de Condiciones Generales de la Contratación, puesto que en este último caso la prescripción de las acciones se fija a los cinco años a computar desde que se hubiera practicado dicho depósito.

2.3 Legitimación activa en materia de competencia desleal.

El artículo 33.1. de la LCD señala que tendrán legitimación activa, cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado y cuyos intereses económicos resulten perjudicados o amenazados por la conducta desleal, quienes están legitimados para interponer las acciones por competencia desleal previstas en el art. 32. 1. 1ª a 5ª, salvo la acción de enriquecimiento injusto, que sólo puede ser interpuesta por el titular de la posición jurídica violada (art. 33. 1. último párrafo).

En la misma línea, se reconoce legitimación para la interposición de acciones por competencia desleal a las asociaciones o corporaciones profesionales cuando resulten afectados los intereses de sus miembros y a las asociaciones o entidades que representen a los consumidores o a los colectivos protegidos, cuando el acto de competencia desleal

perseguido afecte directamente a los intereses generales, colectivos o difusos de los consumidores, salvo la acción de resarcimiento de daños y perjuicio y la acción de enriquecimiento injusto (art. 33. 2.).

Finalmente, se reconoce en concreto legitimación activa, en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios, a: a) el Instituto Nacional de Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios. b) las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos exigidos por el TRLGDCU. C) las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios que estén habilitados mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el DOUE.

A la vista de lo expuesto, es evidente que la LCD contempla una legitimación activa muy amplia, dando cabida incluso a Instituciones públicas, que podrán ejercitar acciones por competencia desleal atendiendo a las exigencias establecidas en el art. 33. 2 3. LCD. Ello no es de extrañar si recordamos que el objeto de tutela de la LCD, acorde con el moderno Derecho de la Competencia, es precisamente la tutela de la competencia en sí misma, por lo que parece razonable y coherente que se haya establecido una legitimación muy amplia que permita a todos los participantes en el mercado el ejercicio de acciones pro competencia desleal³⁸⁷.

2.3.1 Ministerio Fiscal.

Es precisamente con ocasión de la regulación de la legitimación activa del Ministerio fiscal cuando puede apreciarse, entre otros supuestos, que se ha producido una ampliación de la legitimación activa en materia de ejercicio de acciones por competencia desleal. Y es que,

³⁸⁷ VEGA VEGA, J.A., “Artículo 33. Legitimación activa”, cit., pp. 892 y 893.

el Ministerio Fiscal, hasta la modificación acaecida en el año 2014, estaba sólo legitimado para ejercitar las acciones de cesación, en defensa de los intereses colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios.

Pero con la modificación introducida por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLDCU, en su Disposición adicional segunda, se añade un nuevo apartado 5 al referido art. 11 de la LEC, que señala que “*El Ministerio Fiscal estará legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios.*”

A la vista de una legitimación tan amplia, es por ello que puede decirse que el Ministerio Fiscal se ha convertido en herramienta de control de la actuación de las empresas en el mercado frente a los consumidores; no sólo es que los Tribunales -que según la STJUE de 14 de junio de 2012, están obligados a apreciar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas presentes en los contratos que se les sometan-, sino que están además obligados a comunicar a la Fiscalía los procedimientos que penden ante ellos en los que estén implicados o afectados los derechos de los consumidores y usuarios. Pero es que, además, el propio Ministerio Fiscal tomará la iniciativa en defensa del *interés social*, sin esperar a que las asociaciones interpongan la demanda, ejercitando las acciones que procedan, colectivas o no³⁸⁸ (“intervención provocada”)³⁸⁹.

Una manifestación particularmente relevante de la intervención del Ministerio Fiscal se produce en el supuesto de la realización de una práctica agresiva de mercado, ya sea por acoso, influencia indebida o coacción, en el marco de un acoso telefónico o telemarketing, por ejemplo, supuestos estos en los que existe una pluralidad de consumidores afectados, incluso de difícil determinación. Y es que la Ley 29/2009 permitió así también la figura, novedosa en la regulación procesal española, de dar posibilidad de que un tercero intervenga en el proceso, sin constituirse propiamente como parte, con el objeto de la defensa de la

³⁸⁸ RODRIGUEZ CARO, M. ^a, “*El Ministerio Fiscal en defensa de los consumidores y usuarios. “Las preferentes y las cláusulas suelo”*”. www.noticias.juridicas.com. 2015.

³⁸⁹ VEGA VEGA, J.A., “*Artículo 33. Legitimación activa*”, cit., p. 926.

legalidad y del interés público³⁹⁰, estando legitimado para el ejercicio de las acciones de cesación, de retractación, declarativas, entre ellas las accesorias de devolución de cantidades y la indemnización de daños y perjuicios, siempre que “el hecho dañoso perjudique a una pluralidad indeterminada o de difícil determinación”.

La sucesiva ampliación de la legitimación activa del Ministerio Fiscal ha culminado en la Circular 2/2010, de 19 de diciembre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en el orden civil para la protección de los consumidores y usuarios, que se centra principalmente en regular la acción de cesación.

Posteriormente, la modificación del TRLGDCU por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, legitima también al Ministerio Fiscal para ejercitar cualquier acción en defensa de los consumidores y usuarios. En coherencia con este planteamiento, en aquellas Fiscalías Territoriales que lo permitan, existirá un Fiscal de Consumo especializado en la protección de los consumidores integrada en las secciones civiles de las Fiscalías Territoriales³⁹¹.

2.3.2 Algunas consideraciones sobre la legitimación procesal de las Asociaciones de consumidores y usuarios en materia de competencia desleal.

Como ya hemos indicado al inicio de este epígrafe, las asociaciones de consumidores y usuarios están legitimadas con carácter general para el ejercicio de acciones en materia de competencia desleal en defensa de los intereses colectivos y difusos, tal como reconoce expresamente el art. 33. 3. de la LCD ³⁹², de forma que la intervención de las Asociaciones

³⁹⁰ CASADO ROMÁN, J., “*Estudio del art. 15 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil*”, Diario La Ley, ISSN 1989-6913, N 7296, 2009.

³⁹¹ CIRCULAR 2/2018, sobre nuevas directrices en materia de protección jurídica de los derechos de los consumidores y usuarios.

³⁹² BACHARACH DE VALERA, S., “*Legitimación activa de asociaciones de consumidores para entablar la acción de cesación*”, ADI 9 (1983), pp. 161-172

o incluso del consumidor en procesos por competencia desleal, trae consigo importantes especialidades procedimentales³⁹³.

Es por ello que también las asociaciones de consumidores podrán interponer las acciones judiciales correspondientes en materia de protección de los consumidores contra las prácticas comerciales agresivas en materia de competencia desleal que afecten a los intereses colectivos y difusos de los consumidores. Por ello también, no es irrelevante la legitimación que detentan las asociaciones de consumidores en la materia, puesto que no debe olvidarse que gran parte de las prácticas agresivas de mercado se producen a través de prácticas de mercado generalizadas, como es la publicidad (telemarketing, publicidad en red, plataformas digitales, etc.)³⁹⁴.

En todo caso, la intervención de las asociaciones, que se regula en la Ley 1/2000 LEC, así como en el artículo 54.1b) del TRLGDCU y en el artículo 33.2 de la LCD, está condicionada a que las asociaciones de consumidores reúnan los requisitos necesarios de constitución como tales asociaciones de consumidores, es decir, asociaciones sin ánimo de lucro, además de cumplir los requisitos específicos que exigen las normas estatales y autonómicas, ya que en otros casos sólo podrán representar a sus asociados y no a los consumidores en general.

En todo caso, y como apuntábamos al inicio de este epígrafe, se constatan algunas carencias en la regulación en esta materia. Y es que, aunque las asociaciones de consumidores tienen legitimación activa para la defensa de los intereses colectivos y difusos, la normativa actual no abarca sin embargo la totalidad de los supuestos; así, no queda incluido el ejercicio de acciones en el supuesto de reclamaciones transfronterizas, además de que el objetivo debe ser una reparación efectiva bajo diversas formas: pago, restitución, sustitución de un

³⁹³ VEGA VEGA, J.A., “Artículo 33. Legitimación activa”, cit., p. 923 y ss.

³⁹⁴ Destacando el rol de las Asociaciones de consumidores en la defensa de los intereses colectivos, vid. Bujosa Vadell, L., “El procedimiento de las acciones de grupo (class actions) en los Estados Unidos de América”, Justicia, Revista de Derecho procesal, 1994, 67-124.

producto o de un servicio defectuoso, etc, y de que todos los tipos de daños deben poder ser cubiertos, cualquiera que sea su origen (contractual o extracontractual) o el tipo (financiero, material, físico o moral).

Parece que la Ley debería admitir también la posibilidad de que las organizaciones de consumidores tuvieran legitimación para iniciar cualquier acción colectiva que tenga por objeto proteger los intereses de los consumidores, y no sólo las organizaciones de consumidores representativas, que son, según la Ley, las habilitadas para representar a todos los consumidores (intereses difusos). Por ello, parece que el ordenamiento jurídico debería contemplar procedimientos, tanto "opt-in" como "opt-out"³⁹⁵, en este último caso al menos parece que para los procedimientos en defensa de intereses difusos.³⁹⁶. Pero, además, *en*

³⁹⁵ COROMINAS BACH, S., "*Procesos colectivos y legitimación. Un necesario salto hacia el futuro*", ed. Bosch, 2018.

³⁹⁶ www.protecciondatos.org. En comunicación comercial, publicidad y marketing, opt-in y opt-out son dos términos que expresan con qué tipo de consentimiento se cuenta por parte del destinatario para poder enviarle publicidad. Así, Opt-in implica que sólo se pueden enviar comunicaciones comerciales cuando se cuenta con el consentimiento previo e informado del destinatario. Opt-in notificado sería una variante de este sistema, por el cual cuando una persona deja sus datos personales para recibir publicidad (es decir, presta su consentimiento), recibe un mensaje de confirmación. Al mismo tiempo, se le daría en él la opción de solicitar su baja si ha cambiado de opinión o no ha sido él quien se ha dado de alta con sus datos.

Double opt-in se refiere al consentimiento reforzado: es un sistema que se utiliza para enviar comunicaciones por e-mail por el cual una persona, para quedar inscrita en una lista de distribución, debe dar dos veces su consentimiento. Así, cuando se da de alta en algún servicio, recibirá inmediatamente un correo electrónico solicitándole que confirme su intención de suscribirse a través de un link. Si no lo hace, no queda dado de alta. Este procedimiento no es legalmente obligatorio, pero sí es recomendable tanto desde un punto de vista de protección de datos personales como puramente de marketing. La lista de este tipo será más cualificada, tendrá una tasa de apertura de e-mails más alta, un índice de respuesta a las campañas también mayor, etc. El consentimiento, en cualquier caso, siempre puede ser revocado.

Opt-out permite el envío de comunicaciones comerciales siempre que se ofrezca al destinatario la posibilidad de solicitar la exclusión de la lista de envíos. Es decir, el destinatario recibe directamente una publicidad que él no ha solicitado, pero se le informa cómo puede darse de baja.

segundo lugar, se debería asegurar una distribución equitativa de la indemnización a percibir por los afectados, especialmente en casos especialmente complejos, como aquellos en los que es imposible la compensación individual (por ejemplo, infracciones de las normas de defensa de la competencia); deberían preverse mecanismos para que las indemnizaciones obtenidas reviertan en la protección de los intereses de los consumidores de forma colectiva.

Y, finalmente, *en tercer lugar*, el sistema vigente adolece de una clara y nítida diferenciación entre los intereses colectivos y los intereses difusos.

Interés colectivo se refiere al interés de un grupo de personas perfectamente determinadas o determinables, existiendo entre ellas un vínculo jurídico; el *interés difuso* se refiere a personas entre las que no existe nexo jurídico y los afectados no son determinables³⁹⁷.

En este sentido, la regulación sobre las acciones colectivas debería distinguir de forma más explícita y nítida los intereses puramente colectivos de los intereses difusos. En efecto, la regulación debería definir el distinto sentido y alcance, por un lado, de los intereses generales de los consumidores y usuarios (intereses supraindividuales, que trascienden a la mera suma de los intereses particulares de los consumidores y usuarios, a los que se refiere el artículo 11.3 apartado 1 LEC), y, por otro lado, de los intereses difusos de los consumidores y usuarios (intereses particulares homogéneos, normalmente con transcendencia patrimonial, a que se refieren los apartados 2 y 3 del artículo 11 LEC). Así, la diferencia entre el control abstracto, a través de las acciones de cesación de las conductas abusivas de los empresarios y las acciones individuales de los consumidores a través de las cuales se busca una reparación del daño ocasionado al consumidor, no así en las acciones de cesación. En este sentido se manifiesta la sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de octubre de 2016, que ha

³⁹⁷ VEGA VEGA, J.A., “Artículo 33. Legitimación activa”, cit., p. 917.

recordado los contornos del control abstracto de las acciones de cesación, reproduciendo la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.³⁹⁸

Como hemos comentado anteriormente, la UE ha elaborado una propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/UE, siendo el objetivo de la Directiva avanzar en la protección de los consumidores en el ejercicio de acciones judiciales colectivas y difusas.

Como puntos clave de la Propuesta de Directiva se destaca el reconocimiento de la legitimación activa a las asociaciones de consumidores para ejercitar la acción colectiva en defensa de los intereses de los consumidores, extendiéndose las medidas colectivas a los grandes sectores, como el financiero, eléctrico, sector de las telecomunicaciones y protección de datos, sin que sea necesario en una demanda colectiva la identificación individual de todos los afectados, pudiéndose incorporar el resarcimiento e indemnización a los afectados, y el fomentándose los acuerdos extrajudiciales de resolución de conflictos.

2.3.2.1 El interés difuso y el interés colectivo y la relevancia de su determinación para el ejercicio de la acción por competencia desleal.

Como hemos indicado anteriormente al abordar el rol de las asociaciones de consumidores en materia de competencia desleal, la UE ha recogido en la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, novedades importantes respecto de la clarificación de los intereses colectivos y difusos.

Como hemos señalado, cuando los consumidores y usuarios se vean afectados por las prácticas comerciales agresivas en materia de competencia desleal, podrán ser ejercitados

³⁹⁸ FERRERES COMELLA, A., “*Algunas pautas para regular adecuadamente las acciones colectivas*”, Actualidad Jurídica Uría-Menéndez, nº 45, pp. 23-35, 2017.

sus derechos por sí mismos o a través de la representación de las asociaciones de consumidores o del Ministerio Fiscal, por lo que es imprescindible clarificar el concepto de interés colectivo y de interés difuso.

En el supuesto de la reclamación de los daños ocasionados por la realización de una práctica comercial agresiva es necesario clarificar previamente si la reclamación se plantea por un grupo determinado de consumidores, o, por el contrario, se plantea sobre una generalidad indeterminada de los mismos. La Circular 2/2010 de la Fiscalía General del Estado señala que “Cuando los perjudicados son un grupo de consumidores, cuyos componentes están perfectamente determinados o resulten fácilmente determinables, nos hallamos ante intereses colectivos, mientras que en el caso de que los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores indeterminada o de difícil determinación, los intereses son difusos. Se aprecia, a la vista de ello, que no es lo mismo “grupo que pluralidad, como no es lo mismo colectivo o difuso”.³⁹⁹

En esta línea, las acciones de cesación son acciones colectivas cuyo objeto es el denominado control abstracto de las posibles conductas desleales de los empresarios; por el contrario, las acciones individuales se ejercitarán por los consumidores directamente. En el marco del control abstracto hasta ahora no se incluyen la determinación de las consecuencias patrimoniales concretas, ya sean de reparación, restitución o indemnización.⁴⁰⁰

Pues bien, la nueva propuesta de Directiva tiene como objeto mejorar la eficacia del procedimiento de cesación y contribuir a la eliminación de las consecuencias de las infracciones del Derecho de la Unión que afectan a los intereses colectivos de los consumidores. Y es que ya las evaluaciones realizadas por la propia UE demostraron que el riesgo de infracciones del Derecho de la UE que afectaba a los intereses colectivos de los consumidores había aumentado debido a la globalización y a la digitalización de la UE ya

³⁹⁹ ESQUIVIAS JARAMILLO, J.I., “*Protección del consumidor: acoso telefónico*”, Derecho CEF, Ediciones Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2012, pp. 27 y ss.

⁴⁰⁰ FERRERES COMELLA, A., “*Algunas pautas para regular adecuadamente las acciones colectivas*”, op.cit., p. 25.

que los comerciantes que infringen las normas de la Unión Europea pueden afectar a miles o incluso millones de consumidores con la misma publicidad, o bien mediante prácticas comerciales desleales en cualquier tipo de sector económico en el comercio transfronterizo. Además, los diferentes Estados miembros no disponen en su totalidad, ni tampoco con las mismas garantías, de los recursos colectivos de indemnización adaptados a situaciones de daños masivos.⁴⁰¹

2.3.2.2 Especial referencia a la acción de cesación en el marco de las prácticas agresivas de mercado contra los consumidores.

El punto de partida es el artículo 32.2 de la LCD, que delimita a la acción de cesación como “aquella acción de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura”. Igualmente se podrá ejercitar la acción de prohibición, si la conducta no se ha realizado en marcha todavía. Por tanto, se contemplan dos opciones: una para que no se produzca nuevamente esa conducta o práctica comercial agresiva, y otra, para evitar que se llegue a realizar la conducta agresiva contra el consumidor.

El artículo 32 antes citado debe ponerse en relación con el artículo 53 del TRLGDCU, que indica que “La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando ésta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato”. En el mismo sentido la LCGC, en su artículo 12.2, también recoge el derecho de los consumidores a ejercitar la acción de cesación.

En el caso que nos ocupa -el análisis de la acción de cesación vinculada a la práctica agresiva-, el consumidor podría ejercitar su derecho a través de la interposición de una demanda por la realización de una práctica comercial agresiva cometida por una empresa si hubiera sido

⁴⁰¹ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/UE, COM/2018/184 final - 2018/0089 (COD), Acciones de cesación y de indemnización.

previsto en las condiciones generales de la contratación a las que el consumidor se ha adherido exclusivamente (contratación en masa), y han sido redactadas unilateralmente por el empresario; así, en este sentido, existen ejemplos muy numerosos, como el acoso telefónico, prácticas de telemarketing realizadas por compañías telefónicas, del sector de la energía, o del sector del turismo.

La propuesta de Directiva mencionada plantea la necesidad de llevar a cabo ciertas reformas en la normativa hasta ahora vigente con el espíritu de dotar de mayores garantías al consumidor en sus transacciones comerciales y, en concreto, en relación a la acción de cesación en materia de competencia desleal⁴⁰², incorporando así la posibilidad de interponer

⁴⁰² Cit. Se indica en la Propuesta que “La propuesta permitirá a las entidades habilitadas interponer acciones de representación para obtener diferentes tipos de medidas, según corresponda, dependiendo de las circunstancias del caso. Estas medidas incluyen medidas cautelares o definitivas para que cese o se prohíba la práctica de un comerciante, si se considera una infracción de la ley, y medidas que eliminen los efectos continuados de la infracción. Estas últimas podrían incluir órdenes de reparación y resoluciones declarativas que determinen la responsabilidad del comerciante frente a los consumidores perjudicados por las infracciones.

Por regla general, las entidades habilitadas deben tener derecho a interponer acciones de representación para obtener una orden de reparación que obligue al comerciante a ofrecer, entre otras cosas, indemnización, arreglo, sustitución, reducción de precios, resolución del contrato o reembolso del precio pagado, según proceda.

No obstante, también es necesario ofrecer a los Estados miembros flexibilidad en los casos en los que la cuantificación del perjuicio a los consumidores afectados por la acción de representación resulte compleja debido a las características del perjuicio individual.

Por regla general, las entidades habilitadas deben tener derecho a interponer acciones de representación para obtener una orden de reparación que obligue al comerciante a ofrecer, entre otras cosas, indemnización, arreglo, sustitución, reducción de precios, resolución del contrato o reembolso del precio pagado, según proceda.

No obstante, también es necesario ofrecer a los Estados miembros flexibilidad en los casos en los que la cuantificación del perjuicio a los consumidores afectados por la acción de representación resulte compleja debido a las características del perjuicio individual. En esos casos, los Estados miembros tendrán la posibilidad de facultar a los órganos jurisdiccionales o a las autoridades administrativas para decidir si, en lugar de una orden de reparación, dictan una resolución declarativa en relación con la responsabilidad del comerciante frente

acciones de representación para obtener una orden de reparación que obligue al comerciante ofrecer al consumidor la indemnización, sustitución, resolución del contrato o reembolso del precio pagado, así como la solicitud de adopción de medidas provisionales, cautelares o definitivas para que cese o se prohíba la práctica de mercado de un empresario.

Por otro lado, la LCD establece una diferencia entre la prescripción de la acción por el transcurso de un año de las acciones para la cesación de la competencia desleal en el caso de la realización de una práctica agresiva, y el transcurso de tres años desde que concluyó la conducta y su remisión al artículo 56 del TRLGDCU, en relación a la imprescriptibilidad de las acciones cuando defiendan intereses colectivos. En este sentido, se debe precisar que será imprescriptible la acción colectiva de cesación en los supuestos recogidos en la norma de protección de los consumidores, pero si se trata de un supuesto recogido en la LCGC se remitirá al artículo 19, y en el caso de prácticas comerciales agresivas en materia de competencia desleal se aplicará el artículo 35 de la LCD, y respecto a las acciones colectivas en defensa de los consumidores se remite a la norma de protección de los consumidores, por lo que será imprescriptible.

