

# LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR FRENTE A PRÁCTICAS AGRESIVAS POR ACOSO TELEFÓNICO

**JOSÉ IGNACIO ESQUIVIAS JARAMILLO**

*Fiscal de consumidores y usuarios  
de la Fiscalía Provincial de Madrid*

## **Extracto:**

El legislador, consciente de la existencia de una publicidad agresiva por acoso telefónico que, en muchos casos, deja indefenso al consumidor, ha decidido regular y exigir del empresario o profesional que prevea un sistema técnico de constancia de la oposición del particular, potencial consumidor, como también ha delimitado jurídicamente las acciones legales, previas por conciliación o posteriores mediante el ejercicio de las acciones de cesación, contra dichas prácticas abusivas por acoso telefónico.

El legislador, sensibilizado por esta práctica molesta, transponiendo la normativa comunitaria, ha buscado 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 mejora de la protección de los consumidores y usuarios, modificar la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, dotándola de un contenido nuevo y actualizado, incorporando, especialmente, la normativa comunitaria sobre derechos de los consumidores. El nuevo artículo 29 de la norma considera práctica desleal por acoso, o práctica agresiva por acoso, «realizar propuestas no deseadas y reiteradas por teléfono». El precepto exige al empresario o profesional (Movistar, Orange, Vodafone, etc.) que utilice, en estas comunicaciones, «sistemas que le permitan al consumidor dejar constancia de su oposición a seguir recibiendo propuestas comerciales de dicho empresario».

**Palabras clave:** consumidores y usuarios, compañías telefónicas, prácticas agresivas, acoso telefónico.

# THE PROTECTION OF THE CONSUMER OPPOSITE TO AGGRESSIVE PRACTICES FOR TELEPHONIC HARASSMENT

**JOSÉ IGNACIO ESQUIVIAS JARAMILLO**  
*Fiscal de consumidores y usuarios  
de la Fiscalía Provincial de Madrid*

## **Abstract:**

**T**HE legislator, conscious of the existence of an aggressive advertising for telephonic harassment that, in many cases, makes the consumer defenseless, has decided to regulate and to demand of the businessman or professional, that it foresees a technical system of witness of the opposition of the particular, potential consumer, since also it has delimited juridically the legal previous actions for conciliation or later by means of the exercise of the actions of cessation against the above mentioned improper practices for telephonic harassment.

The legislator sensitized by this troublesome practice, transposing the community regulation, has sought with the Law 29/2009, of December 30, by that there is modified the legal regime of the disloyal competition and of the advertising for improvement of the protection of the consumers and users, to modify the Law 3/1991, of January 10, of Disloyal Competition, providing it with a new and updated content, incorporating, specially the community regulation on rights of the consumers. The new article 29 of the norm considers disloyal practice for harassment, or aggressive practice for harassment, «to realize offers not wished and repeated by telephone». The rule demands from the businessman or professional (Movistar, Orange, Vodafone, etc.) that it uses, in these communications, «systems that allow the consumer to leave witness of his opposition to continuing receiving commercial offers of the above mentioned businessman».

**Keywords:** consumers and users, telephonic companies, aggressive practices, telephonic harassment.

# Sumario

1. Introducción.
2. Consideraciones jurídicas de las prácticas comerciales por acoso telefónico.
  - 2.1. Legitimación activa.
    - 2.1.1. Ministerio Fiscal.
    - 2.1.2. Las asociaciones de usuarios y consumidores.
    - 2.1.3. Legitimación del Instituto Nacional de Consumo y demás organismos o entidades de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales.
3. Naturaleza de la acción que se puede ejercitar y de los intereses difusos que se entienden perjudicados.
  - 3.1. Respecto del interés difuso.
  - 3.2. Respecto de la acción de cesación.
4. Consumidor medio o tipo.
5. Práctica desleal agresiva por acoso telefónico.
6. La diligencia y buena fe profesional.
7. Libre elección del producto.
8. Falta de garantías.
9. Sobre la prueba y la conveniencia de acudir a soluciones extrajudiciales de conciliación (los códigos de conducta).