Por lo tanto, en el supuesto del ejercicio de acciones individuales en relación a la realización de prácticas agresivas de mercado, consideramos que no resulta de aplicación la

a los consumidores perjudicados por una infracción del Derecho de la Unión, en la que podrán basarse directamente acciones de reparación subsiguientes.

No obstante, no debería disponerse de esta flexibilidad en tipos específicos de casos especialmente frecuentes en situaciones de daños masivos de empresa a consumidor (B2C). El primer tipo incluye los casos en los que los consumidores afectados por una misma práctica son determinables y han sufrido perjuicios comparables en relación con un período de tiempo o una compra, como en el caso de los contratos de consumo a largo plazo. El segundo tipo se refiere a los «casos de escasa cuantía» en los que varios consumidores han sufrido una pérdida de cuantía tan baja que resultaría desproporcionado o impracticable distribuir la reparación entre los consumidores. No obstante, el comerciante que ha cometido la infracción debe indemnizar por los perjuicios causados. Por consiguiente, la reparación debe destinarse a un objetivo público que esté al servicio de los intereses colectivos de los consumidores”.

imprescriptibilidad de las acciones colectivas, sino que cada acción dará lugar al cómputo de su prescripción.

En torno a esta diferenciación en cuanto los plazos para la interposición de las acciones de cesación en relación a la LCD, la jurisprudencia del Tribunal Supremo -entre otras las SS. 16 de junio de 2000, 30 de mayo de 2005, 29 de diciembre de 2006, 29 de junio y 23 de noviembre de 2007-, y en concreto la sentencia 461/2010, ha señalado en su FJ segundo que “el tiempo no empieza a contar cuando se trata de actos duraderos, mientras permanezca la conducta ilícita. Se exige estar a la producción del resultado o cese del acto ilícito, de manera que el plazo no corre mientras la situación jurídica no se restablezca”.

2.3.3 Legitimación activa del Instituto Nacional de Consumo (INC) y demás organismos o entidades de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales.

El art. 33. 3. a) LCD reconoce también legitimación activa para el ejercicio de las acciones previstas en los artículos 32.1, 1 a 4 en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios al INC y los órganos o entidades correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios.

Las Administraciones Públicas, en cuanto que actúan como tal, como poder público, carecen como regla general de legitimación para promover procesos de competencia desleal, el art. 33. 3. A) LCD, lo que es coherente con la amplia legitimación que reconoce la LCD a los particulares en materia de competencia desleal; no obstante, la LCD matiza tal planteamiento al reconocer cierta legitimación a las Administraciones Públicas de las Comunidades Autónomas y locales, así como al INC.

En este caso, ha sido por la vía del art. 15 bis LEC, incorporado por la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, por la que las entidades mencionadas estarían legitimadas para el ejercicio de las acciones señaladas en defensa de los intereses de los consumidores, si bien su participación en tales procesos no les concedería la condición de

parte, estando legitimados para intervenir para aportar informes, o presentar observaciones escritas (o verbales, previa autorización) sobre cuestiones relativas a los art. 1 y 2 de la LDC⁴⁰³.

2.3.4 Legitimación de las entidades de los Estados miembros de la Unión Europea.

Finalmente, el artículo 33. 3. c) de la LCD reconoce legitimación activa a las Entidades de otros Estados miembros de la UE constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios que estén habilitados mediante su inclusión en la lista publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, así como a aquellas entidades internacionales, específicamente dedicadas a la protección de los consumidores y usuarios que, con arreglo a su legislación, estén habilitados en esta materia. Como hemos señalado en el epígrafe anterior al referirnos a otras entidades de la Administración Pública, se trata de una legitimación referida básicamente a supuestos relativos a los art. 1 y 2 de la LDC.

2.4 Legitimación pasiva en materia de competencia desleal. La especial relevancia de la responsabilidad solidaria en la realización de prácticas agresivas con los consumidores.

La legitimación pasiva en materia de competencia desleal es uno de los aspectos más innovadores con ocasión de la reforma de la LCD en 2009, en el sentido principalmente de ampliar los supuestos incluidos en la legitimación pasiva: conforme a la nueva redacción del art. 34.1. LCD, quedarían incluidos no sólo el autor material o directo del acto de competencia desleal, sino también cualquier persona que haya ordenado la conducta desleal

⁴⁰³ VEGA VEGA, J.A., “Artículo 33. Legitimación activa”, cit., p. 927.

o haya cooperado a su realización.⁴⁰⁴ En definitiva, conforme al art. 34.1 LCD, son tres las posibilidades que quedarían incluidas en sede del art. 34. 1. LCD: autoría directa, autoría por inducción y cooperación en la ejecución.

Como es sabido, la determinación la autoría no es una cuestión en absoluto irrelevante, puesto que la responsabilidad que pueda derivarse de un acto, depende de la autoría del mismo; por ello, es razonable que el art. 34. 1. LCD clarifique con precisión la amplitud que se concede, en sede de competencia desleal, a la legitimación pasiva por actos desleales.

A la vista del precepto citado, puede afirmarse que las acciones podrán ejercitarse contra cualquiera, persona física o jurídica, que participe en el mercado, en cualquiera de las tres posibles formas de actuación mencionadas. Se aprecia, por tanto, una legitimación muy amplia, al ser suficiente el hecho de la sola *participación en el mercado*, siendo irrelevantes a estos efectos a la condición o no de empresario (“La Ley será de aplicación a los empresarios, profesionales y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado”, art. 3. 1. LCD) Este planteamiento está en perfecta armonía con el art. LCD, en sintonía también con los modernos planteamientos del Derecho de la Competencia, que sitúan como objeto tuitivo del Derecho de la Competencia al propio mercado, al propio funcionamiento de la competencia (art. 1. LCD). Por ello, es irrelevante la calificación de quién realiza la conducta en el mercado, bastando simplemente su participación en el mercado y con fines concurrenciales (art. 2. 1. LCD).

Las acciones derivadas de la competencia desleal puedan ejercitarse contra aquellas personas físicas o jurídicas que hayan llevado a cabo una conducta o comportamiento contrario a las normas de competencia desleal. Asimismo, las acciones de enriquecimiento injusto se dirigirán contra el beneficiario de la misma y se estará a lo dispuesto en las normas de Derecho Civil.

En el caso concreto de los “influencer”, tema que hemos abordado en el capítulo anterior, y siguiendo a TATO PLAZA, la figura del influencer se convierte en un colaborador que difunde el mensaje publicitario, la promoción de bienes o servicios del anunciante, por lo

⁴⁰⁴ VEGA VEGA, J.A., “Artículo 33. Legitimación activa”, cit., p. 934.

que las acciones habrán de dirigirse contra el anunciante, exceptuándose los supuestos en que el líder de opinión actué contraviniendo las indicaciones del anunciante enmarcadas en la relación contractual laboral entre el anunciante y el influencer⁴⁰⁵.

Como hemos expuesto con anterioridad, las prácticas agresivas son con frecuencia realizadas en el marco de la actividad publicitaria, o a través de la contratación mediante plataformas colaborativas. En tales sectores (publicitario, plataformas digitales), existen como regla general una pluralidad de sujetos que colaboran o cooperan para que la conducta de mercado (supuestamente desleal) pueda realizarse en éste. Es por ello que es absolutamente imprescindible determinar cómo será la responsabilidad asumida por cada uno de los sujetos que intervienen en la realización del acto en el mercado.

Pues bien, la cuestión de la solidaridad de los responsables de un acto desleal es una cuestión sobre la que no existe absoluta unanimidad ni en el marco de la doctrina española ni tampoco en la de otros países de nuestro entorno jurídico. El punto de partida es que la LCD no se pronuncia sobre esta cuestión, si bien parece razonable considerar que la regla de la responsabilidad solidaria es la más adecuada a efectos de proteger los intereses de los perjudicados, en clara sintonía, primero, con el propio espíritu de la LCD (que es tutelar al consumidor de la forma más eficaz posible), además de con la interpretación que nuestros tribunales⁴⁰⁶ y la doctrina han venido refrendando en materia de daños⁴⁰⁷.

En todo caso, son necesario dos circunstancias o requisitos que permitirían admitir la responsabilidad solidaria de quienes participen en la realización del acto desleal: en primer lugar, que no sea posible determinar la participación individual o la responsabilidad de cada

⁴⁰⁵ TATO PLAZA, A., “*Aspectos jurídicos de la publicidad...*”, op. cit., 2019, pp.71-73.

⁴⁰⁶ Entre otras, sentencia del TS de 11 de julio de 2006, RJ 2006, 4977; sentencias de AP de Zaragoza de 16 de septiembre de 2009, AC 2009, 2088; de la AP de Córdoba de 10 de julio de 2009, JUR 2010, 47476.

⁴⁰⁷ VEGA VEGA, J.A., “*Artículo 34. Legitimación pasiva*”, cit., p. 949.

uno de los intervinientes en la producción del daño; y, en segundo lugar, que la demandante solicitara la condena solidaria de los demandados⁴⁰⁸.

Aplicando las anteriores consideraciones a las prácticas agresivas, parece que la responsabilidad en gran parte de los supuestos podría ser solidaria, puesto que con frecuencia no resulta fácil determinar nítidamente el grado de implicación, y por ello, de responsabilidad, de cada interviniente en la realización del acto de competencia desleal; piénsese, a modo de ejemplo, en la difusión de una campaña publicitaria que es considerada por los consumidores como agresiva y por ello desleal. Podría suceder que, al menos, pudieran ser demandados por competencia desleal tanto la Agencia publicitaria, como el titular de la marca objeto de publicidad, como el medio publicitario que difunde la campaña publicitaria. Por ello, admitir la posibilidad de una responsabilidad solidaria entre los que participan en tal actuación de mercado, sería favorecer la posible tutela del consumidor, siempre que el tribunal estimara la deslealtad del acto en cuestión.

2.5 Infracciones y sanciones en materia de competencia desleal con relación a la defensa de los consumidores y usuarios: la práctica agresiva como infracción administrativa.

El art. 49.1.1. TRLGDCU establece que será infracción administrativa “el uso de prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios”, precepto que fue objeto de modificación con la entrada en vigor de la ley 29/2009, de 30 de diciembre, por el 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. Desde esta perspectiva, las prácticas agresivas serán consideradas como infracción administrativa y sancionables por ello conforme al TRLGDCU (ilícito administrativo) y también, en su caso, conforme a la LCD (ilícito desleal).

⁴⁰⁸ VEGA VEGA, J.A., “Artículo 34. Legitimación pasiva”, cit., p. 950.

Por último, en este punto debemos de hacer un inciso a efectos de *distribución de competencias respecto a la competencia del Estado y de las Administraciones territoriales en materia de protección del consumidor*.⁴⁰⁹

⁴⁰⁹ Como es sabido, ni el artículo 149 ni el artículo 148 CE recogen en ninguno de sus apartados la protección de los consumidores, por lo que cabe extraer la conclusión que se produce una distribución de competencias entre el estado y las Comunidades Autónomas en materia de protección de los consumidores, por lo que viene consagrada en los artículos 149 y 148 de la Constitución Española, acompañada de una cláusula residual de cierre del sistema, en el que se prevén los supuestos de prelación y supletoriedad del Derecho estatal sobre aquel que derive de las Comunidades Autónomas.

Así como se ha comentado en los primeros párrafos, el artículo 51 de la CE abarca una pluralidad de aspectos, que conllevan una multitud de actuaciones y actividades encaminadas a la protección de los diversos derechos e intereses de los consumidores, pero no puede utilizarse como títulos competenciales capaces de determinar una distribución competencial. En este sentido se pronunció la STC 15/1989, de 26 de enero que, al examinar la posible inconstitucionalidad de la LGDCU en su conjunto, afirmó que “frente al criterio que parece desprenderse de la lectura de la Ley y de su propio enunciado como Ley General, lo cierto es que en el artículo 51 de la CE, no puede hallarse la cobertura competencial de la misma.”. Por lo que el régimen de distribución de competencias entre el Estado y las CCAA queda establecido por la CE y por los Estatutos de Autonomía, de manera que el legislador estatal no puede incidir con carácter general en ese régimen a no ser que medie una expresa habilitación constitucional o estatutaria, que no se da en el presente caso. Por ello se puede indicar que:

En el marco de los títulos competenciales del artículo 149.1 se integra dentro del contenido específico de la protección de los consumidores. Es decir, son varios los títulos competenciales que inciden en la materia de consumo así lo recalca por ejemplo la STC 71/1982, de 30 de noviembre.

“la defensa del consumidor es un concepto de tal amplitud y de contornos imprecisos que, con ser dificultosa en ocasiones la operación calificadoras de una norma...”

Por tanto, el Estado puede aprobar normas que desarrollen el mandato del artículo 51 de la CE. Pero más complicado sería la competencia del Estado para dictar una ley general en materia de consumo.

Asimismo, el título competencial del artículo 148.1 de la Constitución donde recoge la competencia de las Comunidades Autónomas y es por ello, que la totalidad de los Estatutos de Autonomía atribuyeron a cada una de las Comunidades Autónomas la competencia sobre la materia de defensa del consumidor y usuario, aunque con diferente alcance recuérdese, aquellas Comunidades Autónomas que, por acceder a la autonomía mediante la previsión efectuada, del artículo 151 podían asumir todo tipo de competencias, a excepción de las formuladas

El artículo 47 alude a las “Administraciones competentes”, donde recoge la competencia territorial de la administración encargada de imponer la infracción señalando que las infracciones se entenderán cometidas en cualquiera de los lugares en que se desarrollen las acciones u omisiones constitutivas de las mismas y , además, salvo en el caso de las infracciones relativas los requisitos de los establecimientos e instalaciones o del personal, en todos aquellos en que se manifieste la lesión o el riesgo para los intereses de los consumidores y usuarios protegidos por la norma sancionadora (artículo 47.2 LGDCU).

Las autoridades competentes en materia de consumo sancionarán las conductas tipificadas como infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios de los empresarios de los sectores que cuenten con regulación específica y las prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios (artículo 47.3 LGDCU).

en el artículo 149.1 CE, que son como sabemos competencias exclusivas del Estado. Estas Comunidades asumieron competencias normativas y ejecutivas en materia de defensa del consumidor y usuario. (País Vasco, Cataluña, Galicia, Andalucía, Navarra), Comunidades Autónomas de Canarias y Valencia tuvieron que esperar a las Leyes Orgánicas 11 y 12/1982, de 10 de agosto, de transferencias complementarias para Canarias y Valencia. Y Comunidades Autónomas del artículo 143 CE que, de acuerdo con sus respectivos Estatutos de Autonomía, han asumido la función la función ejecutiva sobre la defensa del consumidor. En este sentido fue el proceso de la Comunidad de Madrid.

En esta línea es importante remarcar el papel de la doctrina del tribunal constitucional como fundamento delimitador de la materia de protección de los consumidores. STC 71/1982, de 30 de noviembre, a la hora de enjuiciar la constitucionalidad del Estatuto de Consumo del País Vasco.

STC 202/1992, de 23 de noviembre, por el que se impugna por parte de Cataluña artículos de la orden ministerial del ministerio de Sanidad y Consumo, por la que se establecían normas para la concesión de ayudas a las Corporaciones Locales en materia de consumo, estableciendo el TC que “... razón por la cual ha de considerarse este último título competencial como prevalente”. la STC 71/1982, de 30 de noviembre, considera que el título sanidad es más específico que el de defensa del consumidor.

Esta misma doctrina es seguida por el TC en las SSTC 69/1988, de 19 de abril y 80/1988, de 28 de abril, en las que el problema es encuadrar una medida en las materias de sanidad o igualdad de los derechos y deberes afirmando el Alto Tribunal que “también aquí el título más específico ha de prevalecer frente al más genérico”.

Entre ellas y ateniéndonos al caso concreto que nos interesa, la actividad de limitación, de control, inspección y sanción, entre las que se encuentran la imposición de sanciones en caso de la realización de una infracción administrativa, será competente la Administración territorial autonómica y local correspondiente.⁴¹⁰

Siguiendo esta línea argumental, recoge las modificaciones de la norma de protección de consumidores tanto la modificación de la Ley 29/2009, como la modificación de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, en concreto en el artículo 47, que regula las Administraciones competentes, donde delimita y aclara el reparto competencial entre las diferentes Administraciones territoriales.

Así, la norma estatal básica regula como infracción, como hemos indicado, la realización de las prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios, y serán sancionadas por las administraciones públicas competentes en materia de protección del consumidor con multas; el importe de las multas se graduará atendiendo al grado de la infracción que se comenta.

En esta misma línea, el artículo 52 recoge la posibilidad que la Administración imponga sanciones accesorias y establece el elenco de las mismas, así será posible la sanción a los empresarios o profesionales que hayan cometido una infracción del uso indebido de las prácticas comerciales hasta el decomiso de la mercancía adulterada, deteriorada, falsificada,

⁴¹⁰ Exposición de motivos del TRLGDCU dice textualmente “las referencias a las Administraciones públicas competentes o la inclusión en el texto refundido de normas sobre contratos cuyo control administrativo está atribuido a administraciones sectoriales distintas de las competentes en materia de consumo, no tiene efectos de atribución o modificación de las competencias administrativas atribuidas por la normativa estatal o autonómica que resulte de aplicación.

El texto refundido no prejuzga cuáles sean las Administraciones públicas competentes en relación con las materias contenidas en él, consciente de que la protección de los consumidores es una materia pluridisciplinar en la que concurren diversas Administraciones. Las Administraciones públicas competentes serán, en cada caso, las que tengan atribuida tal competencia por razón de la materia con pleno respeto a la autonomía organizativa de las distintas Administraciones involucradas, en particular en las materias relacionadas con la salud y el turismo.

fraudulenta, no identificada, o que pueda entrañar riesgo para el consumidor o usuario, la publicidad de las sanciones impuestas, cuando hayan adquirido firmeza en vía administrativa, así como los nombres, apellidos, denominación o razón social de las personas naturales o jurídicas responsables y la índole y naturaleza de las infracciones, siempre que concurra algún riesgo para la salud y seguridad de los consumidores y usuarios, reincidencia en infracciones de naturaleza análoga o acreditada intencionalidad en la infracción.

2.6 Códigos de Conducta y prácticas agresivas.

Como es conocido, y como expresamente señala la Exposición de Motivos de la Ley 29/2009, siguiendo la Recomendación 8/257/CE y 2001/310/CE, sobre soluciones extrajudiciales de conflictos, la Ley 29/2009 ha incluido -si bien la Ley no propone un concepto de código de conducta- en su regulación los códigos de conducta, que “contribuyen a elevar el nivel de protección de los consumidores y usuarios, mediante el acceso a sistemas eficaces de resolución extrajudicial de reclamaciones que cumplan los requisitos establecidos por la normativa comunitaria”, manifestación todo ello de los trabajos y documentos elaborados en el seno de la UE que ha auspiciado la resolución extrajudicial de los conflictos con los consumidores en materia de competencia desleal⁴¹¹.

En efecto, la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, ha regulado los códigos de conducta en cuanto que mecanismo idóneo de protección del consumidor y usuario (“elevar el nivel de protección de los consumidores”, art. 37. 1, LCD), constituyendo una novedad para contribuir a elevar el nivel de protección de los consumidores y usuarios, llevando a cabo además la creación de sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos de las reclamaciones⁴¹². En esta medida, los códigos de conducta suponen una tutela adicional para los consumidores y usuarios, al suponer un incremento en la confianza y seguridad para los

⁴¹¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Fomento de los Códigos de conducta. Art. 37”, cit. p. 1006.

⁴¹² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Fomento de los Códigos de conducta. Art. 37”, cit., p. 1005.

usuarios en la correcta actuación de mercado: los códigos de conducta, regulados de forma independiente del control judicial de los actos de los empresarios en el mercado (art. 37. 5. LCD)⁴¹³, incluyen el ejercicio de acciones frente a los empresarios adheridos públicamente a estos códigos de conducta, cuando infrinjan obligaciones libremente asumidas (art. 37. 1. LCD) o que puedan incurrir en actos de competencia desleal, y que supongan la realización de prácticas desleales contra los consumidores y usuarios⁴¹⁴, quienes estarán legitimados con carácter general.⁴¹⁵

Pues bien, es precisamente con ocasión de la realización de prácticas agresivas en las que los Códigos de conducta pueden mostrarse especialmente útiles. Así, y como es propio del carácter sectorial que los códigos de conducta poseen, pueden ser muy útiles para el consumidor, por ejemplo, en sectores como el alimentario y farmacéutico, en los que este sistema ha tenido ya una acogida muy favorable.

Y decimos que los Códigos de conducta son especialmente valiosos como medio de tutela del consumidor y usuario frente a prácticas desleales si tomamos en consideración que la anulación de un negocio jurídico derivado de considerar a una práctica comercial desleal y agresiva, conlleva la prueba de que la actuación del empresario persistente y molesta ha afectado al consumidor medio, le ha inducido a error, alterando su comportamiento normal económico. Es necesario recordar que realmente resulta muy complicado para el consumidor probar un caso de acoso telefónico o telemarketing: no le resulta al consumidor sencillo, ni

⁴¹³ El art. 37. 5. LCD establece de forma contundente la independencia del control de los códigos de conducta y las acciones judiciales previstas en el art. 32, si bien, como se ha señalado (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Fomento de los Códigos de conducta. Art. 37”, cit. p. 1015), ello no sucede así en el caso del arbitraje de consumo, en el que la selección de este sistema como mecanismo de resolución extrajudicial del conflicto, necesariamente ello supondrá la renuncia a las acciones judiciales establecidas en el art. 32 LCD.

⁴¹⁴ Es una idea pacífica en la doctrina que los Códigos de conducta se refieren siempre a una tutela a favor de los consumidores, si bien se ha discutido si resultarían también aplicables en cuanto que las prácticas desleales se refirieran a empresarios. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Fomento de los Códigos de conducta. Art. 37”, cit. p. 1014.

⁴¹⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Fomento de los Códigos de conducta. Art. 37”, cit. p. 1021.

tampoco posible en muchas ocasiones, probar el número de ocasiones que le han llamado por teléfono y poder demostrar que tales llamadas se han producido; ni tampoco es claro actualmente saber cómo valorarán los tribunales la conducta del empresario para determinar si es suficientemente molesta, y si por ello será entonces calificada como agresiva y desleal.

Frente a un posible comportamiento desleal, es cierto que la actuación por parte del consumidor podría venir de la mano de la interposición directa (sin requerimiento previo al órgano de control del código de conducta, art 39. 2. LCD) de una de las acciones judiciales que hemos mencionado en los epígrafes anteriores (art. 32 LCD). Y es precisamente por ello, por los inconvenientes y dificultades probatorios que puede suponer en ejercicio de una acción por competencia desleal (especialmente de tipo probatorio), es por lo que el legislador prevé la figura de los Códigos de Conducta en sectores en los que los profesionales del mismo se adhieran, junto a los restantes sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos, como veremos a continuación. En definitiva, parece que, aunque el requerimiento previo al órgano de control del cumplimiento del código de conducta no es obligatorio en supuestos en los que el consumidor estima que se ha producido un caso de competencia desleal, parece que ejercicio por el consumidor de la acción de cesación o rectificación derivada del incumplimiento del Código de conducta, podría también ser beneficiosa para el consumidor, quien posteriormente podría acudir a los tribunales ejercitando las acciones pertinentes *ex art. 32. LCD (art, 39. 2. LCD)*.

Como hemos anticipado, se detecta que para la adecuada aplicación de los Códigos de Conducta es necesaria la existencia de *órganos independientes de control* para asegurar el cumplimiento efectivo y eficaz de los compromisos exigidos a las empresas adheridas. Sólo con el establecimiento de un órgano de aplicación del Código de conducta de forma eficaz independiente y equitativa, el consumidor podrá ser realmente tutelado frente a actuaciones que supongan una infracción del Código o bien sean constitutivas de prácticas desleales en el mercado⁴¹⁶.

⁴¹⁶ GÓMEZ SEGADÉ, J.A./LEMA DEVESA, C., “La autodisciplina publicitaria en el Derecho comparado y en el Derecho español”, ADI, t. 7, 1981, p. 46.

Finalmente, para que el consumidor pueda conocer la existencia del Código de conducta, es necesario que éste haya recibido cierta publicidad. Sin embargo, esta cuestión no ha sido suficientemente abordada en la LCD, que sólo indica que a los códigos de conducta “(...) se les dará publicidad suficiente para su debido conocimiento por los destinatarios” (art. 37. 2.), sin que especifique los medios de publicidad a tal efecto. Parece que sólo con la debida publicidad del código podrá el tercero conocerlo y alegar su aplicación en lo que le beneficie, para lo cual parece muy útil su comunicación previa a la Comisión europea - siguiendo la Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000, relativo a la red comunitaria de órganos nacionales de solución extrajudicial de litigios en materia de consumo-, que lo dará a conocer públicamente.⁴¹⁷

3 Resolución extrajudicial de ilícitos desleales. Especial referencia a las prácticas agresivas en materia de competencia desleal.

3.1 La Autorregulación publicitaria y su posible aplicación a las prácticas agresivas desleales.

La autorregulación publicitaria puede conceptuarse como un sistema voluntario a través del cual las empresas que integran el sector publicitario (anunciantes, agencias y medios de comunicación) proponen soluciones con el objetivo de generar confianza y credibilidad en la sociedad y en los consumidores y usuarios, en los operadores del mercado y en el mercado publicitario en general. Se encomienda la vigilancia y la formación para que la actividad publicitaria se lleve a cabo de forma honesta y responsable, por lo que el fomento de este sistema se ha visto plasmado en numerosas normas legales, comunitarias y nacionales, relativas a publicidad, protección de consumidores, regulación de medios de comunicación o tratamiento de datos personales, etc., que han reconocido a la autorregulación publicitaria

⁴¹⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Fomento de los Códigos de conducta. Art. 37”, cit. p. 1014.

como vía de transacción en los supuestos que se produzca un comportamiento publicitario no adecuado a las normas aplicables en su caso. En el caso concreto que nos ocupa, la posible realización de actuaciones u omisiones que puedan constituir una publicidad agresiva hacia los consumidores y usuarios, y, por tanto, ser contrarias a las normas de publicidad y normas en materia de competencia desleal⁴¹⁸.

Como ha señalado la doctrina más autorizada, requisitos constitutivos de la autorregulación publicitaria serían los siguientes: la agrupación voluntaria de sus miembros, la existencia de un código de conducta aplicable a esos miembros; la existencia de un órgano que controle su aplicación y, finalmente, el establecimiento de medidas tendentes a garantizar el cumplimiento de las decisiones de ese órgano.⁴¹⁹

3.1.1 Breve referencia a la Autorregulación en Europa.

La autorregulación como medio extrajudicial de resolución de conflictos se ha visto significativamente fortalecido con la reforma de la LCD en 2009. Así, el artículo 37 de la Ley reconoce y fomenta expresamente los Códigos de Conducta; los sistemas de autocontrol previo (como, por ejemplo, el Copy Advice® de AUTOCONTROL), y los sistemas extrajudiciales de resolución de controversias (como el Jurado de la Publicidad). La LCD establece, además, la obligación de recurrir a los sistemas de autorregulación con carácter previo a la acción judicial en determinados supuestos (art. 39. 2.), y siempre que ese sistema cumpla los requisitos de la Ley en el caso de acciones frente a empresarios adheridos a Códigos de Conducta.⁴²⁰

⁴¹⁸ “VAZQUEZ RUANO, T., “*Consideraciones de derecho de la competencia en materia de autoregulacion*”, ADI 2016, pp.281-306.

⁴¹⁹ FERNANDO MAGARZO, M.R., “*La consolidación de la autorregulación publicitaria en España: Fomento normativo y reconocimiento jurisprudencial*”, Estudios sobre Consumo nº 84, Instituto Nacional de Consumo, 2008, Madrid, pp. 71-84.

⁴²⁰ www.autocontrol.es

El nacimiento de los sistemas de autorregulación en Europa ha emergido del propio sector privado publicitario, y dada el éxito obtenido y la progresiva aceptación de estos sistemas tanto por el sector empresarial como por los consumidores, ello provocó que la regulación del mercado incorporase la resolución “amistosa” como sistema de gestión de las reclamaciones extrajudiciales del conflicto.

En este sentido, la UE ha venido desde tiempo atrás impulsando el sistema de autorregulación; entre los antecedentes, cabe citar la Resolución del Consejo de Europa de 18 de febrero de 1972, sobre protección de los consumidores, que regula el reconocimiento genérico de los sistemas extrajudiciales incluyéndose como tal la autorregulación en materia de la actividad publicitaria, y que posteriormente quedó recogido en la Directiva 84/450/CE sobre publicidad engañosa; la Recomendación (98/560/CE) del Consejo de la Unión Europea, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios en materia de consumo de 24 de septiembre de 1998; la Directiva 95/46/CE, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales; la Directiva 2000/31/CE, sobre comercio electrónico, y la Directiva 2005/29/CE de prácticas comerciales desleales, que específicamente recoge la creación de estos códigos de conducta.

La Comisión Europea, en su Informe en el marco del Programa de adecuación y eficacia de la reglamentación (REFIT, 2017)⁴²¹, Programa que analiza la situación reciente de la normativa europea y de los países miembros en cada sector, ha examinado la normativa a lo

⁴²¹http://ec.europa.eu/smart-regulation/roadmaps/docs/2016_just_023_evaluation_consumer_law Fitness and Performance Programme, Report of consumer law.

“For this analysis, six consumer directives have been reviewed, including the Unfair Commercial Practices Directive, the Consumer Sales Directive and the Unfair Contract Terms Directive. Several issues are identified that should be addressed, such as limited redress possibilities and consumer rights not being fully adapted to the digital world. The Commission has announced that it will further examine rules concerning, *inter alia*, (civil law/contractual) remedies, online services and online platforms. It will also look into strengthening and harmonising the level of sanctions as well as injunctions and collective redress. This year (2017) a public consultation and an impact assessment will follow”.

largo de todo el proceso completo de una transacción comercial abarcando el análisis de las seis directivas horizontales (aplicables a todos los sectores), como son la Directiva sobre prácticas comerciales, Directiva sobre garantías y bienes de consumo, Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas, Directiva sobre indicación de precio, Directiva sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, y Directiva sobre acciones de cesación, así como un estudio de la Directiva sobre los derechos de los consumidores.

Para ello, se han evaluado cinco criterios relevantes diferentes; así, la eficacia, la efectividad, la coherencia, la relevancia y el valor añadido para la Unión de tales criterios. En concreto, y en lo referente a la Directiva sobre prácticas comerciales desleales, destaca respecto a España, y en lo que respecta a la publicidad y el rol que juega Autocontrol, las evidentes ventajas que este órgano supone como sistema de resolución extrajudicial de conflictos para el consumidor, ya que genera un control positivo en la publicidad emitida por los anunciantes y dirigida a los consumidores.

El citado Informe reconoce que la protección de los consumidores está ciertamente consolidada pero que debe no obstante tender puentes hacia las contrataciones entre los consumidores y empresarios vía electrónica. Es en este marco en el que seguidamente se analiza el rol que puedan desempeñar los diversos mecanismos de resolución extrajudicial de prácticas desleales realizadas mediante actividad publicitaria.

3.1.2 “European Advertising Standards Alliance” (EASA)

El impulso a este sistema de resolución de conflictos en materia de publicidad y en el caso que nos ocupa, la realización de acciones u omisiones en materia de publicidad agresiva, cabe citar “*European Advertising Standards Alliance*” (EASA), creada en 1992. Se trata de un organismo que engloba a todos los organismos de autorregulación publicitaria europeos, en concreto 38 organismos de autorregulación (la mayoría de países de la UE, así como organismos internacionales como Suiza, Canadá, Sudáfrica...) y 16 organizaciones de la industria publicitaria europea.

EASA actúa como punto de coordinación de los sistemas de autorregulación de los países nacionales, coordina la tramitación de las controversias transfronterizas (*cross borders*

complaints), estando caracterizada por actuar conforme a los principios de transparencia, eficacia, independencia, libertad y representación.

Como principales actividades de EASA, destaca la promoción de la autorregulación en Europa, la coordinación del sistema de reclamaciones transfronterizas, la formación en estos sistemas de resolución de conflictos, la promoción de sistemas extrajudiciales de conflictos y finalmente el seguimiento del correcto funcionamiento de los mecanismos de reciente creación.

El 31 de mayo de 2002, la Asamblea General de EASA aprobó la Declaración de Principios Comunes y Buenas Prácticas para toda Europa, con el fin de contribuir al exitoso cumplimiento de los principios incluidos entre sus objetivos, principios que van principalmente dirigidos a ser utilizados por los organismos nacionales de autorregulación y que están diseñados con el fin de guiar el trabajo de todos los participantes en el proceso de autorregulación, tanto para la publicidad online como en medios convencionales.

Pues bien, Autocontrol participa del sistema EASA de resolución de controversias transfronterizas, lo que permite a cualquier consumidor de la UE someter un asunto al organismo de autorregulación publicitaria competente en el extranjero a través del órgano homólogo existente en su propio país.

3.1.3 La autorregulación en España: Autocontrol y la publicidad agresiva.

En España, la autorregulación se gestiona por Autocontrol, una asociación sin ánimo de lucro que fue constituida en 1995 por un número significativo de empresas del sector publicitario. Representa más de un 75% de las empresas del sector, lo que le supone un reconocimiento como asociación representativa del sector de la actividad publicitaria para poder ejercer como “autoridad” en cuanto a garantizar que la actividad publicitaria constituye un canal de comunicación comercial esencial en el proceso económico velando por la ética publicitaria y el respeto a los derechos de los destinatarios de las comunicaciones comerciales, y muy especialmente, como garantistas de los derechos de los consumidores y usuarios.

Autocontrol se fundamenta en dos pilares básicos, como son el Código de Conducta Publicitaria y el Jurado de la Publicidad.

En *el Código de Conducta Publicitaria* se recogen las normas éticas que los socios de Autocontrol se comprometen a respetar en el marco de la publicidad y recoge los principios básicos de exigencia de legalidad, veracidad, honestidad y lealtad en toda publicidad. *El Jurado de la Publicidad* es un órgano integrado por expertos independientes de reconocido prestigio que aplica el Código de Conducta Publicitaria y los Códigos Publicitarios sectoriales, siendo sus resoluciones vinculantes para el anunciante y para aquellas empresas del sector adheridos al sistema, generador por ello de un control en el mercado publicitario.⁴²²

⁴²² Entre los principales Códigos, atendiendo a la actividad regulada, destacamos:

□ Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol de la Cámara Internacional de Comercio (ICC International Code of Advertising Practice), Código Ético de CONFIANZA ONLINE: Publicidad Interactiva y Comercio Electrónico (ADigital y AUTOCONTROL - 2002). Modificado en 2015, Promoción de Medicamentos: Código de Buenas Prácticas de la Industria Farmacéutica (FARMAINDUSTRIA) (2002). Modificado en 2016, publicidad de Cerveza: Código de Autorregulación Publicitaria de Cerveceros de España (CERVECEROS) (2003). Modificado en 2009, Publicidad de Bebidas Espirituosas: Código de Autorregulación Publicitaria de la Federación Española de Bebidas Espirituosas (FEBE) (2003). Modificado en 2013, Defensa de la Marca: Código ético de la Asociación Nacional para la defensa de la marca (ANDEMA) (2004), Publicidad de Alimentos y bebidas dirigida a niños, CÓDIGO PAOS Código de Corregulación de la publicidad de alimentos y bebidas dirigida a menores, prevención de la obesidad y salud con FIAB-Ministerio Sanidad, Política Social e Igualdad (2005). Modificado en 2013. Listado de empresas adheridas al Código, Publicidad de Videojuegos: Directrices sobre Buenas Prácticas en la Publicidad de Productos de Software Interactivo de la Asociación Española de Distribuidores y Editores de Software de Entretenimiento (AEVI) (2005), Publicidad de Tecnología Sanitaria: Código de buenas prácticas de la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) (2006). Reglamento de aplicación del Código de Buenas Prácticas de FENIN (2011), Publicidad de Productos de Nutrición Enteral: Código ético de la Asociación Española de Fabricantes y Distribuidores de Productos de Nutrición Enteral (AENE) (2006). Modificado en 2016; Publicidad de medicamentos dirigida al público: Código de Normas Deontológicas para la promoción y publicidad de los medicamentos autorizados sin receta médica no financiados por el Sistema Nacional de Salud y otros productos para el autocuidado de la salud de la Asociación para el Autocuidado de la Salud (ANEFP) (2007); Publicidad del Vino: Código de Autorregulación del Vino en Materia de Publicidad y Comunicaciones Comerciales (FEV) (2009). Modificado en 2016; Publicidad Medioambiente: Código de buenas prácticas para el uso de argumentos ambientales en la publicidad comercial (Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino y Empresas del sector energético y automovilístico) (2009); Publicidad de Juguetes: Código de Autorregulación de la

Respecto a la publicidad agresiva señala que “la publicidad no deberá ser agresiva”, entendiéndose por publicidad agresiva aquella que 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 y, por consiguiente, afecte o pueda afectar a su comportamiento económico.

A la vista de ello, habría que plantearse si a través de este sistema de autorregulación es un procedimiento adecuado, eficaz y eficiente para los consumidores cuando se vean afectados por actuaciones que pueden ser constitutivas de prácticas agresivas desleales. Sin embargo, los escasos asuntos que ha conocido este órgano que pudieran haberse analizado como prácticas agresivas lo han sido finalmente como supuestos desleales por publicidad engañosa. Ello revela que el sistema de autorregulación que avanza en la protección del consumidor, y por tanto en la protección a la sociedad, por la emisión de una publicidad no acorde con la normativa aplicable, es un objetivo que igualmente puede lograrse en el marco de la represión de la publicidad engañosa como de la publicidad agresiva; así se pone de relieve con ocasión del asunto Benetton; ha habido campañas publicitarias consideradas agresivas, como las famosas campañas Benetton, que consistían básicamente en anuncios

Publicidad Infantil de Juguetes de la Asociación Española de Jugueteros (AEFJ) (junio 2003). Modificado en 2015. Nuevo Convenio con AEFJ y AECOSAN (2015).

Publicidad de las actividades del juego: juego. Convenio con la DGOJ y SETSI (2012). Modificado en 2013. Listado de empresas adheridas al Código.

Publicidad de los productos dietéticos infantiles: Código deontológico de buenas prácticas comerciales para la promoción de los productos dietéticos infantiles (ANDI) (2012). Modificado en 2014.

Publicidad de perfumes y cosméticos: Código de Autorregulación para una comunicación responsable en el sector de perfumería y cosmética (STANPA) (2015).

Publicidad de aguas de bebida envasadas: Código deontológico de buenas prácticas del sector de aguas de bebida envasadas en materia de etiquetado y publicidad (ANEABE) (2016).

Publicidad en cine: Código ético de publicidad en cine de las principales agencias de exclusivas de publicidad cinematográfica, (2016).

muy agresivos sobre accidentes de tráfico o el cáncer de pulmón provocado por el tabaco, dando lugar a un tipo de publicidad desleal por pretender remover los sentimientos de sus destinatarios (publicidad Benetton).

Podemos considerar que las resoluciones de organismos de autorregulación pueden hacernos reflexionar acerca de la eficacia de estos sistemas auto-protectores de la publicidad agresiva por los propios anunciantes o promotores de las campañas de publicidad para evitar daños y perjuicios mayores. La autorregulación supone el cumplimiento de un Código de Conducta por el empresario al someterse voluntariamente a este sistema de resolución judicial de conflictos.

Así podemos citar los siguientes casos que se han analizado por el Jurado de Autocontrol como consecuencia de la posible existencia de una publicidad agresiva: *en primer lugar*, la Resolución de 9 de enero de 2019 de la Sección Sexta Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, para el estudio y resolución de la reclamación presentada por dos particulares contra una publicidad de la que es responsable la empresa “888 Spain PLC2”⁴²³; *en segundo lugar*, la Resolución de 2 de septiembre de 2015 de la Sección Primera del Jurado, en un asunto de publicidad de ofertas contenidas en un juego on line y las limitaciones de un plazo de dos días para adquirir extras del juego, realizándose las ofertas a través de la red de Facebook⁴²⁴.

Y, *finalmente*, el caso “Jazztel”, siendo considerada la operadora de telecomunicaciones la más agresiva en las campañas de televenta y también la más incumplidora de los Códigos deontológicos que firmaron los operadores en julio de 2012 para evitar el acoso a los consumidores.⁴²⁵

⁴²³ www.autocontrol.es

⁴²⁴ www.autocontrol.es

⁴²⁵ Muñoz R. “Jazztel es la operadora más agresiva en televenta y la más incumplidora”. Economía, El País [Internet]. 2014 [14/02]. Disponible en: http://economia.elpais.com/economia/2014/02/14/actualidad/1392399771_952569.html

3.2 Sistemas de Resolución Extrajudicial de Conflictos y su posible aplicación en materia de prácticas agresivas desleales.

3.2.1 Breve introducción.

Los sistemas de resolución extrajudicial de conflictos son sistemas por los que el consumidor podrá resolver sus controversias con los empresarios sin necesidad de acudir a la vía judicial, de forma gratuita y con una sencillez en el procedimiento, lo que hace que estos sistemas se conviertan en un plus de calidad para el consumidor cuando las empresas se adhieren voluntariamente a este tipo de sistemas de resolución de conflictos.

La Ley 7/2017 de 2 de noviembre de resolución alternativa de resolución de litigios en materia de consumo (BOE 4 de noviembre de 2017), que incorpora a nuestro ordenamiento la Directiva 2013/11/UE, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, introduce como novedad más importante la configuración de las entidades acreditativas de resolución de litigios.

A través de esta Ley, los consumidores residentes en España o en cualquier Estado de la UE tendrán la posibilidad de resolver los litigios con los empresarios establecidos en España, al poder acudir a entidades de resolución alternativas de conflictos de calidad, en cuanto que hayan sido acreditadas por la autoridad competente e incluidas en un listado único de entidades notificadas por los diferentes Estados miembros de la Unión Europea.

3.2.2 Antecedentes.

Ya la Comunicación de 13 de abril de 2011 de la Comisión Europea (“Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza”), indicó en el punto 4 que “(...) los

consumidores son actores del mercado único, a la vez que potenciaba la resolución extrajudicial de conflictos de los consumidores⁴²⁶.

Posteriormente, el Reglamento nº 254/2014 del Parlamento de Europa y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre el Programa Plurianual de consumidores para el periodo 2014-2020, y por el que se deroga la Decisión número 1926/2006/CE, tuvo como objetivo contribuir a garantizar un nivel elevado de protección de los consumidores y usuarios y a respaldar la Estrategia Europea 2020 por lo que se refiere al crecimiento y la competitividad⁴²⁷, y colocar así al consumidor en el centro del mercado interior.