## 1. INTRODUCCIÓN

La protección del consumidor es ya una obsesión legislativa, existiendo en la actualidad múltiples normas internas e internacionales que regulan la materia. La Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para mejora de la protección de los consumidores y usuarios, es una pequeña muestra legal en este sentido. Modifica la Ley 3/1991, de Competencia Desleal, dotándola de un contenido nuevo y actualizado, mediante el sistema de transposición legal de la normativa comunitaria, especialmente de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo. Esta directiva, si bien debe entenderse derogada por la reciente 2011/83/UE, de 25 de octubre (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 se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo), al no ser efectiva dicha derogación hasta el 13 de junio de 2014 y venir referida a la contratación a distancia o fuera de los establecimientos mercantiles, no impide seguir considerándola como una referencia que ilustre el presente trabajo, independientemente de la actualización legislativa que se realice por aplicación de lo establecido en el artículo 28 de la Directiva 2011/83/UE. Porque la actual Ley de Competencia Desleal es una consecuencia, entre otras muchas leyes, de la Directiva 2005/29/CE y porque, como indica la nueva, en su artículo 28:

«Los Estados miembros adoptarán y publicarán, a más tardar el 13 de diciembre de 2013, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente directiva.»

No se entiende el artículo 29 de la Ley de Competencia Desleal, en lo relativo a las prácticas agresivas por acoso telefónico, sin la Directiva 2005/29/CE. La Ley de Competencia Desleal forma parte de nuestro ordenamiento interno en tanto no se modifique, y la nueva Directiva 2011/83/UE no afecta a la regulación legal española del artículo 29 sobre las prácticas agresivas por acoso telefónico. La fijación de normas estándar para los aspectos comunes de los contratos a distancia «celebrados con operadores de telecomunicaciones, a través de teléfonos públicos», es el objeto principal de la norma comunitaria, mientras que el artículo 29 protege al consumidor en un estadio anterior (la oferta agresiva telefónica) a la contratación efectiva.

Cuando se realizan propuestas no deseadas y reiteradas por teléfono, el empresario o profesional (Movistar, Orange, Vodafone, etc.) debe utilizar «sistemas que le permitan al consumidor dejar

constancia de su oposición». La oposición del consumidor debe constar (o el deseo de este a no seguir recibiendo propuestas o llamadas de este tipo), y esa constancia representa la garantía del consumidor a los efectos de la prueba futura. El consumidor, que se opone en la llamada a seguir recibiendo estas propuestas comerciales por acoso telefónico, puede confiar en un «sistema que le permita dejar constancia de su oposición» (art. 29.2, párrafo segundo). La ley lo exige y la empresa no siempre lo cumple, o si cumple, el particular carecerá del documento que le sirva de prueba, porque no se le remite (por fax, por correo electrónico, por carta, etc.) nada acreditativo de su voluntad renuente.

La buena fe y la diligencia significan aceptar no solo una práctica comercial conforme a la ética de la conducta, sino, a falta de esta, que el consumidor pueda acreditar su oposición porque existe un mecanismo técnico previo habilitado por la empresa que registra su disconformidad. La mala fe supone, no obstante existir el sistema técnico habilitado y la oposición, la imposibilidad para el consumidor de obtener esa prueba, si antes no tiene la garantía de que recibirá las comunicaciones advertidas. Las empresas completarán su correcto proceder comercial si garantizan que el sistema permite la prueba al consumidor que acredite su oposición.

Realizar el conveniente control del grado de cumplimiento de la normativa que protege los derechos de los consumidores y usuarios, en su versión específica de prácticas desleales por agresión, supone controlar el grado de diligencia o buena fe de las empresas, como circunstancia expresamente prevista en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (art. 4.1, parágrafo 2.º). Un control que se centra en la buena fe y en la diligencia del empresario para con el consumidor, habilitado el sistema técnico al efecto y, además, en la garantía (aun cuando no se deduzca expresamente del precepto –art. 29–, sí, tácitamente, del mismo) de que, en la misma llamada en la que se le hace el ofrecimiento comercial, si se opone el consumidor, pueda obtener fácilmente la prueba, bien por el escrito, bien oralmente, bien mediante la recepción de un correo electrónico remitido al consumidor.

En estas prácticas comerciales por acoso telefónico, el consumidor no ha pedido ser llamado por teléfono. Sin embargo, lo cierto es que tal «abuso» tiene lugar sin su anuencia. No sería adecuado, para la cesación de tal práctica, que sea el consumidor quien tome la iniciativa de pedir que termine. «La carga de la molestia» (vamos a llamarla así), que bien puede consistir en el inicio de un periplo de escritos, faxes, o puesta en marcha del sistema habilitado por la empresa, o de solicitud de información, etc., con el fin de evitar la reiteración de llamadas indeseadas o de ejercitar sus derechos ante los tribunales de justicia (tutela judicial efectiva), no puede recaer en el consumidor, a quien, incluso, pudiendo estar limitado en sus facultades (edad, capacidad, formación, etc.), le va a resultar imposible o difícil poner en marcha el mecanismo de cesación. Es la empresa (Movistar, Vodafone, Orange, etc.) quien debe facilitar esa documentación, sin molestia alguna para el consumidor.