Esta estrategia fundamentada en mejorar la confianza de los consumidores en el mercado europeo, unido al dato de que la crisis económica ha sacado a la luz una serie de incoherencias en el mercado interior que repercuten negativamente en los consumidores -en concreto, como es bien sabido en las transacciones comerciales transfronterizas-, se consideró imprescindible facilitar al consumidor las herramientas, el conocimiento y las competencias suficientes para que puedan tomar una serie de decisiones con suficiente información.

Pues bien, la importancia de considerar al consumidor como centro del sistema, supone un cambio de rumbo en las estrategias de la UE, y muy especialmente en materia de competencia desleal en su relación con la protección de los consumidores. Entre los objetivos

⁴²⁶ El objetivo es garantizar la puesta en marcha de vías de recurso extrajudiciales que, además de posibilitar una solución fácil, rápida y barata.

⁴²⁷ Respaldar plenamente las ambiciones de la Estrategia Europa 2020 por lo que se refiere al crecimiento y la competitividad, integrando aspectos específicos, identificados en Europa 2020, de la estrategia digital para Europa para velar por que la digitalización conduzca realmente a un mayor bienestar de los consumidores, al crecimiento sostenible gracias a la evolución hacia unos modelos de consumo más sostenibles, a la inclusión social gracias a la toma en consideración de la situación particular de los consumidores vulnerables y las necesidades que crea el envejecimiento de la población, y a la regulación inteligente, entre otras cosas, sobre la base del seguimiento del mercado de consumo para poder desarrollar normas bien estructuradas y con los objetivos adecuado.

marcados en el citado Reglamento, además de la información y seguridad de los productos, se encuentra el de facilitar la gestión y tramitación de las reclamaciones⁴²⁸, como se señala expresamente en el Objetivo III del Reglamento n° 254/2014.

⁴²⁸ Objetivo III — Derechos y vías de reclamación: desarrollar y reforzar los derechos de los consumidores, especialmente a través de una intervención legislativa inteligente, y mejorar el acceso a vías de reclamación sencillas, eficientes, expeditivas y de bajo coste, lo que incluye el acceso a mecanismos de resolución alternativa de litigio.

8. Preparación por la Comisión de la legislación en materia de protección del consumidor y de otras medidas legislativas, supervisión de la transposición por los Estados miembros y posterior evaluación de su impacto, así como promoción de iniciativas de carácter corregulador y autorregulador, y seguimiento del impacto efectivo de esas iniciativas en los mercados de consumo, especialmente:

- a) estudios y medidas en materia de legislación inteligente como evaluaciones ex ante y ex post, evaluaciones de impacto, consultas públicas y evaluación y simplificación de la legislación vigente;
- b) seminarios, conferencias, talleres y reuniones con participación de partes interesadas y de expertos;
- c) desarrollo y mantenimiento de bases de datos de acceso fácil y público sobre la aplicación de la legislación de la Unión en materia de protección del consumidor;
- d) evaluación de las acciones emprendidas en el marco del Programa.

9. Facilitación del acceso a sistemas de resolución de litigios para los consumidores, especialmente a los sistemas alternativos de resolución de litigios, en particular mediante un sistema en línea para toda la Unión y la red de entidades nacionales de resolución de litigios alternativa, prestando especial atención a medidas adecuadas que atiendan a las necesidades y los derechos de los consumidores vulnerables; seguimiento del funcionamiento y la eficacia de los sistemas de resolución de litigios para los consumidores, inclusive mediante el desarrollo y el mantenimiento de las herramientas informáticas correspondientes, así como mediante el intercambio de las mejores prácticas y la experiencia existentes en los Estados miembros:

- a) desarrollo y mantenimiento de herramientas informáticas;
- b) apoyo al desarrollo de un sistema de resolución de litigios en línea para toda la Unión y su mantenimiento, lo que comprende servicios conexos tales como la traducción;
- c) apoyo a la creación de redes de entidades nacionales de resolución alternativa de litigios y al intercambio y difusión de sus mejores prácticas y experiencias;

Precisamente la agilización de las posibles reclamaciones de los consumidores, en cuanto que, gestionadas a través de sistemas ágiles, eficaces y de plazos reducido, hacen que el consumidor evite la vía judicial, siendo los mecanismos de resolución alternativa de litigios un instrumento óptimo para mejorar la confianza de los consumidores en la formalización de las transacciones comerciales y muy especialmente en las reclamaciones transfronterizas.

3.2.3 Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 y el Reglamento 524/2013, sobre resolución de litigios en materia de consumo.

El Reglamento (UE) n° 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) n o 2006/2004, y la Directiva 2009/22/CE sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo, son dos instrumentos legislativos interrelacionados y complementarios, si bien difieren en cuanto a su objeto y a su ámbito de aplicación.

Respecto a la Directiva, *de una parte*, posibilita al consumidor la resolución extrajudicial de conflictos de consumo, nacionales y transfronterizos, relativos a las obligaciones derivadas de los contratos de compraventa o prestación de servicios, suscritos en línea o no. Los procedimientos que contempla son de carácter voluntario para las partes, salvo en aquellos supuestos que una norma o código de conducta hayan establecido para el empresario la obligación de su sumisión a este tipo de sistemas extrajudicial cuya resolución podrá ser o no vinculante para las partes. *Por otra parte*, el Reglamento 524/2013, es más concreto, al regular la creación de una plataforma web europea que facilite la resolución de litigios en línea. Su ámbito de aplicación es más limitado, ya que solo abarca las resoluciones extrajudiciales de litigios derivados de contratos intracomunitarios de compraventa o de prestación de servicios celebrados, exclusivamente, en línea, entre un consumidor y un

d) desarrollo de herramientas específicas para facilitar el acceso a las vías de reclamación de las personas vulnerables, menos propensas a utilizar las mencionadas vías de reclamación.

empresario.⁴²⁹ Ambas normas modifican el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo)⁴³⁰.

La Directiva responde a la necesidad de que la UE contribuya a lograr un alto nivel de protección de los consumidores mediante las medidas que adopte de conformidad con lo establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), tal como señala el artículo 169, apartado 1 y apartado 2, letra a). Y es que el mercado interior debe ofrecer un valor añadido en forma de mejor calidad, mejor variedad, precios razonables y normas elevadas para las mercancías y servicios contribuyendo así a un alto nivel de protección de los consumidores. Por ello, si la fragmentación del mercado interior es perjudicial para la competitividad, crecimiento y la creación de empleo, uno de los instrumentos para lograr la confianza en el mercado único es la resolución de las controversias de forma ágil, rápida tanto de los litigios nacionales como transfronterizos derivados de contratos de compraventa o contrato de prestación de servicios. Esta confianza se debe garantizar tanto para las transacciones en línea como aquellas que son transacciones realizadas conforme al sistema tradicional.

Los sistemas que se regulan bajo el paraguas de sistemas extrajudiciales de conflicto son muy variados, si bien siempre se refieren a mecanismos de resolución de conflictos entre consumidores y empresarios de forma amistosa y conciliadora (incluso la Directiva avala la confluencia de dos o más de estos procedimientos).

A través de esta norma europea se pretende, en definitiva, contribuir con los diferentes Estados miembros a potenciar los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos, a la vez que regula las condiciones de las entidades dedicadas a la resolución alternativa de resolución de conflictos (así como las personas físicas integrantes de las mismas), y la preferencia de la gratuidad del servicio, estableciendo la norma los principios que consolidan

⁴²⁹ MENENDEZ GONZALES, M. Y PAREDES PEREZ J.I, “*Los nuevos instrumentos en materia de conciliación, mediación y arbitraje de consumo*” pp. 140 y ss. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016,

⁴³⁰ www.boe.es

los sistemas alternativos de resolución de litigios, como son los principios de transparencia, equidad, libertad y eficacia.

3.3 Arbitraje de consumo y prácticas agresivas desleales.

3.3.1 Introducción

Como es sabido, el arbitraje es un sistema de resolución de conflictos con intervención de terceros, cuya utilización como mecanismo de resolución extrajudicial de conflictos se remonta hasta hace doscientos años, generalizándose progresivamente como sistema alternativo de resolución de conflictos desde 1945.

La esencia de este sistema de resolución de conflictos se fundamenta en la simplicidad del procedimiento y en la confianza de las partes litigantes, puesto que las partes eligen voluntariamente al árbitro y ejecutarán posteriormente la decisión que éste adopte en la resolución del asunto litigioso.

Así, su antecedente principal se encuentra en la Convención de la Haya de 1899, para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales, en el Capítulo I, Título IV, dedica a la Justicia Arbitral, y en concreto en los artículos 15 al 19⁴³¹, a su regulación.

En este estudio, se abordará el arbitraje internacional de carácter privado como modalidad que regula los litigios entre particulares y, en nuestro caso concreto, se analizará el arbitraje entre los consumidores y empresarios, en particular el arbitraje como mecanismo de resolución extrajudicial de conflictos relativos a prácticas agresivas desleales.

En el ámbito de las prácticas agresivas en materia de competencia desleal en relación con los consumidores, la vía alternativa de resolución extrajudicial de conflictos de arbitraje de consumo es una de las vías de resolución de las controversias que utiliza la Administración

⁴³¹ BASSOLS JACAS, R., “*El arte de la negociación*”, CEU EDICIONES, Madrid, 2016, p. 318.

Publica para la tramitación de las reclamaciones en virtud de la potestad arbitral que tiene encomendada.

Así, la UE empezó a mostrar su preocupación por el acceso de los consumidores a la justicia en los Estados miembros y consideró la necesidad de regular y mejorar las vías de acceso, tanto judiciales como extrajudiciales y, especialmente en los supuestos en que el consumidor y el empresario residen en Estados miembros diferentes y entran en juego las normas de competencia judicial internacional.

En 1993 la Comisión Europea presentó el Libro verde de acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único, que constituía un impulso definitivo sobre la materia y en el que se ponían de manifiesto los problemas específicos de los consumidores en el ejercicio de sus derechos, así como la dimensión comunitaria del problema, señalando el acceso a la justicia como uno de los derechos reconocidos por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos.

Los análisis de la Comisión Europea concluyeron reconociendo las ventajas ofrecidas por la resolución alternativa de litigios en materia de consumo como medio de conseguir una resolución extrajudicial, sencilla, rápida y accesible. En España, la LGDCU había reconocido el interés por el arbitraje de consumo regulando el mismo, posteriormente desarrollado por Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el sistema arbitral de consumo, posteriormente derogado por el Real Decreto 231/2008, de 15 de abril, por el que se regula el sistema Arbitral de Consumo.

En esta línea, la Comisión Europea ha regulado años después, a través de la Recomendación 98/257/CE, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo y la Recomendación 2001/310/CE, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo.

El Consejo de Europeo, en su Resolución de 25 de mayo de 2000, relativa a la creación de una red comunitaria de órganos nacionales encargados de la solución extrajudicial de litigios de consumo, invitó a los Estados miembros a la notificación de todos los organismos extrajudiciales que acreditaran el cumplimiento de los requisitos en la primera de las Recomendaciones con el fin de integrarlos en la red comunitaria. En virtud de dicha

Resolución, las Juntas Arbitrales de Consumo, fueron notificadas a la Comisión Europea como órganos extrajudiciales idóneos para resolver las controversias entre consumidores y empresarios mediante arbitraje.

Ahora bien, la realidad ha sido realmente otra, y estas Recomendaciones han resultado insuficientes para garantizar el acceso de los consumidores a mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos, lo que ha supuesto un gran obstáculo para el desarrollo y el buen funcionamiento del mercado interior.

Seguramente por ello, en tiempo reciente ha visto la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, de Resolución alternativa de litigios en materia de consumo⁴³², norma que deroga el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regulaba el Sistema Arbitral de Consumo.

3.3.2 Ley 7/2017, de 2 de noviembre, de Resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

El 4 de noviembre de 2017 se publicó la Ley que se refiere a litigios, de carácter nacional o transfronterizo, surgidos entre un consumidor y un empresario con ocasión o como consecuencia de un contrato de compraventa o de prestación de servicios, celebrado o no a través de Internet, independientemente del sector económico al que correspondan⁴³³. Esta ley (en adelante LDRAL) incorpora al ordenamiento español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (en adelante LDRAL)⁴³⁴, tal como señala la Exposición

⁴³² Ley 7/2017, de 2 de noviembre, de Resolución alternativa de litigios en materia de consumo, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

⁴³³ BOE 4.11.2017

⁴³⁴ DO L 165 de 18.6.2013.

de Motivos de LDRAL, y el Reglamento (UE) n.º 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo.

La LDRAL recoge los requisitos y el procedimiento para que las entidades de resolución alternativas de litigios pueden tramitar los litigios entre consumidores y empresarios, así como las exigencias para la acreditación de estas entidades.

En primer lugar, la LDRAL incluye en su ámbito de aplicación como entidades de resolución alternativas, aquellas entidades de resolución alternativa establecidas en España, tanto públicas como privadas, que propongan, impongan o faciliten una solución entre las partes en el ámbito de la resolución alternativa de litigios de consumo, nacionales y transfronterizos, relativos a obligaciones contractuales derivadas de contratos de compraventa o de prestación de servicios, y que voluntariamente soliciten su acreditación para ser incluidas en el listado nacional de entidades acreditadas que elabore la Agencia Española de Consumo y Seguridad Alimentaria, siguiendo lo recogido en la DRAL. En este sentido se ha pronunciado la Sentencia del TJUE de 14 de junio de 2017.⁴³⁵

La norma sigue el mismo criterio que las normas predecesoras, al regular el procedimiento voluntario ante las entidades de resolución alternativa de litigios, salvo que una norma especial establezca su participación obligatoria. No obstante, el artículo 9 de la Ley establece

⁴³⁵ Sentencia TJUE de 14 de junio de 2017, Asunto C75-16 (Livio Menini y Maria Antonia Rampanelli/ Banco Popolare Società Cooperativa). El apartado 51 señala que “los Estados miembros conservan su plena autonomía legislativa, a condición de que se respete el efecto útil de la Directiva 2013/11”, y por tanto, señala en el apartado 71 que “debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional, como la que es objeto del procedimiento principal, conforme a la cual, en los litigios contemplados en el artículo 2, apartado 1, de esta Directiva, el recurso a un procedimiento de mediación constituye un requisito de admisibilidad de la demanda judicial relativa a dichos litigios, en la medida en que tal exigencia no impide que las partes ejerzan su derecho de acceso al sistema judicial.”

que en ningún caso, la decisión vinculante que finalice el procedimiento de participación obligatoria podrá impedir a las partes acceder posteriormente a la vía judicial⁴³⁶.

En la misma línea y para evitar la desprotección ocasionada a los consumidores en aquellas situaciones en las que se acordaba previamente al surgimiento del conflicto, el acuerdo de sometimiento a una vía alternativa de resolución de litigios, ya sea con resultado vinculante o no vinculante, en estos casos será de obligado cumplimiento para el empresario si reúnen las condiciones de validez exigidas pero no se aplica al consumidor⁴³⁷. En este sentido, no

⁴³⁶ STSJ CAT 9626/2017, Fundamento 2º, "...Como decíamos en la sentencias de este Tribunal 27/2012, de 2 de abril , 33/2013, de 29 de abril , 74/2013, de 30 de diciembre , 53/2014, de 24 de julio y 61/2015, de 27 de julio , entre otras, el arbitraje es un medio alternativo de resolución de conflictos que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes, las cuales aceptan de antemano la decisión del árbitro al que han acordado someterse, sin posibilidad de trasladar el examen de la controversia al juez ni de sustituir en ningún caso la decisión del árbitro por la de aquel, más allá de la restringida protección que ofrece el procedimiento judicial de nulidad del laudo.

Tal como recordaban también la sentencia de este Tribunal 78/2016, de 6 de octubre, con invocación de la STC Pleno 174/1995, de 23 de noviembre, "el arbitraje se considera un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada". El arbitraje parte de la libertad civil de las partes en la resolución de sus conflictos sobre derechos disponibles sin intervención de los tribunales.

Así lo proclamó también la citada STC 174/1995, subrayando que "la autonomía de la voluntad de las partes - de todas las partes- constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial". El principio de voluntariedad es pues básico, si bien una vez sometidas las partes a este sistema, el laudo dictado es vinculante para ellas, sin que los tribunales puedan revisar el juicio sobre la cuestión de fondo del árbitro. Por tal razón la Ley de arbitraje expresa en su artículo 43, ahora ya con toda claridad tras la reforma introducida por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, que "el laudo produce efectos de cosa juzgada" y que solo cabe contra él, aparte de una eventual revisión en los términos previstos en la LEC para la de sentencias firmes, ejercitar la acción de nulidad del laudo..."

⁴³⁷ En esta línea, STSJ GAL 329/2018, Sala de lo Civil y Penal, fundamento 3º; "...En cuanto a la posibilidad de incluir la correspondiente indemnización por daños y perjuicios, ya indicamos en nuestra sentencia de 1 de marzo de 2016, recogiendo doctrina de la Sala indicada en las sentencias 45, 46 y 60, todas ellas del año 2015, que " la pretensión indemnizatoria en casos como el presente, derivada de un incumplimiento contractual, no

será obligatorio el consentimiento del empresario cuando se encuentre obligado por ley, o por su adhesión previa a participar en este procedimiento.

En los procedimientos ante entidades RAL que finalizan con una decisión no vinculante para el consumidor, éste mantiene intacta la posibilidad de acudir a la vía judicial, por lo que en principio no perdería la opción de los foros especiales para los contratos celebrados por consumidores contenidos en el Reglamento Bruselas I bis⁴³⁸. La sentencia antes citada indica que se opone a una normativa nacional que establece que en el marco de la mediación los consumidores únicamente pueden retirarse de un procedimiento si demuestran que existe una causa justa que sustente su decisión.⁴³⁹

puede ser hurtada del conocimiento arbitral para someterla exclusivamente al judicial tratándose como se trata de solventar diferencias de escasa cuantía y de una interpretación estricta de las cláusulas de exclusión del arbitraje ex artículo 41.1e)LA; cláusula "en primer lugar, redactada unilateralmente por el empresario a la que el consumidor presta su adhesión (artículo 25.1 del RD 231/2008 de 15 de febrero , por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo), por lo que, desde el punto de vista del usuario o consumidor nos encontramos ante un contrato de adhesión que contiene clausulas limitativas de sus derechos en cuanto el arbitraje se presenta como un procedimiento eficaz para su protección (artículo 8-f) del R.D.L. 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 11-f) de la Ley 2/2012, de 28 de marzo, gallega, de protección general de personas consumidoras y usuarias), por lo que le resultan de aplicación todo el conjunto de normas sobre el particular (artículo 9.2 de la Ley de Arbitraje); en segundo lugar, porque tal imposición resultaría abusiva por desproporcionada, desequilibrada y limitativa de los derechos del consumidor (artículos 80.1-c) y 2 , y 82.1.3 y 4-) del R.D.L. 1/2007) si se piensa en los principios de eficacia y equidad proclamados en las recomendaciones de la Unión Europea de 30 de marzo de 1998 y 4 de abril de 2001, como divisas que deben distinguir estos procedimientos de reclamación..."

⁴³⁸ DE MIGUEL ASENSIO, P., “*El arbitraje y el Reglamento Bruselas I a la luz de la sentencia Gazprom*”, entrada del blog de 13 de mayo de 2015.

⁴³⁹ ESTEBAN DE LA ROSA, F., “*Régimen de la resolución alternativa y en la línea de litigios de consumo transfronterizos tras el nuevo marco europeo y la Ley 7/2017*”, Revista de Arbitraje comercial y de inversiones, volumen X, nº 2, 2017, p. 406. Madrid.

En los supuestos del sometimiento del consumidor y del empresario de forma voluntaria a estos procedimientos posteriormente al surgimiento del litigio, será vinculante, excluyendo la posibilidad de acudir a la vía judicial⁴⁴⁰.

Siguiendo la “hoja de ruta” marcada por Plan estratégico de la UE, en la que el derecho a la información es uno de los pilares para que los consumidores pueden participar en el mercado interior con plena confianza y seguridad jurídica, y especialmente en las transacciones transfronterizas, es coherente que se exija a los empresarios la obligatoriedad de informar a los consumidores de los procedimientos de resolución alternativa de litigios, estén o no adheridos a este tipo de procedimientos, constituyendo la falta de comunicación una infracción grave en materia de protección de los consumidores.

En lo que respecta a los litigios derivados de las prácticas comerciales llevadas a cabo por los empresarios adheridos a códigos de conducta, la nueva Ley señala que: *“en concreto, y si bien la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, no hace ninguna referencia a los sistemas de resolución extrajudicial de reclamaciones en materia publicitaria, recogidos en el ordenamiento jurídico español en el artículo 37.4 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, se considera procedente incluir estos sistemas dentro del ámbito de aplicación de esta ley, teniendo en cuenta su sujeción a la misma normativa comunitaria y el hecho de que, de no ser incluidos, quedarían huérfanos de regulación, no resultando posible su notificación a la Comisión Europea”*.

La nueva norma excluye de su aplicación a los servicios no económicos de interés general, ni a determinadas reclamaciones referidas a servicios relacionados con la salud, ni tampoco a aquellas reclamaciones dirigidas a prestadores públicos de enseñanza complementaria o superior. Asimismo, quedan fuera de su ámbito de aplicación los litigios entre empresarios, la negociación directa entre el consumidor y el empresario, los procedimientos de resolución alternativa iniciados o gestionados por los empresarios, así como los intentos o actuaciones

⁴⁴⁰ STSJ M 4571/2017, Sala de lo Civil y Penal, Fundamento segundo.

realizadas en el marco de un procedimiento judicial con el fin de intentar solucionar el conflicto objeto del mismo.

En conclusión, y respecto a la materia de competencia desleal y protección de los consumidores, puede afirmarse que la Ley incorpora como novedad, que la propia Directiva no había incorporado, las prácticas comerciales llevadas a cabo por los empresarios adheridos a códigos de conducta.

La nueva norma denota por ello la preocupación por garantizar que las entidades de resolución alternativa de resolución de conflictos están acreditadas y que garanticen el cumplimiento de los principios, requisitos y garantías que establece la Directiva, consecuencia derivada de la actuación de las entidades constituidas con anterioridad.

No es menos cierto, sin embargo, que la ley requerirá de un gran impulso y difusión para su implantación por parte de los diferentes sistemas o técnicas de comunicación; este sistema requiere necesariamente que se garantice la seguridad jurídica suficiente tanto para el consumidor como para el empresario, que no en pocos casos es reacio a resolver sus controversias por este sistema. Y también es cierto que la Ley adolece de lagunas jurídicas, que deberán ser resueltas en el futuro. Se ha señalado que hubiera sido necesario determinar una serie de garantías a través del establecimiento en los diferentes Estados miembros de “un dispositivo de impugnación del laudo por infracción de normas imperativas de protección del consumidor”⁴⁴¹.

En el ámbito que nos ocupa, en los supuestos de realización de prácticas agresivas desleales, el sistema arbitral de consumo para la resolución de controversias y especialmente, de las controversias transfronterizas (piénsese, por ejemplo, en prácticas realizadas a través de actividad publicitaria, plataforma en red, etc.), requerirán de la implantación de unas herramientas para que los árbitros y para que las entidades gestoras del sistema arbitral de consumo, es decir, para que las entidades acreditadas en los Estados miembros garanticen el

⁴⁴¹ ESTEBAN DE LA ROSA, F., “*Resolución de litigios de consumo transfronterizos*”, op. cit., p. 423.

principio de legalidad como pilar que sustenta los cimientos del arbitraje, lo que es especialmente evidente en los arbitrajes transfronterizos. En este sentido, se debe exigir el respeto a las normas imperativas, más cuando la mayor parte de estos arbitrajes se resuelven en equidad y el de integrar el alcance del orden público como garantía frente a su no anulabilidad.⁴⁴²

4 Ejercicio del derecho de desistimiento por el consumidor en relación a la contratación realizada en el marco de prácticas agresivas desleales.

El ejercicio del derecho de desistimiento es quizá uno de los instrumentos jurídicos especialmente relevante para el consumidor que se ve afectado por una práctica comercial agresiva. Por ello, nos vamos a detener en el análisis de su regulación actual, especialmente en el marco europeo y también en nuestro derecho nacional.

Tradicionalmente este derecho no ha sido considerado como uno de los modos unilaterales de extinción de las obligaciones⁴⁴³, sino que, por el contrario, se ha calificado como una forma excepcional de terminación del contrato. Los ordenamientos jurídicos continentales se han regido bajo el *principio pacta sunt servanda*, considerado como el eje de la teoría general de los contratos junto con el principio de autonomía de la voluntad y el principio de la relatividad de los contratos. El derecho de desistimiento que regula el TRLGDCU es un derecho “singular”, que se diferencia del derecho de desistimiento de la Teoría General; así, entre sus diferencias esenciales podemos citar, por ejemplo, que la legitimación en el desistimiento de la Teoría General se puede ejercitar por ambas partes de la relación

⁴⁴² DE MIGUEL ASENSIO, P., “*El Proyecto de ley de incorporación de la Directiva sobre resolución alternativa de resolución de litigios de consumo: algunas cuestiones (carencias) de Derecho aplicable*”, en la entrada del blog de 19 de abril de 2017.

⁴⁴³ ALVAREZ MORENO, M.T., “*El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales*”, Edersa, Madrid, 2000, p.22.

obligatoria, mientras que el derecho de desistimiento al que nos referimos en estas líneas sólo lo podrá ejercitar el consumidor.

El derecho de desistimiento corresponde a la categoría de los derechos potestativos⁴⁴⁴, lo que implica que a través de este derecho el titular del mismo ejerce unilateralmente y de forma voluntaria la decisión de no continuar con la relación contractual previamente formalizada. Se trata, en definitiva, como han considerado los legisladores europeos, trata de un elemento esencial en la evolución del mercado único europeo, en cuanto que es un instrumento especialmente idóneo de tutela del consumidor ante prácticas de mercado ilícitas y desleales.

4.1 Antecedentes del derecho de desistimiento.

Es conocido que el objetivo de la Comisión Europea ha sido la creación y consolidación de un mercado interior más integrado y eficaz, sobre todo en lo relativo a la dimensión del comercio minorista; en este marco, los mercados de consumo deberían ser transparentes, competitivos, abiertos y justos, a la vez que los productos/servicios serían seguros y los consumidores tendrían acceso a los servicios esenciales a precios asequibles.

En esta línea, es importante hacer alusión a la pretendida unificación del Derecho Privado de los contratos, tomando como base y respeto el derecho de tutela de los consumidores y usuarios; se puede decir, en definitiva, que es uno de los fenómenos más interesantes y de hondo calado que se están desarrollando en el campo del Derecho Privado, merced en gran medida al impulso de la armonización del Derecho de la UE que está llevando a cabo la UE. En este contexto, y tal como afirma LEIBLÉ, se trata de elaborar un Código Civil Europeo que regule las relaciones contractuales, extracontractuales y parte de los derechos reales, que

⁴⁴⁴ DIEGUEZ OLIVA, “*El derecho de desistimiento en el marco común de referencia*”, www.indret.com, Barcelona, 2005, p. 5. La naturaleza jurídica del derecho de desistimiento corresponde a la categoría de los derechos potestativos.

sirve como Marco común de referencia (MCR)⁴⁴⁵. Señala el citado autor que “Un mercado interior comprometido con el principio de una economía de mercado abierta con la libre competencia es, sin la autonomía privada, algo impensable”.

Entre las medidas de la UE de impulso de un contexto normativo armonizador pueden destacarse sucesivas Resoluciones desde 2003, siendo las últimas más relevantes el Libro Verde de la Comisión, de 1 de julio de 2010, sobre las acciones contempladas para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas⁴⁴⁶; y la Resolución del Parlamento Europeo sobre opciones para avanzar hacia un derecho contractual europeo para consumidores y usuarios de 18 de abril de 2011.

Como también es bien sabido, el Marco Común de Referencia pretende establecer un sustrato básico que contenga definiciones de conceptos jurídicos, principios fundamentales y preceptos coherentes, sobre la base del acervo comunitario y las soluciones empíricas que sirvan para el legislador estatal y comunitario en materia de contratos, así como la interpretación por Tribunales y el TJUE del Derecho Contractual Europeo, siendo aplicable incluso a los procedimientos arbitrales.

Se trataría, en definitiva, de un instrumento jurídico facultativo no obligatorio, pero elegible por las partes frente a normas internas disponibles y en las relaciones de carácter supranacional, que se plasmaría en los formularios contractuales de contratos típicos específicos.

Respecto al particular tratamiento que el derecho de desistimiento ha recibido en el marco de la tendencia unificadora a la que nos referimos en estas líneas, se puede afirmar que no ha sido uniforme, y por ello fue el referente utilizado por la Comisión en el Plan de Acción de 2003 para resolver las incoherencias que suponía dar un tratamiento diferente a situaciones idénticas. El antecedente de la regulación en el CFR del derecho de desistimiento

⁴⁴⁵ LEIBLE, S., “*Vías para la unificación del Derecho Privado Europeo*”, ADC, 2006 pp. 1589 y ss.

⁴⁴⁶ COM (2010) 348 final.

se encuentra en los Principios del Derecho Contractual Europeo (ACQP), formulados por la Aquis Group, capítulo V (artículo 5:101-5:102).

En esta perspectiva del Derecho contractual europeo, la doctrina no es unánime respecto al fundamento del mismo. Los principios de *Common Frame of Reference* parten de una variedad de situaciones para justificar el derecho de desistimiento: así, bien porque se trata de una oferta comercial realizada de forma inmediata, con confusión y en la que el consumidor no tuvo posibilidad para poder comparar precios, o bien realizada de forma engañosa o utilizando la coacción, acoso o influencia indebida, o bien, porque haya de reconocérsele al consumidor un tiempo de reflexión.⁴⁴⁷

Ahora bien, la esencia del derecho de desistimiento se encuentra vinculada con la formación del consentimiento del consumidor, ya que cuando estamos ante el derecho contractual europeo -y en concreto en el ámbito del derecho del consumo-, los contratos que se desarrollan en su generalidad son los contratos en masa. Es decir, en este tipo de contratos, como es sabido, la autonomía del adquirente del producto/servicio ha desaparecido en gran parte, y el consumidor, por tanto, solo puede aceptar o no las condiciones generales de la contratación que le ofrece el empresario o profesional. Por esta razón, el ejercicio del derecho de desistimiento por parte del consumidor debe ser operativo, ya que su finalidad es la de ofrecer al consumidor una vía rápida y eficaz de desligarse del contrato recientemente formalizado sin tener que acudir a los sistemas tradicionales de la nulidad o anulabilidad de un contrato, que además conllevaría la necesidad de formalizar un proceso judicial que lógicamente le comportará unos mayores perjuicios.

Por otro lado, el ejercicio del derecho de desistimiento conlleva connotaciones económicas, ya que como hemos expuesto al principio de este apartado, uno de los objetivos esenciales de la UE es la creación de un mercado interior; así se puso de relieve en el Libro Verde sobre Protección del Consumidor 2001, en el que se destacó que los consumidores no se están sin

⁴⁴⁷ STUDY GROUP ON AN EUROPEAN CIVIL CODE AND ACQUIS GROUP, “*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*”, Draft Common Frame of Reference, European Law Publisher, 2009, p.58.

embargo beneficiándose plenamente del mercado interior, lo que justifica el último Programa de Consumidores (2014-2020), ante el reducido número de negocios transfronterizos. Por ello, la Comisión Europea entiende que es el momento de cambiar de estrategia, lo que supone incluso necesariamente un cambio en la estrategia legislativa, en la que se pretende, como uno de los hitos fundamentales, potenciar la información y educación del consumidor.⁴⁴⁸

4.2 Referencia a la regulación actual.

El derecho de desistimiento ha sido objeto de especial interés para la UE dado los efectos jurídicos que puede tener en el consumidor y en el empresario; así la Directiva 2011/83/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, pretendía revisar el acervo normativo existente hasta la fecha en materia de tutela del consumidor, lo que se concretaba en la revisión y armonización de cuatro Directivas. En concreto, la revisión inicial pretendía afectar a la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores -por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 99/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y se derogan la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo)-, si bien finalmente solo revisó y armonizó dos (Directiva 85/577 y Directiva 97/7), manteniendo las otras dos, si bien con algunas modificaciones (Directiva 93/13 y Directiva 99).⁴⁴⁹

⁴⁴⁸ Reglamento 254/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre el Programa de Consumidores Plurianual de Consumidores para el periodo 2014-2020. En relación a la información y educación va dirigida a que el consumidor disponga de una información más fiable, comparable y fácil de entender para los consumidores especialmente los transfronterizos; afrontar el problema del escaso conocimiento que tienen tanto los consumidores como los empresarios de los derechos básicos de los consumidores.

⁴⁴⁹ DOMÍNGUEZ PÉREZ, E., “*Recientes planteamientos de tutela del consumidor mediante el ejercicio del derecho de desistimiento*” Revista de Derecho de la Unión Europea, nº 26 1º semestre 2014, ed. Colex, Madrid.

El legislador español, conforme al artículo 249 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea -que indica que “la Directiva obligará al Estado Miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios”⁴⁵⁰-, ha traspuesto la Directiva 2011/83, en los términos que seguidamente se exponen.

La citada Directiva 2011/83/UE, sin perjuicio del Reglamento CE 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, deroga la normativa europea vigente sobre la protección de los consumidores en dos contratos específicos; así en los contratos a distancia, y en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, apostando por un nuevo marco legal en esta materia, y conjuntamente modificando la normativa europea sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sobre determinados aspectos de la compraventa de bienes y servicios de consumo, así como sobre las garantías de los mismos.

Es importante, además, el contenido del considerando 13 de la Directiva, que deja abierta a los Estados miembros la posibilidad de hacer extensible dicha Directiva a campos contractuales no recogidos en la misma; por ello, podría aplicarse a los no consumidores en base al concepto que se da en la citada norma, al dejar abierto a “otros no consumidores” que sí lo son, por ejemplo, en nuestra norma de protección de los consumidores como hemos señalado en el Capítulo II. Igualmente, la Directiva realiza una explicación extensa de lo que debe entenderse por establecimiento mercantil y empresario.⁴⁵¹

⁴⁵⁰ MELLADO PRADO, P. LINDE PANIAGUA, E Y GOMEZ DE LIAÑO FONSECA, M., “*Instituciones del Derecho Comunitario*”, ed. Colex, 2012.

⁴⁵¹ BERMUDEZ BALLESTEROS, M^a. S., “*Sanción aplicable al incumplimiento de los deberes de información y documentación sobre el derecho de desistimiento en los contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles: criterios legales y jurisprudenciales. Comentario a la sentencia SAP de Castellón 10 de abril de 2012*” (JUR 2012/254736). Revista CESCO 2011.

Para aprehender totalmente el sentido de la Directiva, nos debemos remontar al año 2007 cuando se publica el *Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo*, de fecha 8 de febrero de 2007, que tuvo como objetivo la revisión de ocho Directivas sobre la protección de los consumidores, exponiéndose varios tipos de alternativas; así, entre ellas, se encontraba la de instrumentalizar a través de una norma de rango horizontal -que se aplica a todos los contratos celebrados entre consumidores y empresarios-, sin perjuicio de que contuviera disposiciones específicas para unos determinados contratos, como son, en este caso, los contratos a distancia y contratos celebrados fuera de establecimiento.

Así, la Ley 3/2014, de 27 de marzo por la que se modifica el TRLGDCU, transpone la Directiva comunitaria y estructura la regulación del derecho de desistimiento regulando por un lado, el régimen general de desistimiento (artículos 68 a 79) y, por otro, estableciendo la regulación específica para el desistimiento en los contratos celebrados a distancia y fuera del establecimiento mercantil (a salvo las excepciones contempladas, en las que no es posible el ejercicio del derecho de desistimiento las exclusiones, art. 103, Excepciones al derecho de desistimiento):

Una de las novedades esenciales en el ejercicio del derecho de desistimiento es la relativa, *en primer lugar*, al *reforzamiento de la obligación del empresario de informar al consumidor* de forma clara, comprensible y precisa del derecho de desistimiento, de sus requisitos y las consecuencias del mismo, incluidas las modalidades de rescisión del bien o servicio recibido. Además, le entregará un documento de formalización del desistimiento perfectamente identificativo de los datos del empresario y del contrato, e incluso la ley contempla la posibilidad de que el empresario ofrezca al consumidor la opción de cumplimentar el formulario de desistimiento en línea⁴⁵², en cuyo caso deberá proporcionar sin demora indebida un acuse de recibo (por ejemplo, por correo electrónico).⁴⁵³

⁴⁵² CAMARA LAPUENTE, S. “*La nueva protección del consumidor de contenidos digitales, tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo*”, págs. 14 y ss publicado en www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/protecciónConsumidor.pdf.

⁴⁵³ BELUCHE RINCON, I., “*Algunas notas sobre el derecho del consumidor a desistir del contrato*”, Diario la Ley, 26 de mayo de 2009, nº7182, Sección Tribuna la Ley. Destacar que en contratos que vayan unidos a un

En segundo lugar, es también novedoso al *plazo* para el ejercicio de tal derecho, que se amplía de 7 días a 14 días naturales y comienza su ejercicio (plazo de caducidad)⁴⁵⁴, para el supuesto de que el empresario haya cumplido con el deber de información y documentación que recoge el artículo 69.1, desde la recepción del bien objeto del contrato, o bien desde la celebración del contrato, si el objeto fue una prestación de servicios. Por el contrario, si el empresario no ha cumplido el deber de información y documentación con el consumidor, el plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento será de 12 meses (desde que haya expirado el plazo de los 14 días naturales).

Junto a las modificaciones señaladas, podemos señalar brevemente y sin ánimo de exhaustividad -por cuanto que ello excede este trabajo de investigación⁴⁵⁵-, que las modificaciones introducidas por la Ley han recibido una valoración positiva, en cuanto que incluyen una mayor precisión en cuanto a la regulación del derecho de desistimiento en los contratos a distancia, y en los contratos celebrados fuera del establecimiento, regulando un formulario normalizado al respecto que el consumidor podrá utilizar para el ejercicio del derecho de desistimiento. Es precisamente en el marco de estos contratos en los que, como los asuntos que han llegado a nuestros tribunales ponen de relieve, se han venido produciendo prácticas agresivas de mercado con los consumidores; así, contratos de enseñanza contratados en domicilios, en locales habilitados para ello o incluso telefónicamente, que motivaron un número ingente de reclamaciones administrativas y judiciales de los consumidores que desconocían, en el momento de la firma del contrato,

contrato accesorio de financiación a plazos, lógicamente el ejercicio del derecho de desistimiento irá unido a éste, y tendrá como efecto la resolución automática y sin gastos para el consumidor.

⁴⁵⁴ ARNAU RAVENTÓS, L., “*El plazo para desistir en los contratos con los consumidores*”, Anuario de Derecho Civil, 2011, volumen XIV, pp. 157-196.

⁴⁵⁵ Para un estudio detallado del régimen del derecho de desistimiento, vid. DOMÍNGUEZ PÉREZ, E., “*Recientes planteamientos de tutela del consumidor mediante el ejercicio del derecho de desistimiento: la directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011 y su transposición al derecho español*”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº. 26, 2014, pp. 261 “; AGUILAR OLIVARES, Y., “*Recientes modificaciones en el derecho español sobre la tutela del consumidor tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLCU: especial referencia al derecho de desistimiento*”, *Revista Uned*, 2014, pp.17 y ss.

cuestiones tan esenciales, como las condiciones completas del contrato y la cuantía total económica de los cursos.⁴⁵⁶ Por ello, la nueva regulación del derecho de desistimiento contribuye en gran medida a evitar la celebración de contratos con consumidores en el marco de una práctica agresiva de mercado, sin perjuicio de que algunas cuestiones relacionadas con el ejercicio de este derecho presenten algunas dudas interpretativas o requieran de alguna mejora en el futuro⁴⁵⁷.

En este sentido, recientemente se ha modificado el TRLGDCU mediante el RD-Ley 9/2017, por el que se transponen Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores⁴⁵⁸, de forma que la Disposición Final primera modifica el TRLGDCU, modificación que en gran medida responde a la necesidad de dar inmediata respuesta al Proyecto Piloto 8007/15/JUST abierto al Reino de España a consecuencia de una incorrecta transposición de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, dando cumplimiento a los compromisos adquiridos con la Comisión Europea y evitando así la imposición de posibles sanciones económicas al Reino de España.

⁴⁵⁶ Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia 574/2011, de 3 de noviembre; de la Audiencia Provincial de Madrid 50/2011, de 2 de febrero; de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 5ª), 29 de octubre de 2001 AC (2001/2592).

⁴⁵⁷ En este sentido, a modo de ejemplo, el cálculo de la depreciación del bien -que constituye el objeto del contrato celebrado por el consumidor y sobre el que posteriormente ejercita el derecho de desistimiento-, no queda definido en la Ley.

⁴⁵⁸ El Real Decreto-Ley 9/2017, por el que se transponen Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores (BOE, nº 126, de 27 de mayo de 2017). La propia exposición de motivos de la norma regula que, ante la gravedad de las consecuencias de seguir acumulando retraso en la incorporación al ordenamiento jurídico español de tales Directivas, resulta necesario acudir a la aprobación de un Real Decreto-ley para proceder a su transposición, lo que permitirá cerrar los procedimientos de infracción abiertos y con ello evitar la imposición de sanciones económicas a España.

En particular, la mencionada modificación se centra en la cuestión relativa al medio que debe utilizar el empresario para *reembolsar el pago recibido del consumidor en caso del ejercicio del derecho de desistimiento*, garantizando que éste no incurra en ningún gasto como consecuencia del desistimiento del contrato. En este sentido, se modifica el artículo 107.1 en su tercer párrafo⁴⁵⁹, relativo a la imputación de gastos al empresario por la devolución de los productos en el caso de los contratos celebrados a distancia o fuera de establecimiento mercantil, reembolso que deberá realizarse utilizando el mismo medio empleado por el consumidor en la contratación inicial.

La modificación de este artículo en los términos expuestos reproduce lo establecido en el artículo 13 de la Directiva 83/2011 (obligaciones del comerciante en caso de desistimiento), respecto al medio que utilizará el empresario para reembolsar el pago recibido del consumidor por ejercer el derecho de desistimiento, lo que conlleva asegurar que el consumidor no incurra en ningún gasto. Sin embargo, con anterioridad a la reforma, nuestra norma interna, de forma contraria al principio de armonización máxima, incorporó la posibilidad de reconocer al consumidor su derecho a reclamar las cantidades abonadas duplicadas una vez transcurrido el plazo de devolución, no previsto sin embargo en la norma comunitaria, omitiendo no obstante la obligación de reembolso de los pagos recibidos por el consumidor utilizando el mismo medio de pago empleado por éste en la contratación, sí contemplado por la Directiva.