La normativa actual entiende por consumidor toda persona, de una inteligencia media, razonablemente informada y seria (requisitos también mencionados por la jurisprudencia), que por su edad (mayor o menor de edad) o falta de capacidad, pudiera ser más o menos vulnerable. Esa vulnerabilidad del consumidor afecta a la libre elección del producto. Ante una reiteración indeseada de

la oferta comercial, por el acoso de llamadas telefónicas, la decisión final puede no ser la consecuencia lógica de una reflexión sosegada y correcta.

Es importante demostrar judicialmente el acoso, pudiendo ser difícil esta tarea ante los tribunales de justicia. La pretensión procesal, canalizada mediante el ejercicio de una acción procesal, conlleva necesariamente probarlo. Y esa prueba puede no tener otro camino que el de persuadir al juzgador de la veracidad de lo alegado por el consumidor, que es tanto como aceptar la percepción subjetiva que el usuario pueda tener del acoso sufrido. La nueva Directiva 2011/83/UE, en su artículo 2, al definir lo que debe entenderse por «soporte duradero», dice:

«Todo instrumento que permita al consumidor o al comerciante almacenar información que se le transmita personalmente de forma que en el futuro pueda recuperarla fácilmente durante un periodo de tiempo acorde con los fines de dicha información y que permita la reproducción de la información almacenada sin cambios.»

Si el contrato se celebra a través de una técnica de comunicación a distancia, el comerciante debe facilitar un soporte específico. Soportes específicos o duraderos que suponen medios a disposición del consumidor; medios de prueba –no las consideraciones subjetivas del consumidor– que se armonizan con lo dispuesto en el artículo 13 de la Directiva 2002/58/CE, de 12 de julio, relativa «al tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas» y que permitirán, tras el ejercicio de la acción procesal, contar con elementos objetivos de valoración por el juzgador.

El artículo 13 precitado dice:

«No obstante..., cuando una persona física o jurídica obtenga de sus clientes la dirección de correo electrónico, en el contexto de la venta de un producto o de un servicio (...), esa misma persona física o jurídica podrá utilizar dichas señas electrónicas para la venta directa de sus propios productos o servicios de características similares, a condición de que se ofrezca con absoluta claridad a los clientes, sin cargo alguno y de manera sencilla, la posibilidad de oponerse a dicha utilización de las señas electrónicas en el momento en que se recojan las mismas y, en caso de que el cliente no haya rechazado inicialmente su utilización, cada vez que reciban un mensaje ulterior. Este artículo sigue la línea de poder probar o facilitar el ejercicio de la pretensión procesal, amparado en sistemas que permitan obtener documentos acreditativos de la oposición del consumidor.»

Finalmente, diremos que existen mecanismos previos a la vía judicial de control, mecanismos de autorregulación, establecidos en la normativa específica al efecto. Son los importantes sistemas extrajudiciales de control y los órganos de control, aconsejados por la normativa al efecto y las recomendaciones del Consejo de Europa. Son los órganos de control de los códigos de conducta. La existencia de códigos deontológicos de autorregulación de las empresas de telecomunicaciones entre sí importa especialmente, pues significa aceptar un sistema extrajudicial, siempre conveniente si resuelve el conflicto o evita su planteamiento en el futuro.