En suma, con la incorporación de la modificación del artículo 107 en los términos expuestos, el ejercicio del derecho de desistimiento por el consumidor de un contrato celebrado a distancia o fuera de establecimiento mercantil, hace surgir en el empresario la obligación de

⁴⁵⁹ El apartado 1 del artículo 107 queda redactado en los siguientes términos:

«1. El empresario reembolsará todo pago recibido del consumidor y usuario, incluidos, en su caso, los costes de entrega, sin demoras indebidas y, en cualquier caso, antes de que hayan transcurrido 14 días naturales desde la fecha en que haya sido informado de la decisión de desistimiento del contrato del consumidor y usuario de conformidad con el artículo 106.

El empresario deberá efectuar el reembolso a que se refiere el primer párrafo utilizando el mismo medio de pago empleado por el consumidor para la transacción inicial, a no ser que el consumidor haya dispuesto expresamente lo contrario y siempre y cuando el consumidor no incurra en ningún gasto como consecuencia del reembolso.»

reembolsar los pagos recibidos al consumidor, incluyendo todo pago hecho al consumidor (como los costes de entrega), reembolso que habrá de llevarse a cabo en un plazo máximo de 14 días desde la notificación del desistimiento, de forma que el necesariamente deberá reembolsar por el mismo medio de pago empleado por el consumidor en la contratación inicial, salvo que éste haya dispuesto de forma expresa lo contrario (y siempre que no incurra en ningún gasto adicional).

Ahora bien, no debe olvidarse que la reforma mencionada sólo abarca al régimen especial del desistimiento para los contratos celebrados a distancia o fuera de establecimiento mercantil, dejando por tanto vigente el artículo 76 TRLGDCU, por el que se podrán reclamar por duplicadas las sumas adeudadas al consumidor por retraso indebido por parte del empresario.⁴⁶⁰

4.3 Derecho de desistimiento y práctica agresiva de mercado con los consumidores.

Expuestas las líneas principales del ejercicio del derecho de desistimiento por el consumidor, en este epígrafe se trata de aplicar tales consideraciones a las prácticas de mercado agresivas y por ello desleales. Manifestaciones en las que procedería tal ejercicio sería en supuestos de celebración de contratos por los consumidores que se han desarrollado o concluido en el marco de una práctica agresiva desleal de las analizadas a lo largo de este trabajo; es en este entorno de práctica agresiva en el que el consumidor puede decidir poner fin a la relación contractual mediante el ejercicio del derecho de desistimiento, siempre que se trate de algún contrato no excluido expresamente por el art. 103 TRLGDCU.

Es desde esta perspectiva que el ejercicio del derecho de desistimiento en los supuestos de la realización de una práctica comercial agresiva desleal puede suponer para el consumidor un gran avance en la protección de sus derechos.

⁴⁶⁰ BERMUDEZ BALLESTEROS, M^a S., “Doble modificación del TRLGDCU operado por el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo”, Revista CESCO, 22/2017, pp. 166-174, Castilla- La Mancha.

Y es que, como hemos expuesto, la realización de una práctica de mercado agresiva contra el consumidor, ya sea por acoso, coacción o influencia indebida, supone que el consumidor se encuentra en una situación de inferioridad o intimidación, lo que en muchos casos le ha supuesto tomar una decisión sin la autonomía de la voluntad necesaria y suficiente para poder valorar, por ejemplo, si esa relación contractual se encuentra dentro de los parámetros legales permitidos. Cobran pleno sentido entonces las consideraciones de quien ya ha señalado que “(...) un consentimiento prestado en circunstancias precarias no debía desplegar los mismos efectos que un consentimiento prestado en un proceso negocial ordinario”⁴⁶¹.

Si esto es así, si el consumidor ha realizado ya una adquisición de mercado sin la suficiente autonomía de la voluntad debido a la existencia de una práctica comercial agresiva en cuyo entorno (publicidad, por ejemplo) se ha llevado a cabo la contratación, es entonces evidente que el plazo de 14 días de que dispone el consumidor es absolutamente beneficioso y conveniente para él, al tener la posibilidad de valorar, ahora con suficiente información y autonomía, la conveniencia o no de tal contrato, en el vidente contraste con la previa situación en la que contrató: el consumidor no tuvo intención de contratar, sino que actuó “presionado” realmente por la incesante insistencia del empresario utilizando métodos comerciales agresivos. En ese nuevo periodo de tiempo (14 días naturales), el consumidor tendrá el tiempo suficiente para reflexionar y analizar si la compra o contratación del servicio que ya ha realizado, ha sido correcta y adecuada a sus necesidades y voluntad real.

Pues bien, como hemos también señalado previamente, es en el marco de los contratos a distancia, en los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, y en los contratos de viajes combinados, en los que son más propicios la realización de prácticas agresivas hacia los consumidores, y por ello, como ha dispuesto el legislador, en los que existe un derecho de desistimiento de los mismos a favor del contratante consumidor.

Manifestación de ello es la propia conexión entre la normativa de consumo (TRLGDCU) y la normativa en materia de competencia desleal (Ley 29/2009), que conecta los derechos del consumidor como parte del contrato con los derechos del consumidor como sujeto que

⁴⁶¹ ARROYO APARICIO, A., “*Artículo 8. Prácticas agresivas*”, p. 215, cit. en “Comentarios a la Ley de Competencia Desleal”.

participa en el mercado; así se destaca en el artículo 19 de la LCD, que expresamente indica que “Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 19 y 20 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, únicamente tendrán la consideración de prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios, las previstas en este Capítulo y en los artículos 4, 5, 7 y 8 de esta Ley”, precepto que abre el Capítulo III de esta Ley bajo la rúbrica “Prácticas desleales con los consumidores”.⁴⁶²

Pero, además del beneficio que el ejercicio del derecho de desistimiento supone para el consumidor, en cuanto que puede “deshacer” el contrato previamente formalizado, es necesario también destacar el beneficio procesal que su ejercicio supone además; así, el ejercicio de este derecho por el consumidor hace que sea la “vía de resolución de conflictos” gratuita y más rápida, que genera además la opción del consumidor de evitar acudir a las vías de resolución de conflictos extrajudicial y judicial para resolver sus reclamaciones contractuales.

Por ello, puede concluirse que sólo parece que la problemática realmente surgirá si se produce un incumplimiento por parte del empresario o profesional en lo relativo a las circunstancias del derecho de desistimiento, es decir, el incumplimiento que señala el artículo 20 del TRLGDCU en lo relativo a la información que debe facilitarse al consumidor, así como sobre las especificaciones contenidas los artículos 68 y siguientes del mismo texto, o sobre cuestiones relativas a que el ejercicio de este derecho estará libre de gastos para el consumidor, y a su aplicación también a los contratos complementarios y vinculados que recogen los artículos 76 bis y 77. En estos casos en los que se produzca un incumplimiento en materia de desistimiento del contrato, será necesario por ello acudir a las vías de resolución extrajudicial y/o judicial, en los términos expuestos anteriormente.

⁴⁶² DOMINGUEZ PEREZ, E., “*Recientes planteamientos de tutela del consumidor mediante el ejercicio de derecho de desistimiento: la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011 y su transposición al derecho español*”, Revista de Derecho de la Unión Europea, 2014, pp. 261-273.

RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES.

1 RECAPITULACIÓN.

Este trabajo de investigación ha tenido como objetivo principal el análisis de las prácticas agresivas en el mercado y la protección del consumidor con motivo de la regulación en el Derecho europeo de la competencia desleal y en las legislaciones de los diferentes Estados miembros, y en particular, en el Derecho español.

Una vez elaborado este estudio de investigación, se procede a exponer las principales conclusiones alcanzadas, de forma sintética y ordenada, con las aportaciones que se derivan del examen elaborado en relación con los objetivos expuestos al inicio de este trabajo.

Para ello, se ha desarrollado en diferentes Capítulos el análisis exhaustivo de las prácticas agresivas contra el consumidor en el mercado, y se ha analizado si la regulación actual protege suficientemente a los consumidores y usuarios frente a la realización de dichas prácticas que modifican su comportamiento económico en el mercado.

Para ello, el punto de partida ha sido la exposición pormenorizada, en el *Capítulo I*, de los orígenes y la transformación que han experimentado tanto el Derecho Antitrust, la Propiedad Industrial, la Competencia Desleal y la aplicación de la normativa en materia de protección de los consumidores, se muestra la implantación del Derecho de la competencia desleal en tres países que han encabezado la evolución de esta materia, como son Francia, Alemania y Gran Bretaña.

A continuación, en el *Capítulo II* se ha analizado las prácticas agresivas hacia los consumidores en el mercado, ofreciendo una aproximación a este sector jurídico tanto desde el punto de vista de la normativa europea y nacional, como desde la perspectiva que ofrece la jurisprudencia de la UE y nacional. En concreto, ha sido imprescindible analizar sí la noción de “práctica agresiva” que recoge la legislación ampara realmente las prácticas

agresivas actuales realizadas en el mercado, y así poder determinar su repercusión en el comportamiento del consumidor en el mercado, en las diferentes fases contractuales en las que pueden desarrollarse las prácticas agresivas.

Seguidamente, en el *Capítulo III*, se han analizado los tipos de prácticas agresiva desleales, con base en los diversos ilícitos desleales expresamente contemplados en la LCD - el acoso, la coacción y la influencia indebida-, que son idóneos para provocar en el consumidor una alteración de su comportamiento económico en el mercado, perturbando por ello la autonomía de su libertad contractual.

Asimismo, para poder proporcionar un fiel reflejo de la realidad de mercado en esta materia, ha sido fundamental realizar un estudio sobre el destinatario de las prácticas agresivas en el mercado, es decir, analizar a quien se dirigen los comportamientos agresivos desleales, para lo que ha sido esencial el análisis del tradicional concepto de “consumidor medio” (normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz), y el estudio de los nuevos conceptos de consumidores , tales como el consumidor vulnerable, fragmentado, o informático.

Ahora bien, ha sido con ocasión de tal análisis cuando también hemos considerado fundamental el estudio de la figura del empresario o profesional y del nuevo empresario o profesional que en ocasiones confluye con la figura del consumidor. Así, en este marco, con la aparición de nuevas figuras de consumidores y de nuevas relaciones comerciales, se destaca la aparición de la economía colaborativa o *sharing economy*, sobre la que hacemos una importante exposición en torno al nuevo modelo de actividad en el mercado y su relación con las prácticas agresivas.

En el *Capítulo V*, que constituye la última parte del trabajo, se exponen los mecanismos o sistemas judicial y extrajudicial de resolución de conflictos de los que dispone actualmente el consumidor para poder resolver el contrato formalizado a través de la utilización por el comerciante de una práctica agresiva, así como el relevante papel que está llamado a desarrollar el derecho de desistimiento.

Como se desprende del trabajo presentado, el análisis de las prácticas agresivas de mercado contra el consumidor se ha desarrollado desde *una perspectiva transversal*, en la que ha sido precisamente el análisis de la tutela jurídica de los consumidores y usuarios la temática sobre la que ha girado toda la actividad investigadora realizada. Es por ello que se ha expuesto un análisis muy detallado y exhaustivo de la política europea de armonización y unificación legislativa ligada al régimen jurídico de los consumidores y usuarios.

En este sentido, tomando como punto de partida el objetivo de lograr un mercado único, en el que los consumidores y usuarios puedan realizar sus transacciones (transfronterizas) de mercado conforme a reglas de seguridad jurídica, se ha puesto de relieve en el trabajo la necesidad de lograr una mayor confianza de los consumidores al realizar sus transacciones, especialmente en el marco de los contratos a distancia, y a través de las nuevas plataformas que han surgido con la nueva fórmula contractual del consumo colaborativo.

Ante esta nueva configuración del mercado, en el que el consumidor sigue siendo “el protagonista”, se ha demostrado que *la información del consumidor* es considerada parte esencial en la construcción de un mercado sin fronteras, en el que las transacciones económicas se adecúen a reglas de eficiencia económica, sin perjuicio de otras consideraciones que el consumidor asume para llevar a cabo su elección de mercado.

Junto a ello, en el Trabajo se han puesto de manifiesto también los principales resultados empíricos que incluso desde planteamientos alejados al Derecho, demuestran en qué medida la publicidad, por ejemplo, influye al consumidor a la hora de realizar decisiones de adquisición en el mercado.

Siguiendo las ideas expuestas, gran parte de la actividad de investigación realizada se ha centrado en *el análisis de las prácticas agresivas de mercado sobre los consumidores*. A la vista de ello, se ha destacado en el Trabajo que constituyen un fuerte obstáculo para que el consumidor pueda adoptar decisiones de mercado satisfactorias, a la vez que son una auténtica “barrera” al desarrollo de las transacciones transfronterizas, impidiéndose por ello alcanzar un mercado global.

Las prácticas agresivas contra los consumidores, en cuanto que acto u omisión idóneo para distorsionar el comportamiento económico del consumidor, como consecuencia de una amenaza moral o física, y en concreto a través del acoso, coacción o influencia indebida, han consistido una gran novedad en el marco 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 (LCD).

Tras nueve años desde la entrada en vigor de las normas protectoras contra las prácticas comerciales agresivas, parece que ya contamos con un periodo de tiempo prudencialmente suficiente para poder efectuar un balance respecto a la eficacia de la regulación normativa de las prácticas agresivas a través de la LCD. En este sentido, analizar si la citada normativa ha supuesto una mejora en la política de protección de los consumidores y usuarios en relación a la realización por los empresarios de prácticas agresivas en el mercado, supone, en definitiva, determinar cómo se han coordinado, en qué nivel, con qué intensidad, la tutela contra la competencia desleal, de una parte, y la tutela del consumidor, de otra parte.

En este sentido, no puede considerarse que la integración entre ambos cuerpos normativos fue simultánea de forma global; así, parte de la regulación normativa de las prácticas agresivas desleales se desarrolló, en primer lugar, en una norma de competencia desleal (LCD), y en segundo lugar, se incorporó al TRLGDCU. Es decir, la modificación de la norma no fue plenamente simultánea, ya que primero se modificó en la Ley de Competencia Desleal (2009), y en 2014 se llevó a cabo la modificación del TRLGDCU. Seguramente hubiera sido más coherente y eficaz la regulación conjunta y simultánea de ambas normas. Y es que una de las modificaciones más relevantes en la normativa de protección de los consumidores para garantizar al consumidor su tutela frente a las prácticas agresivas por el empresario, fue el desarrollo del ejercicio del derecho de desistimiento, que sólo se reguló cinco años después de la reforma de la LCD (2009), pese a la extraordinaria relevancia que el ejercicio de este derecho por el consumidor puede suponer ante la realización de prácticas agresivas.

2 CONCLUSIONES.

A la vista de las líneas de trabajo expuestas, la investigación científica que se presenta en este Trabajo nos permite presentar una serie de conclusiones:

1. Se destaca que la definición del *concepto de “consumidor”* como ha venido conceptuándose a lo largo de los años por la jurisprudencia y la doctrina que hemos analizado, ha quedado distanciada y alejada de la realidad económica y social, por varias razones, básicamente por cuanto que el consumidor actual no actúa ya siempre en una concepción de mercado como la recogida en la tradicional legislación de protección de los consumidores desde sus inicios; a la vez que el actual empresario, operador de mercado, emprendedor, tampoco actúa ya necesariamente como un comerciante “tradicional” conforme al definido en el Código de Comercio vigente.

Ha surgido con fuerza, como una categoría expansiva en un mercado también expansivo (plataforma digital) junto al tradicional consumidor y empresario, la figura del “prosumidor”, como nueva figura con perfiles distintos a los que tradicionalmente integraban la categoría del consumidor y del empresario.

En este sentido, a lo largo del Trabajo hemos considerado que la definición de prosumer no aglutina las necesidades de los nuevos consumidores: Estos nuevos consumidores/empresarios *low cost*, sí tienen indicios de obtener un beneficio o una prima ciertamente lucrativa, una pequeña recompensa económica. Y es por ello que se sitúan en “una zona gris” de la regulación jurídica actual.

Y es que, realmente en numerosas ocasiones, el consumidor actúa en alguna medida como empresario, porque aunque no tiene un fin lucrativo como un empresario entendido como comerciante en el sentido del Código del Comercio, tampoco se puede afirmar que no obtenga un beneficio o repercusión en su “pequeña economía”. Toda esta nueva situación en el marco del mercado, es indudable que ha generado una cierta perversión en el mercado, produciendo una cierta desprotección del consumidor en el mercado.

2. *El régimen jurídico de las prácticas agresivas contenido en la actualidad en la LCD no tutela suficientemente al consumidor ante las novedosas prácticas agresivas que se*

producen continuamente en el mercado. Los diferentes tipos de prácticas agresivas reguladas en la LCD no cubren realmente la muy amplia y variada tipología de ellas.

Es cierto que sería posible acudir al útil recurso que ofrece la cláusula general de competencia desleal ex art. 4 LCD, si bien hubiera sido deseable, por motivos de seguridad jurídica, una regulación más amplia y detallada, de más tipos de prácticas agresivas de mercado. Esta circunstancia ha sido confirmada recientemente con ocasión de la reforma del art. 8 de la LCD a efectos de incluir en tal precepto la regulación de las prácticas agresivas desleales en el ámbito digital, a la vez que está prevista la promulgación de una Ley que contenga el régimen de tutela del menor ante las prácticas agresivas realizadas en el ámbito digital.

3. Estrechamente vinculado con el nuevo consumidor y su participación en nuevos mercado (digitales), en el Trabajo se han analizado las *diversas prácticas agresivas realizadas en el marco de la economía colaborativa*, en particular, en las relaciones *consumer to business (C2B)*.

Seguramente que la principal conclusión obtenida en esta materia es que la realización de prácticas agresivas está estrechamente vinculada con la carencia de información que pueden sufrir los consumidores que participan en las diversas plataformas digitales, ya sea contratando a través de ellas o bien participando en actividades publicitarias (*influencer*).

4. *La regulación que contiene la LCD sobre prácticas agresivas, aun siendo novedosa en nuestro ordenamiento jurídico, parece que no resulta una vía que ofrezca una respuesta jurídica plena y global para otras realidades de mercado que ha surgido tras la reforma de la LCD en 2009.*

Así, la regulación actual sobre las prácticas agresivas no se refiere a supuestos especialmente frecuentes, como sucede con la *publicidad agresiva*, que ha sido escasamente abordada por nuestros tribunales y Entidades especializadas en Publicidad, a diferencia de lo que ha sucedido en otros países de la Unión Europea, como Italia, en el que los tribunales sí han analizado los supuestos de publicidad agresiva con mayor detenimiento y frecuencia. Puede decirse que nuestros tribunales y entidades especializadas en Publicidad se han venido mostrando muy reacios a calificar como

prácticas agresivas desleales tales supuestos, considerándolos, en algunas ocasiones, como supuestos de publicidad engañosa.

Prueba de la relevancia jurídica de las prácticas agresivas y de su difícil encaje normativo en sede de los preceptos de la LCD, se sitúa precisamente la reciente modificación normativa en materia de prácticas agresivas mediante la realización de ventas a pérdidas, a través del Real Decreto –ley 20/2018, de 7 diciembre, de medidas urgentes para el impulso de la competitividad económica en el sector de la industria y del comercio en España, propiciado en gran parte por la confusión que la venta a pérdidas es idónea para generar en el consumidor.

5. Las prácticas agresivas desleales por *coacción* han sido reguladas de forma completa en el art. 28 LCD, si bien esta regulación adolece del inconveniente de que no siempre pueda ser fácilmente determinable sobre si son subsumibles en los tipos penales o simplemente deben ser calificados como ilícito desleal.

Realmente parece que es en el marco de las prácticas agresivas desleales por *influencia indebida* (art. 29 LCD) en el que encontramos el encaje más apropiado de la nueva casuística provocada por la presión ejercida por el empresario hacia el consumidor en el mercado; y es que las nuevas técnicas de contratación en el mercado son especialmente idóneas para ejercer una presión excesiva sobre el consumidor, que contratará determinado por tal circunstancia.

6. Aunque la LCD contiene una especial protección jurídica hacia *los menores* en el marco de su participación en el mercado (artículo 30 LCD), es evidente que el cambio radical que ha experimentado la sociedad en su conjunto, hace que la era digital haya entrado completamente en la vida de los “*teenagers*”: el marketing digital, el fenómeno de publicidad de la mano de “los blogueros”, y las nuevas empresas que buscan menores en redes como “Instagram” para promocionar sus productos y ejercer una influencia en el mercado, ha generado una presión tan intensa que hace que ésta sea el tipo de práctica agresiva que consideramos que demanda una regulación jurídica más avanzada y novedosa.

7. Finalmente, como se ha expuesto al final del Trabajo, el régimen jurídico de las prácticas agresivas desleales demanda también un *sistema de resolución de tales conflictos novedoso y que responda a las más modernas tendencias actuales de resolución de conflictos*.

En este sentido, junto a la vía judicial contemplada en la LCD, consideramos que es necesario potenciar los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos, al estilo del régimen previsto en esta materia en otros países de la Unión Europea. De la misma manera, se ve también la necesidad de crear una sección, dentro de la jurisdicción civil o mercantil, en materia de protección de los consumidores, con juicios rápidos.

A lo largo de la exposición sobre esta materia en el Trabajo, ha quedado patente que los nuevos mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos, como la mediación o el arbitraje, son esencialmente institucionales y requieren por ello de la presencia de la Administración como órgano garante de la imparcialidad, objetividad y regulador del conflicto y del mercado; sin embargo, la práctica ha demostrado que tales sistemas no están siendo todo lo positivo que en principio apuntaría que serían, básicamente debido a los importantes problemas presupuestarios y de formación técnica de su personal, lo que en muchos casos impide la eficacia requerida de tales sistemas de resolución de conflictos, con la consiguiente falta de confianza que se genera en las empresas en apoyar este tipo de sistemas de resolución de conflictos.

Por ello, si los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos no son eficaces y suficientes para el consumidor, deberemos esperar el resultado de la implantación de la nueva normativa que regula la creación de las instituciones de *Alternative Dispute Resolution* (ADR), que en cierta manera permite la gestión de este tipo de resoluciones a organismos o entidades no institucionales.

ABREVIATURAS

ACQP	Aquis Group
ADI	Actas de Derecho Industrial
ADR	Alternative Dispute Resolution
AGCM	Autorità Garante della concorrenza e del mercato.
AP	Audiencia Provincial
AN	Audiencia Nacional
BOE	Boletín Oficial del Estado
CCAA	Comunidades Autónomas
CE	Constitución Española
CEE	Comunidad Económica Europea
CENDOJ	Centro de documentación judicial.
CESCO	Centro de Estudios de Consumo
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CFR	Common Frame of Reference
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia
DERECHO CEF	Derecho de Centro de Estudios Financieros
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
EASA	European Advertising Standards Alliance
INC	Instituto Nacional de Consumo
LCD	Ley de Competencia Desleal
LCGC	Ley Condiciones Generales Contratación
LDC	Ley Defensa Competencia
LDRAL	Ley de Resolución Alternativa de Litigios en materia de consumo
LEC	Ley Enjuiciamiento Civil
LGDCU	Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios
LGVBC	Ley General de Garantías de Bienes de Consumo
LGP	Ley General de Publicidad
LOCM	Ley de Ordenación del Comercio Minorista
LOPDPGDD	Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales
LSSI	Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico
MCR	Marco Común de Referencia
PAOS	Código de Corregulación de la publicidad de alimentos y bebidas dirigida a menores, prevención de la obesidad y salud.
RAL	Resolución Alternativa de Litigios
ROJ	Repertorio Oficial de Jurisprudencia
RD	Real Decreto
SAN	Sentencia Audiencia Nacional
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
STS	Sentencia Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TJUE	Tribunal Justicia Unión Europea
TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios
TOL	Tirant Online
TS	Tribunal Supremo
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR OLIVARES, Y., “*El arbitraje de consumo: evolución y régimen actual*”, en “Curso de derecho arbitral”, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.
- “*Recientes modificaciones en el derecho español sobre la tutela del consumidor tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLCU: especial referencia al derecho de desistimiento*”, Revista Uned, 2014.
- ALFONSO SANCHEZ, R., “*Aproximación jurídica a la economía colaborativa: diferentes realidades*”, Cuadernos de Derecho y Comercio, 2016, nº 66.
- ALONSO RIVAS, JAVIER, “*El comportamiento del consumidor: un planteamiento general*”, Estudios de Consumo, nº 23, 1993 Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid.
- ALONSO SOTO, R., “*La modificación de la Ley de ordenación del comercio minorista: nueva regulación de la venta con pérdida*”, GA-P, 2018.
- ALPA GUIDO, “*I diritti dei consumatori*” nel Trattato di diritto privato dell’Unione Europea, Tomo I, G.Giappichelli Editore, Torino, 2009.
- ALVAREZ ALVAREZ, B. Y VAZQUEZ CASIELLES, R., “*Sensibilidad de los consumidores a diversas técnicas de promoción de ventas en el proceso de selección de marca*”, Cuadernos de Economía y Empresa, número 24, 2005.
- ALVAREZ MORENO, M.T., “*El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales*”, Edersa, Madrid, 2000.
- ALVAREZ RUBIO J., “*La protección del consumidor en el derecho de la competencia*” Editorial Comares, Granada, 2017.
- ANSGAR O., “*La nueva ley alemana contra la competencia desleal en la encrucijada entre el derecho comunitario, el derecho constitucional y la liberalización*”. ADI, tomo 25, 2004-2005.

- ARNAU RAVENTÓS, L., “*El plazo para desistir en los contratos con los consumidores*”, Anuario de Derecho Civil, 2011, volumen XIV.
- ARROYO APARICIO, A., “*Artículo 8. Prácticas agresivas*”, en AA.VV., “*Artículo 8. Prácticas agresivas*”, dir. A. Bercovitz Rodríguez-Cano., ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.
- ASCARELLI, “*Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*”, in Riv trim. Dir e proc. civ, 1954.
- AULETTA, G. “*Concorrenza in Comentario al código civile, a cura di Scialoja e Branca, Libro V, Del Lavoro, Bologna-Roma, 1973*”, p. 174 ss., con riferimento alla morales comune..
- AZNAR TRAVAL, A., “*Economía Colaborativa, Alojamiento y Transporte*”, Thomson Reuters, Aranzadi, 2017.
- BACHARACH DE VALERA, S., “*Legitimación activa de asociaciones de consumidores para entablar la acción de cesación*”, ADI 9 (1983).
- BARGELLI, E., “*La nuova disciplina delle pratiche commerciali: ámbito de applicazione*”, in *Pratiche commerciali scorrette e Código del Consumo a cura di DE CRISTOFARO, Giovanni, Biblioteca di Diritto Privato, Torino, 2008.*
- BARONA VILAR, S., “*Competencia desleal*”, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- BASSOLS JACAS, R., “*El arte de la negociación*”, CEU EDICIONES, Madrid, 2016.
- BELUCHE RINCON, I. “*Algunas notas sobre el derecho del consumidor a desistir del contrato*”, Diario la Ley, 26 de mayo de 2009, nº7182, Sección Tribuna la Ley
- BENEYTO, J.M./MAILLO GONZALES ORÚS, J., dir., “*Tratado de Derecho de la Competencia*”, tomo I. Unión Europea y España, Editorial Bosch, 2005.
- BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., “*Artículo 35. Prescripción*”, en AA.VV., “*Comentarios a la Ley de competencia desleal*”, dir. A. Bercovitz Rodríguez-Cano., ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A., “*Comentarios a la Ley General de Consumidores y Usuarios*”, Estudios sobre consumo, ed. 3, 1984, Madrid.

— “*Apuntes de derecho mercantil*”. Editorial Aranzadi, 2013.

— Coord “*La regulación contra la competencia desleal en la ley 10 de enero de 1991*”. Boletín oficial del Estado. Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992.

— “*Fomento de los Códigos de conducta. Art. 37*”, Comentarios a la ley de competencia desleal, ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2011

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A., / BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., “*Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*”, ed. Tecnos, Madrid, 1987.

BERENGER FUSTER, L., y otros.: “*La nueva legislación española ante la evolución del derecho de la competencia*”, Fundación Rafael del Pino, colección Derecho, Marcial Pons, 2010, Madrid.

BERMUDEZ BALLESTEROS, M^a S., “*Sanción aplicable al incumplimiento de los deberes de información y documentación sobre el derecho de desistimiento en los contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles: criterios legales y jurisprudenciales. Comentario a la sentencia SAP de Castellón 10 de abril de 2012*” (JUR 2012/254736). Revista CESCO 2011.

— “*Doble modificación del TRLGDCU operado por el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo*”, Revista Cesco, 22/2017, pp. 166-174, Castilla- La Mancha.

BERRUTI, G.: “*La concorrenza sleale nel mercato : teoria y pratica del Diritto*” Giurisdizione ordinaria e normativa Antitrust guiffre editore. Milano, 2002.

BOSCH CAPDEVILLA, E., “*Nuevas perspectivas del Derecho Contractual*”, Bosch, 2012.

BOTSMAN R., “*What's mine is yours: The raise of collaborative consumption*”, Business & Economics, 2010, Harper Collins e-book,

- BOURGOIGNIE, TH, “*European Community Consumer Law: actual achievements and potentials for the future*”, en *European consumer Law (Prospects for integration of consumer law and policy within the European Community)*, Collection Droit et Consommation, Cabay, 1981.
- BOUTARD-LABERDE, M., “*Le nouveau droit de la concurrence*”, Paris, 1987,
- BRETAL VAZQUEZ, J.M., “*La actividad del Consejo de Europa en el ámbito de la protección del consumidor*”, RAP, número 90, 1979.
- BUJOSA VADELL, L., “*El procedimiento de las acciones de grupo (class actions) en los Estados Unidos de América*”, Justicia, Revista de derecho procesal, 1.994.
- BUSTILLO BOLADO, R. O., “*Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*”, Aranzadi, 2010.
- BUSTO LAGO, J.M., Coordinador, “*Reclamaciones de Consumo*”, Editorial Aranzadi, 2008, Madrid.
- CALLMANN, R., “*The essence of anti-trust*”, Columbia Law Review, Vol 49, N° 8, pp. 1100-1116.
- CALVO CARAVACA, A.L., “*Derecho Antitrust europeo*”, Tomo I, Parte general de la competencia, Colex, 209, Madrid.
- CALVO R., “*I contratti del consumatore*”, del Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia , diretto da Francesco Galgano,Cedam,2005.
- CAMACHO PEREIRA, C., “*La protección del consumidor frente al mensaje publicitario*”, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012.
- CAMPUZANO, A.B., y otros., “*El derecho de la competencia*”, Editorial Tirant Blanch, 2015, Valencia.
- CARBAJO CASON, F., en AA.VV., “*Artículo 31. Otras prácticas agresivas*”, dir. A. Bercovitz Rodríguez-Cano., ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

- CARRASCO BLANCO, M., *“Mediación y consumidores”*, Ed. Instituto Nacional de Consumo, 2006. Madrid.
- CARUSO, M^a A., *“Le pratiche commerciali aggressive”* Cedam, 2010.
- CASADO ROMÁN., J., *“Elementos esenciales del contrato de coworking”*, Actualidad Civil, nº 12, diciembre 2014.
- CASTELLO MARTINEZ, A., *“La comunicación publicitaria con influencers”*, Redmarkaa Universidad de A Coruña, CIECID, Año VIII, nº 14 (2015), v I pp. 21-50. [Http://redmarka.net](http://redmarka.net) ISSN 1852-2300.
- CENDON P., *“Tutela del consumatore”* in Trattario di Diritto Civile, volumen 9, Giuffrè Editore, 2013 Milano.
- CINI, M., /McGowan, L., *“Competition Policy in the European Union”*, Contemporary Political Studies Series, 1998 Macmillan Distribution Ltd, England.
- CIRCULAR 2/2018, sobre nuevas directrices en materia de protección jurídica de los derechos de los consumidores y usuarios
- CORDERO LOBATO, E., *“Protección sectorial y protección consumerista general de minimis y de maximis sobre la reforma del artículo 59.2 del TRLGDCU”*, Cesco, Universidad Castilla - la Mancha, 2014.
- COROMINAS BACH, S., *“Procesos colectivos y legitimación. Un necesario salto hacia el futuro”*, ed. Bosch, 2018.
- COURT, WW.H.B, *“British Economic History”*, 1870-1914, Cambridge at the University Press, 1965.
- CUÑAT EDO, V, *“Competencia desleal y protección de los consumidores”*, Publicacions de la Universitat de València, 2010.
- DALLE VEDOVE, G.; *“I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorriere”*, Cedam, Verona, 2008.

- DE CRISTOFONO, G. /DE FRANCESCHI, A., “*Consumer sales in Europe, after the Implementation of the Consumer Rights Directive*”, Intersentia, 2016, Cambridge. United Kingdom
- DE LA CALLE CALLE, P., “Contra la crisis: consumo colaborativo”, en ROSADO, B/ DE LA CALLE, A. (Eds.) *Cambios económicos y jurídicos: En un contexto de crisis*, Editorial Plublicia, 2014.
- DE LA CUESTA RUTE, J. M^a, “*Curso de derecho de la publicidad*”, EUNSA, Madrid, 2002.
- “*Significado de la ley y requisitos generales de la acción de la competencia desleal*”. La regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de enero de 1991, 1^o Edición BOE y Cámara de Comercio e Industria de Madrid; Madrid, 1992.
- DE MIGUEL ASENSIO, P., “*Sobre la Propuesta de normativa común de compraventa europea*”, [http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2012/12/ sobre-la-propuesta-de-normativa-común de compraventa europea](http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2012/12/sobre-la-propuesta-de-normativa-comun-de-compraventa-europea), 18 de diciembre de 2012.
- “*El Proyecto de ley de incorporación de la Directiva sobre resolución alternativa de resolución de litigios de consumo: algunas cuestiones (carencias) de Derecho aplicable*”, en la entrada del blog de 19 de abril de 2017.
- “*El arbitraje y el Reglamento Bruselas I a la luz de la sentencia Gazprom*”, en la entrada del blog de 13 de mayo de 2015.
- “*La tutela de los consumidores en el mercado global evolución del marco normativo*”, *Estudios de Consumo*, n^o85, 2008.
- DEVENNEY J. / KENNY M., “*European Consumer Protection, theory and practice*”, Cambridge University Press 2012.
- DIEGUEZ OLIVA, “*El derecho de desistimiento en el marco común de referencia*”, www.indret.com, Barcelona, 2005, p. 5.
- DI NELLA L., “*Le pratiche commerciali sleali “agressive” a cura di G. DE CRISTOFARO, “Le pratiche commerciali sleali”*”, Torino, 2007.

- DIRLAM & KAHN. *“Fair Competition: The Law and Economics of Antitrust Policy”*. Cornell University Press. 1954. Hardcover.
- DOMENECH PASCUAL, G., *“La regulación de la economía colaborativa (“El caso Uber contra taxi”)*”. CEF legal, Revista Práctica de Derecho, 2015. Comentario y casos prácticos, 175-176.
- DONA, M., *“Publicità, pratiche commerciali e contratti nel Codice del Consumo”*, Il diritto Attuale, 2007.
- DONALD, F. *“The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal”* Harvard Law Review Vol. 75, No. 4 (Feb., 1962).
- DOMINGUEZ PEREZ, E., *“La alegación publicitaria redactada en términos superlativos: la exageración publicitaria”* Estudios de Consumo, nº 48,1999, Madrid.
- *“De nuevo sobre la publicidad comparativa (Comentario a la Sentencia de la AP de Álava de 22 de febrero de 2000, caso “Guriaba”)*”, ADI, nº22, 2001.
- *“Competencia desleal a través de actos de imitación sistemática”*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2003.
- *“Control de las concentraciones de empresas”*, en AA.VV., *“Derecho de la competencia y propiedad industrial de la Unión Europea”*, dir. A. Bercovitz Rodríguez-Cano, Thomson Aranzadi, 2007.
- *“La Competencia desleal en la Unión Europea”*, en AA.VV., *“Derecho de la competencia y propiedad industrial de la Unión Europea”*, dir. A. Bercovitz Rodríguez-Cano, Thomson Aranzadi, 2007.
- *“Consideraciones sobre los “actos de engaño” y “la participación en el mercado con fines concurrenciales”* al hilo de la sentencia de la AP de Islas Baleares de 19 de octubre de 2011, Actas de derecho industrial y derecho de autor, Tomo 32, 2011-2012.
- *“Recientes planteamientos de tutela del consumidor mediante el ejercicio del derecho de desistimiento: la directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011 y su*

transposición al derecho español”, Revista de Derecho de la Unión Europea, nº. 26, 2014.

— “*Consideraciones sobre el marco normativo establecido en relación con el uso de vehículos compartidos: nuevos planteamientos en el entorno de la economía colaborativa: a propósito de los servicios de Uber y Blablacar*”, Revista Ars Iuris Salmanticensis, vol.4, junio, 2016, pp. 41-48.

DUQUE JUSTINO, “*La protección de los derechos económicos y sociales en la Ley General para la Defensa de los Consumidores*”, Estudios sobre Consumo, Ministerio de Sanidad y Consumo, 1984.

EBERS M., “*Comentario ¿extinción del derecho de desistimiento de un contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil tras la completa ejecución de las prestaciones? TJCE (sala Primera), sentencia de 10 de abril de 2008, asunto C-412/06 (Annelore Hamilton c. Volksbank Filder eG)*”. ADC, tomo I XII, 2009, fasc. III

ESQUIVIAS JARAMILLO, J.I./PARAMO DE SANTIAGO, C., “*Protección del consumidor: acoso telefónico y transporte aéreo*”, CEF, 2012. Madrid.

ESTEBAN DE LA ROSA, F., “*Régimen de la resolución alternativa y en la línea de litigios de consumo transfronterizos tras el nuevo marco europeo y la Ley 7/2017*”, Revista de Arbitraje comercial y de inversiones, volumen X, nº 2, 2017, Madrid.

ESTEBAN RAMOS, L.M., “*Libre fijación de precios y la venta a pérdida como acto de competencia desleal*”, en VELASCO SAN PEDRO, L.A., ALONSO LEDESMA.C y otros (Dir). La aplicación privada del derecho de la competencia, Valladolid 2011.

FACHECHI A., “*Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*” a cura di Pietro Perlingieri, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.

— “*La pubblicità, le pratiche commerciali e le altre comunicazioni*” in Diritti e tutele dei consumatori a cura di Giuseppe Recinto, y otros en Quaderni della Rivista impresa Ambiente Management, Ediciones Scientifiche Italiane, Milano, 2014.

FAIENZA, F., “*Il danno al consumatore elettronico e online dispute resolution (ODR)*”, Giuffrè, 2017.

- FALCON Y TELLA, R., “*La tributación de Uber*”, Quincena Fiscal, nº 13, 2014.
- FERNANDO MAGARZO, M. R., “*La consolidación de la autorregulación publicitaria en España: Fomento normativo y reconocimiento jurisprudencial*”, Estudios sobre Consumo nº 84, Instituto Nacional de Consumo, 2008, Madrid.
- FERNANDEZ CARBALLO-CALERO, P., “*Las propuestas comerciales a través de medios de comunicación a distancia desde la óptica de la Ley de Competencia Desleal*”, ADI 38 (2017-2018).
- FERNANDEZ GABRIEL, J.R., “*Competencia desleal y defensa de la competencia*”. Cuadernos del Poder Judicial, 2002 CGPJ 2002, Madrid.
- FERNANDEZ NOVOA., C., “*La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias, introducción al estudio de los principios generales de la publicidad*”, en Revista de Derecho Mercantil, nº 107, Madrid 1968.
- “*La sujeción de las expresiones publicitarias al principio de veracidad.*” ADI, nº 3, 1975.
- “*La Directiva comunitaria sobre prácticas comerciales desleales*”, Autocontrol, nº 108.
- “*La publicidad encubierta*”, ADI, nº 3, 1976.
- “*La publicidad comparativa*”, ADI, nº 4, 1977.
- “*La explotación publicitaria de los bienes de la personalidad*”, en Estudios de Derecho de la Publicidad, Universidad de Santiago de Compostela, 1989.
- “*Reflexiones preliminares sobre la Ley de Competencia Desleal*”, La Ley, nº2,1991.
- “*Las prácticas comerciales agresivas*”, 10º edición del Curso de Iniciación al Derecho de la Publicidad, Autocontrol, Madrid, 2009.
- FERRERES COMELLA, A., “*Algunas pautas para regular adecuadamente las acciones colectivas*”, Actualidad Jurídica Uría-Menéndez, nº 45, 2017.

- FINKELSTEIN, M./ FRIEDBERG, R., “*The Application of an Entropy Theory of Concentration to the Clayton Act*” *The Yale Law Journal*, Vol. 76, No. 4 (Mar., 1967).
- FONT GALAN, J.I., “*Constitución Económica y derecho de la competencia*”, Madrid, 1997.
- FONT GALAN, J.I./PINO ABAD, M., “*Estudios de derecho de la competencia*”, Madrid Barcelona, 2005.
- GAGLIANDI A., “*Pratiche commerciali scorrette*”, Utet Guiridica, 2009.
- GALAN CORONA, E., “*Acuerdos restrictivos de la competencia*,” Ed. Montecorvo, 1977.
- “*Análisis de la jurisprudencia publicitaria*” (Parte I) *Autocontrol*, nº 146, 2009.
- GALÁN CORONA, E./GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., (Dir.): “*Reforma del Derecho Privado y Protección del consumidor*”, Valladolid, 1994.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., “*Tratado de Derecho de la Competencia y Derecho de la publicidad*”, ed. Thomson Civitas, Madrid, 2003.
- “*Artículo 5. Actos de engaño*”, AA.VV., dir. A. Bercovitz Rodríguez-Cano., ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.
- “*Consideraciones generales de la ley 23/2003, de 10 de enero, de garantías de Venta de Bienes de Consumo*”, AAVV: “*Nuevas fórmulas de contractuales y el incremento del endeudamiento familiar*”, coord. J. I. Ruiz Peris, *Estudios de Derecho Judicial*, nº 50, CGPJ, Madrid, 2004.
- GARCIA DE ENTERRIA, E., “*La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*”, Civitas Ediciones, s.l.3ªed. Madrid .1988.
- GARRIDO FALLA, F., “*Introducción general*”, en el modelo económico de la Constitución, Instituto de Estudios Económicos, 1981.
- GARCIA GIL, F. J., “*Suma de la Protección y Defensa de los derechos de los consumidores*”, DAPP, Publicaciones Jurídicas, 2007.

GARCIA PEREZ. R., *“Libre circulación de mercancías y competencia desleal en la Comunidad Europea”*, Marcial Pons, 2005.

— *“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, nº 242, 2006.