## 2. CONSIDERACIONES JURÍDICAS DE LAS PRÁCTICAS COMERCIALES POR ACOSO TELEFÓNICO

### 2.1. Legitimación activa

#### 2.1.1. Ministerio Fiscal

Entendiendo que los intereses que se defienden son difusos o colectivos, pues muchas personas pueden verse afectadas por el acoso telefónico, la protección de sus derechos viene encomendada al Ministerio Fiscal, el cual estará legitimado activamente, no en defensa del consumidor individual, sino de esa totalidad potencial de personas. El fiscal puede interponer la demanda, pidiendo (si se dedujera la conveniencia del ejercicio de la acción procesal) la cesación de la práctica comercial por acoso agresivo mediante la reiteración de llamadas indeseadas al teléfono, así como la declaración de dicha práctica como desleal y por tanto ilícita. Con la prohibición expresa de que, en lo sucesivo, se siga utilizando ese sistema comercial, en tanto no ofrezca garantías al consumidor de que, tras su oposición, en la misma llamada, le queda constancia al consumidor, mediante la recepción de cualquier notificación o soporte documental que le pueda servir de prueba [arts. 11.4 Ley de Enjuiciamiento Civil, 1/2000; 33.4 Ley de Competencia Desleal, 3/1991, de 10 de enero; 54.3 b) RDLeg. 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. También se deduce esta legitimación de lo dispuesto en la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2010]. Este tipo de demandas que protegen los intereses colectivos y difusos se sustanciarán según los trámites del juicio verbal (art. 250.1.12.º Ley 1/2000).

La acción que ejercita es una acción de prohibición de futuro (art. 32 Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal), o una acción para una obligación de no hacer. Es decir, que no se haga en el futuro lo que se declara prohibido, o que deje de hacer lo que se demuestra ilegal en el presente. Como dice literalmente la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2007:

«(...) la acción de cesación (...) persigue un doble efecto: el de la condena judicial a cesar en el comportamiento lesivo y el de la prohibición judicial de reiteración futura de ese comportamiento (...).»

#### 2.1.2. Las asociaciones de usuarios y consumidores

La misma legitimación activa que se predica del fiscal, debe ser admitida respecto de las asociaciones de consumidores y usuarios. Así se deduce de los artículos 11.1 de la Ley 1/2000, 54.1 b) del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, y 33.2 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

La intervención de las asociaciones en asuntos de esta naturaleza es importante, al representar a colectivos muy numerosos de personas. La protección que dispensan es conspicua, pues la dirección técnica de este tipo de asuntos requiere especialización en una materia de cierta complejidad.

La legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios no ha estado exenta de polémica doctrinal, dando lugar a copiosa jurisprudencia sobre qué tipo de asociaciones son las competentes para la interposición de la demanda de cesación, lo que supone, en consecuencia, un análisis de su legitimación.

Entre las muchas sentencias que tratan este tema, por su significación, menciono la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.<sup>a</sup>, de 3 de noviembre de 2006: «... de la regulación que establecen los artículos 7, 8 y 11 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, y de forma muy especial de lo establecido en el artículo 11.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, la legitimación *ex lege* de dichas asociaciones se atribuye con relación a los intereses generales de los consumidores». Los requisitos que han de cumplir para su legitimación se deducen de lo establecido en el artículo 37 del Real Decreto Legislativo 1/2007:

«Las asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito supraautonómico, legalmente constituidas e inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios tendrán derecho, en los términos que legal o reglamentariamente se determinen, a: representar, como asociación de consumidores y usuarios, a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la asociación o de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios.»

(Otras, en el mismo sentido: SSTS, Sala 1.<sup>a</sup>, de 4 de noviembre de 2010 y de 12 de diciembre de 2008. SAP de Barcelona, Secc. 15.<sup>a</sup>, 334/2008, de 22 de septiembre, SAP de Madrid, Secc. 11.<sup>a</sup>, de 21 de febrero de 2006, etc.).

La legitimación activa de las asociaciones se encuentra expresamente regulada en el artículo 54 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios:

«Frente a las conductas contrarias a lo dispuesto en la presente norma en materia de cláusulas abusivas, contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, venta a distancia, garantías en la venta de productos y viajes combinados, estarán legitimadas para ejercitar la acción de cesación:

Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en esta norma o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores y usuarios.»

En el artículo 16.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, en la redacción dada a estos por la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, señala que las acciones previstas podrán ser ejercitadas por:

«Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores.»

Y en el artículo 33.3 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal:

«Ostentan legitimación activa para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32.1, 1 a 4, en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios:

- b) Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores y usuarios.»

### *2.1.3. Legitimación del Instituto Nacional de Consumo y demás organismos o entidades de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales*

La misma lógica jurídica anterior ha de aplicarse al Instituto Nacional de Consumo (INC) y al resto de organismos competentes de las Administraciones autonómicas o locales. Esta legitimación se deduce de los siguientes artículos: 33.3 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal (específico en la materia):

«Ostentan legitimación activa para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32.1, 1 a 4, en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios:

El 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.»

Un INC, con competencias a nivel nacional, defiende mejor y más homogéneamente los intereses de los consumidores y usuarios, evitándose así que la dispersión de órganos y de normativa pueda dilatar la puesta en marcha de los mecanismos procesales de actuación.

Y el 54.1 a) del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, de análoga significación:

«El 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.»

Si leemos, asimismo, los artículos precitados, obtendremos la competencia de las comunidades autónomas y entes locales, a través de sus organismos de consumo.

### 3. NATURALEZA DE LA ACCIÓN QUE SE PUEDE EJERCITAR Y DE LOS INTERESES DIFUSOS QUE SE ENTIENDEN PERJUDICADOS

En este tipo de asuntos comerciales se perjudica tanto a una persona como a una multitud. Pero es evidente que la práctica comercial consiste en llamar a un número indefinido de personas (abonados, consumidores), que se contarán por miles o millones. Cada particular puede actuar en defensa de sus intereses a título individual, en cuyo caso no hay problemas de definición. Pero cuando se protege el interés general colectivo, entonces surgen los problemas de identificación del interés colectivo o difuso, determinado o indeterminado.

#### 3.1. Respeto del interés difuso

Como dice la Circular 2/2010 de la Fiscalía General del Estado:

«Cuando los perjudicados por un hecho dañoso 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.»

El interés difuso viene, en consecuencia, deducido de la indeterminación y de la pluralidad de personas potencialmente perjudicadas o susceptibles de verse perjudicadas por estas prácticas comerciales desleales (piénsese en los millones de titulares de líneas telefónicas que sufren tales prácticas). También vienen definidos por el hecho de poder contratar o no, accidentalmente, productos comerciales, un conjunto de personas entre las que no existe vínculo jurídico común (a diferencia, por ejemplo, de la contratación de un viaje combinado, donde existe un colectivo de personas con un vínculo jurídico común, siendo el interés colectivo, no difuso, porque los sujetos contratantes del viaje están perfectamente determinados).

Los intereses generales colectivos y difusos son los más propiamente referidos a los consumidores y la dificultad de su apreciación «está más relacionada con cuestiones temporales en la producción del daño. Pensemos en procesos de corte anglosajón en el ámbito de responsabilidad objetiva en el que el perjuicio surge en un periodo dilatado en el tiempo (caso de tabacaleras, vertidos tóxicos, etc.) o existe cierta incertidumbre sobre su manifestación en algunos individuos» (doña M.<sup>a</sup> Jesús Ariza Colmenarejo).

Desde una perspectiva judicial, los pronunciamientos de los juzgados y tribunales de justicia pretenden delimitar la naturaleza jurídica de las acciones de cesación por interés difuso. Destaquemos las siguientes sentencias:

SAP de Madrid de 21 de febrero de 2006.

«En definitiva, la actora está legitimada activamente para defender en juicio, por ser representativa, los derechos e intereses de sus asociados y los difusos de la pluralidad indeterminada de consumidores o usuarios que pueden verse perjudicados con la cláusula del redondeo al alza, inserta en los préstamos hipotecarios, ex artículo 16.1 y 3 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación en relación con el artículo 20.1 y 3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

SAP de Baleares de 17 de marzo de 2003.

«El tercer tipo de acciones es el que mayores problemas plantea al regular la defensa de los intereses generales. Tales intereses suelen denominarse colectivos o difusos, siendo estos últimos los que propiamente se refieren a los consumidores, pues son considerados difusos los que surgen de una situación accidental o genérica como puede ser el hecho de consumir determinados productos o haber contratado con una determinada empresa o grupos de empresas, frente a los intereses colectivos que son los comunes a un grupo o colectividad de personas entre los que existe un vínculo jurídico común.»

### 3.2. Respecto de la acción de cesación

Ilustrados por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.<sup>a</sup>, 401/2010, de 1 de julio, rec. 1762/2006, Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos, diré que la naturaleza de la acción de cesación es eminentemente material, independientemente de que se ejercite en un proceso para que sea eficaz:

«(...) Por el contrario, la acción de cesación atribuye a los legitimados para su ejercicio un derecho sustantivo: la facultad de control abstracto de conductas de empresarios o profesionales contrarias a la ley que lesionen intereses colectivos o intereses difusos de los consumidores y usuarios.»

«(...) La exposición de motivos de la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, diferencia entre los aspectos procesales, tributarios de la reforma de la LEC, y los materiales, determinantes de reformas de la legislación sustantiva.»