— *“Propuesta de Directiva sobre las prácticas comerciales desleales: consideraciones críticas”*, ADI, nº 24, 2003.

— *“Tiempos de cambios para el derecho contra la competencia desleal: la directiva sobre prácticas comerciales desleales”*, ADI, nº 26, 2005-2006.

— *“Nuevo texto de la ley de competencia desleal alemana. Traducción con anotaciones”*, ADI, nº 29, 2008-2009.

GARCIA VIDAL, A., *“¿Es una práctica desleal agresiva hacer que el consumidor tenga que tomar la decisión final ante el mensajero que le entrega el contrato-tipo?”*, artículo CESCO, publicaciones jurídicas, 1 de abril de 2019.

GENOVESE A., *“I decreti legislative sulle pratiche commerciali scorrette”* Cedam, Università degli studi di Verona, Dipartimento di Diritto dell’Economia, 2008.

GHIDINI, G., *“La legittimazione ad agire per concorrenza sleale delle associazini dei consumatori in Germania”*, Riv, dir.ind., 1965.

GOMEZ POMAR, F.-GANUZA FERNANDEZ, J.J., *“Fundamentos económicos de la armonización del Derecho privado europeo”*, Indret, 2-2011.

GOMEZ SEGADE, J.A., *“Comercio Electrónico e Internet”*, Marcial Pons, 2001, Madrid.

GÓMEZ SEGADE, J.A./LEMA DEVESA, C., *“La autodisciplina publicitaria en el Derecho comparado y en el Derecho español”*, ADI

GONZÁLEZ VAQUÉ, L., *“La noción de consumidor en el derecho comunitario del consumo”*, Revista Estudios de Consumo, Madrid, 2005.

GUILLEN CARAMES, J., *“El Estatuto Jurídico del Consumidor”*, Civitas, Madrid, 2002.

- GUERIONI, E., *“Le pratiche commerciali scorrette, fatiispecie e rimedi”*, Giuffrè Editore, Milano, 2010.
- HELLER H., *“Teoría del Estado”*, Editorial Fondo de Cultura Económica de España, Madrid 2011.
- HERNANDEZ RODRIGUEZ, F., *“Precios predatorios y derechos antitrust”*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- HERRERA PETRUS, C., *“Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Union Europea de 19 de septiembre de 2013.”* Actas de derecho industrial y derecho de autor, 2013-2014.
- HOFFMANN, D., *“Publicidad engañosa-Derecho comunitario y reglamentación nacional”*, Estudios de Consumo, 1990, nº 19, Madrid.
- HODGENS, P., *“Consumer protection in the Council of Europe”*, Annuaire Européen, vol. XX, 1972.
- HOWELLS, G./ MICKLITZ, H./ WILHELMSSON, T., *“European Fair Trading law- The fair Commercial Practices Directive”*, Ashagate Publishing Company, 2006.
- HUALDE MANSO, T., *“Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del Derecho de Consumo Europeo”*, Dykinson, Madrid, 2016.
- ILLESCAS ORTIZ, R./ PERALES VISCASILLAS, P., *“El Reglamento opcional en materia de compraventa en el ámbito de la Unión Europea (CESL); crítica a su ámbito de aplicación”*, Derecho de los Negocios, número 265-266, 2012.
- INACARDONA/ PORIBO, *“The average consumer, the unfair commercial practices Directive and the cognitive revolution”*, Journal of Consumer Policy Issue, 2007, vol. 30.
- IPSEN, H. P., *“Anmerkung zu einem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 19.12.1951”*, en DÖV, 1952.

- IZQUIERDO CARRASCO, M., *“La seguridad de los productos industriales: régimen jurídico administrativo y protección de los consumidores.”* Marcial Pons, Madrid, 2010.
- ISAAC, G., *“La acción de la Comunidad Europea para la protección de los intereses económicos y jurídicos del consumidor”*, Revista de Instituciones Europeas, número 3, 1990.
- JOLLS, C./ SUNSTEIN, C./THALER, R., *“A Behavioral approach to law and economic”* Stanford Law Review, vol.50, 1998.
- JURGEN SACKER, F., *“The relationship between competition law and unfair competition law”*, en *Competition Law: European Community practice and Procedure* Editores HIRSCH, G./ MONTAG, F./JURGEN SACKER, F., Sweet & Maxwell, Londres, 2008.
- KOROBKIN, R and ULEN, T; *“Law and Behavioral Sciences: Removing the Racionality Assumption from Law and Economics”*; California Law Review, 2000.
- LANDO, O., /BEALE, H., *“Principles of European Contract Law”*, Kluwer Law International, La Haya, 2000.
- LARROSA AMANTE, M, *“Derecho de consumo. Protección legal del consumidor”*, ed. El Derecho, Madrid, 2011.
- LASARTE ALVAREZ, C., *“Contratos, Principios de Derecho Civil III”*, 13º ed., Marcial Pons, Madrid, 2010.
- *“Manual sobre protección de los consumidores y usuarios”*, Dykinson S.L, 2010.
- LASELLI M., *“Diritto de nuove tecnologie , prontuario giuridico ed informatico”*, Altalex Editore, Milano, 2016.
- LAWSON, R.G., *“Consumer protection in the EEC: the second programme”*, New Law Journal of Comparative Law, núm. 2, 1997.
- LEIBLE, S., *“Vías para la unificación del Derecho Privado Europeo”* ADC, 2006.

LEMA DEVESA, C., “*La publicidad de tono excluyente*”, ed. Montecorvo, Madrid, 1980.

— “*Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores y competidores*”, Bosch, Madrid, 2014.

LIBERTINI, M., “*Il mercato: i modelli di organizzazione*”, en GALGANO (ed): *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*”, III Padova, 1979. En la misma línea LIBERTINI, M., “*La prospettiva giuridica: caratteristica de la normativa antitrust e sistema giuridico italiano*” <http://www.agcm.it/>

LINDE PANIAGUA, E. /MELLADO PRADO, P, “*Iniciación al Derecho de la Unión Europea*”, Colex, Madrid, 2010.

— “*Fundamentos de derecho administrativo, del derecho del poder al derecho de los ciudadanos*”, Colex editorial, 4º ed., Madrid.

MANGAS MARTIN, A., “*Algunos aspectos del derecho derivado en el Tratado de Lisboa: categorización de los actos, indeterminación de actos, bases jurídicas y jerarquía*”, *Revista General de Derecho Europeo*, (18), 2009.

MANGAS MARTIN, A./LIÑAN HOGUERAS, D.J.: “*Instituciones y Derecho de la Unión Europea*”, Mc Graw Hill, 1996.

MARÍN, LÓPEZ, M., “*¿Es consumidor el que adquiere un bien con ánimo de lucro? La doctrina del Tribunal Supremo contenida en la sentencia de 16 de enero de 2017*”, *Revista Cesco*, nº 20/2016.

MARTÍ, J.; “*La publicidad y el derecho-deber de información*”, *Revista de Estudios de Consumo*, 1996.

MARIN LOPEZ, M. J., “*Las garantías en la venta de bienes de consumo en la Unión Europea. La Directiva 1999/44/CEE, y su incorporación en los Estados miembros*”, INC, Madrid, 2004.

— “*Nuevo concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU.*”, *Revista Cesco*, 2014.

- MARTIN GARCIA, M., *“La publicidad, su incidencia en la contratación”*, ed. Dykinson, Madrid, 2002.
- MARTIN GALLEGO, M., *“La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación”*, ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000.
- MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *“Derecho Comunitario y Protección de los Consumidores”*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1990.
- MARTINEZ SANZ, F.: *“Comentario práctico a la LCD”*. Tecnos. Madrid 2009.
- MASSAGUER FUENTES, J., *“El Nuevo Derecho contra la Competencia Desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales”*, ed. Thomson, Aranzadi-Civitas, Madrid, 2006.
- *“Comentario a la Ley de competencia desleal”*, Madrid, 1999.
- *“Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal”*, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 27, 2010.
- MELLADO PRADO, P./LINDE PANIAGUA, E./GOMEZ DE LIAÑO FONSECA, M; *“Instituciones del Derecho Comunitario”*, Colex, 2012.
- MENENDEZ GONZALES, M./ PAREDES PEREZ J.I, *“Los nuevos instrumentos en materia de conciliación, mediación y arbitraje de consumo”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- MENENDEZ MATO, J.C., *“La oferta contractual”*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1998.
- MENENDEZ MENENDEZ, A., *“La competencia desleal”*, Editorial Civitas, Edición 1968, Madrid.
- MICKILITZ, HANS-W *“Il consumatore: mercatizzato, frammentato e costituzionalizzato”*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Giuffrè, Milano, Sept. 2016.
- MICKLITZ, REICH Y WEATHERILL, *“EU Treaty Revision and Consumer Protection”*, Journal of Consumer Policy, vol.27, nº 4, 2004.

- MINERVINI E./ROSSI L., “*Le pratiche commerciali sleali, Direttiva Comunitaria ed ordinamento italiano*”, Casa editrice Giuffrè, S.p.A. Milano, 2007.
- MIRANDA SERRANO, L./VELA TORRES, J./PRIES PICARDO, A., “*Tratado de Derecho Mercantil. La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores*”, Marcial Pons, Madrid 2006.
- MIRANDA SERRANO, L.M., “*Economía colaborativa y competencia desleal, ¿Deslealtad por violación de normas a través de la prestación de servicios facilitados por plataformas digitales?*” Revista de Estudios Europeos, nº 70.
- MONGE GIL, A.L., “*Artículo 28. Prácticas agresivas por coacción*”, en AA.VV., “*Comentarios a la Ley de competencia desleal*”, dir. A. Bercovitz Rodríguez-Cano., ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.
- MONTERO GARCIA-NOBLEJAS, P., “*La deslealtad de las prácticas comerciales agresivas entre competidores*”, ADI 32.
- MONTERO PASCUAL, J.J., “*La regulación de la economía colaborativa Airbnb, BlabaCar, Uber y otras plataformas*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- MONTON GARCIA, L. “*Acciones colectivas y acciones de cesación*”, INC, Madrid, 2004.
- NEWMAN RODRIGUEZ, S., “*Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales: la protección de los consumidores en Europa.*” Dereito Vol. 18, nº2, 2009.
- ORTIZ BAQUERO, I. S., “*La aplicación privada del derecho antitrust y la indemnización de los daños derivados de ilícitos contra la libre competencia*”, Revista e-mercatoria, Volumen 7, número 1. 2008.
- ORTIZ VIDAL, M.D., “*La economía colaborativa en la Unión Europea: un fenómeno tan popular como controvertido*”, en Retos Jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital, directores ALFONSO SANCHEZ, R., VALERO TORRIJOS, J., Thomson- Aranzadi, Navarra, 2016.
- PALAU MORENO, G., “*Los nuevos instrumentos europeos en materia de conciliación, mediación y arbitraje de consumo*”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

- PALAU RAMIREZ, F., “*La proyectada legislación alemana contra la competencia desleal y su valoración a partir de la legislación española*”. Revista Estudios de Consumo, nº 67, 2003.
- PANIAGUA ZURERA, M., “*Movimiento consumerista y movimiento cooperativista*”, Instituto Nacional de Consumo”. Madrid, 1992.
- PARRY MARVEY BRIAN. W., “*The law of consumer protection and fair trading*”, London Butterworths, 1985.
- PASA, B., “*La forma informativa nel Diritto Contrattuale Europeo verso una nozione procedurale di contratto*”, Universidad de Torino, Memorie del Dipartimento de Scienze Giuridiche, Jovene Editore-Napoli, 2008.
- PATTI, S., “*Diritto Privato e Codificazioni Europee*”, Giuffré Editore-Milano 2004.
- PAZOS CASTRO, RICARDO, “*La Protección del consumidor en el transporte aéreo de pasajeros*”, Bosch, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.
- PEREZ BES, F. “*Las buenas prácticas en el marketing legal: publicidad agresiva en el ámbito de la protección de datos.*” Abogacía Española, Consejo General, blog comunicación y marketing, 2018.
- PEREZ CARRILLO, E., “*Proyecto LOPD, Prácticas desleales por agresivas, en el ámbito de la protección de datos*”. [Logs.unileon.es/mercantil/proyecto LOPD- 2-prácticas desleales por agresivas en el ámbito de la protección de datos](https://logs.unileon.es/mercantil/proyecto-LOPD-2-practicas-desleales-por-agresivas-en-el-ambito-de-la-proteccion-de-datos) 2018.
- (coord.), “*Derecho privado, publicidad y libertad de expresión en la Europa de los veinticinco miembros en Estudios de derecho mercantil europeo*”, Madrid-Barcelona, 2005.
- PINO ABAD, M., “*Comentario al artículo 61 y 65. La relevancia negocial de la publicidad comercial*” en la “*Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*” dir. REBOLLO PUIG, IZQUIERDO CARRASCO, M., Iustel, 2011.

- PLAISANT, R., “*L’évolution de l’action en concurrence déloyale*” en Dix ans de droit de l’entreprise, Paris, 1978.
- PORFIRIO CARPIO, L.J., “*La discriminación de consumidores como acto de competencia desleal*”, Marcial Pons, 2002, Madrid.
- POSNER, R., “*The Federal Trade Commission*”, The University of Chicago Law Review, 1969, pp. 47-89 y “*A Federal Trade Commission: A Restrospective*”, Antitrust Law Journal Vol. 72, No. 3 (2005).
- PUSCHMANN, T., and RAINER A., “*Sharing Economy*” Business Economy, 2016.
- RALUCA SEROIE, I., “*Comentario a la STJUE de 7 de septiembre de 2016, asunto C-310/15*”, Revista Cesco de Derecho de Consumo número 19/2016.
- RAMOS FERNANDEZ, F., “*La publicidad contaminada, los consumidores ante la autorregulación publicitaria*”, ed. Universitas, Madrid, 2003.
- REBOLLO PUIG, M., “*Derecho administrativo sancionador*” Justicia Administrativa. Revista de Derecho Administrativo, núm. 28, 2005.
- “*El principio de libre circulación de mercancías*”, Jornadas sobre el derecho administrativo comunitario” (coord., por GOMEZ-REINO Y CARNOTA), 2001.
- REBOLLO PUIG, M/ IZQUIERDO CARRASCO, M., “*Responsabilidad por infracciones administrativas de los interventores en la puesta en el mercado de bienes y servicios a disposición del consumidor y usuario final*”, Revista de Estudios de Consumo, nº 56, Madrid, 2001.
- RUIZ MUÑOZ, M, “*Derecho de la publicidad y la globalización: publicidad transfronteriza, libertad de expresión, derechos aplicables*”. Revista de Estudios de Consumo, nº 79, 2006.
- RUIZ PERIS, J.I., Dir. “*La reforma de la Ley de Competencia Desleal*”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010

- REYES LOPEZ, M. J., “*Derecho de consumo. La protección del consumidor en los contratos de compraventa de viviendas, de arrendamiento, de obras y de financiación*”, ed. General de Derecho, Valencia, 1993.
- ROBLES MARTIN-LABORDA, A., “*Libre competencia y competencia desleal*”, ed. La Ley –Actualidad, Madrid, 2001.
- ROCHET, J.C y TIROLE, J., “*Platform Competition in Two-Sided Market*” en Journal of the European Economic Association, vol 1, num. 4, 2003.
- ROMERO GARCIA-MORA, G., “*Perspectivas para el consumidor ante el Derecho Europeo de contratos*”, INC, Madrid, 2003.
- ROSSELLO C./FINOCCHIARO/TOSI, “*Commercio elettronico*”, G.Giappichelli Editore, Torino, 2007.
- RODRIGUEZ CARO, M. ^a, “*El Ministerio Fiscal en defensa de los consumidores y usuarios. Las preferentes y las cláusulas suelo*”. www.noticias.juridicas.com. 2015.
- RODRIGUEZ MARTINEZ, I., “*El fenómeno de la economía colaborativa; hacia un nuevo modelo industrial necesitado de una regulación específica*”, Revista de Derecho Mercantil, 2017.
- SANCHEZ CALERO GUILARTE, J., “*La venta a pérdida como supuesto de competencia desleal (Comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (sección 2º) de 12 de junio de 1992*”, en Revista General de Derecho nº589-590, 1993.
- SANCHEZ ROGER, M., “*Crowdfunding y la economía de Internet*”, Análisis Financiero, nº 127, 2015.
- SANCHEZ ROSALIA, A., “*Collaborative economy: a new market for the social economy*”, CIRIEC- España; Valencia, nº 88, 2016.
- SAINZ-CANTERO CAPARRÓ, M^a. B S, (2008) “*El desistimiento ad nutum en los consumidores tras la ley 44/2006 y el Texto Refundido 1/2007 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias*”, Actualidad Civil, nº 9, 2008.

- SANTAELLA LOPEZ, M., “*El nuevo derecho de la publicidad*”, ed. Civitas, Madrid, 1989.
- SCHRICKER GERHARD “*La repressione della concorrenza sleale negli Stati membri della Comunità Económica Europea*”, Volumen I Milano Dott. A. Giuffre Editore, 1968.
- SCHULZE, R., “*La nuova forma di diritto contrattuale europeo, Lezioni di diritto internazionale pubblico*”, capitolo I la Societa Internazionale e il Diritto, 2016.
- SENA., “*El futuro del Estado del Bienestar*”, Conferencia pronunciada en el Círculo de Economía de Barcelona publicada en la Factoría, nº 8, febrero 1999.
www.lafactoriaweb.com/articulos/amartya.htm.
- STANZIONE P., MUSIO A., “*La tutela del consumatore*” nel Trattato di diritto privato diretto da Bessone M., G. Giappichelli Editore, Torino 2009.
- STIGLER, G., “*The origin of the Sherman Act*” The Journal of Legal Studies, vol. 14, n 1.
- STUDY GROUP ON AN EUROPEAN CIVIL CODE AND ACQUIS GROUP, “*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*”, Draft Common Frame of Reference, European Law Publisher, 2009
- STUCK, “*The notion of the Empowered and informed consumer policy and how to protect the vulnerable under such a regime*”, The Yearbook of Consumer Law, 2007.
- TATO PLAZA, A. “*La publicidad comparativa*”, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- “*Próximas aproximaciones de la jurisprudencia española a la figura de la publicidad engañosa por omisión*”, Revista General de Derecho nº 625-626.
 - “*Una primera aproximación al régimen jurídico de las prácticas agresivas en la directiva sobre prácticas comerciales desleales con los consumidores*”, 27 Actas de Derecho Industrial (2006-2007).
 - “*Product Placement y publicidad encubierta*”, 22 ADI (2001).
 - “*Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en redes sociales (influencers)*”, Revista de Derecho Mercantil nº 311, 2019.

- TATO PLAZA, A./ FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P./ HERRERA PETRUS, C.,
“*La reforma de la ley de competencia desleal*”, ed. La Ley, Madrid., 2010.
- UBERTAZZI M., “*Comentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*”,
Cedam, 2016.
- ULMER, E., “*Wandlungen un Aufgaben im Wettbewerbsrecht*”, GRUR, 9/1937.
- UNZUÉ ROSSO, “*Publicidad nativa mediante influencers*”, en TATO PLAZA/COSTAS
COMESAÑA/FERNANDEZ CARBALLO CALERO/TORRES PÉREZ, *Nuevas
tendencias en el Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial*, Comares,
Granada, 2017.
- VAZQUEZ RUANO, T., “*Consideraciones de derecho de la competencia en materia de
autorregulación*”, ADI 2016.
- VEGA VEGA, J.A., “*Artículo 32. Acciones*”, en AA.VV., “*Comentarios a la Ley de
competencia desleal*“, dir. A. Bercovitz Rodríguez-Cano., ed. Thomson Reuters,
Cizur Menor, 2011.
- “*Artículo 333. Legitimación activa*”, en AA.VV., “*Comentarios a la Ley de
competencia desleal*“, dir. A. Bercovitz Rodríguez-Cano., ed. Thomson Reuters,
Cizur Menor, 2011.
- “*Artículo 34. Legitimación pasiva*“, en AA.VV., “*Comentarios a la Ley de
competencia desleal*“, dir. A. Bercovitz Rodríguez-Cano., ed. Thomson Reuters,
Cizur Menor, 2011.
- VERGEZ SANCHEZ, M., “*La protección del consumidor en la Ley de Garantías en la
Venta de Bienes de Consumo*”, ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2004.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., “*El delito de stalking*”, en QUINTERO OLIVARES, G
(Director), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Cizur Menor.
- VILLAGOMEZ RODIL, A., “*Competencia Desleal*”, 2º ed., ed. Comares, Granada 2006.
- WEILER, J.H., “*The transformation of Europe*”, The Yale Law Journal, vol.100, 1991.

WENDELL HOLMES, O.JR, “*Privilege, Malice and Intent*”, Harvard Law Review, Vol. 8, nº 1 (Apr. 25, 1894).

WIEACKER, F., “*El principio general de la buena fe*”. (Título original: Zur rechtstheoretische Prazierung des §242 BGB), ed. Civitas, Madrid, 1982.

ZORZI GALGANO, N., “*Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*”, volumen 62 del Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia, a cura di Galdano F., Cedam, Milano 2012.

ZUBIRI DE SALINAS, M., en AA.VV., “*Artículo 29. Prácticas agresivas por acoso*”, dir. A. Bercovitz Rodríguez-Cano., ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

— “*Artículo 30. Prácticas agresivas en relación con los menores*”, dir. A. Bercovitz Rodríguez-Cano., ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

ZURILLA CARIÑANA, M^a, “*Alcance y límites de la armonización del derecho de desistimiento en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.*”2009.