«Existe un ámbito sustantivo en el que la Directiva 98/27/CE obliga a introducir la acción colectiva de cesación que no ha sido contemplado plenamente en la presente ley (...). La modificación que la presente ley instrumenta en la de Enjuiciamiento Civil, establece ya el marco procesal adecuado para que, una vez introducidas las acciones de cesación en la legislación sustantiva reguladora del ámbito referenciado, dicho instrumento de defensa de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios pueda ser efectivamente utilizado (...). En el capítulo II se modifica la legislación sustantiva

relacionada con los ámbitos concretos en los cuales se pretende dispensar una adecuada protección tanto de los intereses colectivos como difusos de los consumidores y usuarios mediante el instrumento de la acción colectiva de cesación... De otro lado, la acción de cesación que pasan a recoger diversas leyes sustantivas persigue un doble efecto: el de la condena judicial a cesar en el comportamiento lesivo y el de la prohibición judicial de reiteración futura de ese comportamiento (...).»

«(...) la naturaleza "material" de las acciones de cesación debe ser afirmada, pues no desaparece por el hecho de que el proceso sea necesario para su eficacia.»

#### 4. CONSUMIDOR MEDIO O TIPO

Si el consumidor es objeto de protección contra el abuso de las prácticas comerciales, saber qué es un consumidor, inspirados por la norma legal y la interpretación de la jurisprudencial, es esencial. El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en su exposición de motivos dice: «El concepto de consumidor y usuario se adapta a la terminología comunitaria, pero respeta las peculiaridades de nuestro ordenamiento jurídico en relación con las personas jurídicas». No se está definiendo qué debe entenderse por consumidor, pero sí nos proporciona una idea aproximada de la armonización entre la «terminología comunitaria» y el consumidor español persona jurídica, porque todo consumidor, persona jurídica o persona física, tiene connotaciones nacionales y comunitarias que deben ser respetadas. Las normativas, si son de mínimos, implantan una idea modelo con respeto a las singularidades del país de aplicación.

Buscando una definición legal, diremos que el consumidor y usuario es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional (arts. 3 RDLeg. 1/2007, de 16 de noviembre, y 2 de la Directiva 2011/83/UE). Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa ni indirectamente, a procesos de producción, comercialización o prestación a terceros.

De la definición precedente tan solo se colige una idea de consumidor en el mercado que contrata, pero no cuáles son las condiciones medias intelectuales de ese consumidor, las cualidades que se presumen debe tener (culturales, de edad, etc.) a la hora de intervenir en ese mercado, comprando, consumiendo esos productos que incorpora a su patrimonio y no a procesos de producción. Si sabemos que el consumidor puede ser una persona jurídica o física que actúa en el ámbito de las relaciones de consumo privadas, al margen de todo proceso de producción, pero no podemos deducir las verdaderas capacidades o cualidades del consumidor a quien se le ofrece agresivamente un producto.

Nos estamos refiriendo a la necesidad de elaborar un concepto jurídico y subjetivo del «consumidor medio y capaz», con incidencia legal, doctrinal y jurisprudencial. Habrá que ir confeccionando una idea de consumidor especialmente vulnerable a las prácticas comerciales telefónicas, por

su edad, su capacidad, su fácil credulidad, etc. Si el empresario conoce las debilidades del consumidor, distorsiona el mercado con sus ofertas, pues prevé el comportamiento que tendrá el consumidor, y esto debe ser objeto de especial protección porque afecta a la buena fe comercial.

Las ideas que se deducen sobre el consumidor medio, típico, atento, perspicaz y razonablemente informado, están plasmadas en la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo, del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a prácticas comerciales desleales (en su nota 18 y en el art. 5.3) y son válidas independientemente de que esa directiva se vea afectada por la 2011/83/UE. Sus ideas nos ilustran convenientemente acerca de lo que debe entenderse por consumidor a todos los efectos. La directiva nos remite también a la actividad de los tribunales para su interpretación. Se nos dice, por tanto, qué se entiende por consumidor medio y cuál es la reacción del mismo ante el acoso comercial (lo que la directiva denomina «reacción típica»): «La referencia del consumidor medio no es una referencia estadística. Los tribunales y autoridades nacionales deben aplicar su propio criterio, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para determinar la reacción típica del consumidor medio en un caso concreto».

«Es importante que todos los consumidores estén protegidos de las prácticas comerciales desleales; sin embargo, el Tribunal de Justicia ha considerado necesario, al fallar sobre casos relacionados con la publicidad desde la entrada en vigor de la Directiva 84/450/CEE, estudiar los efectos de dichas prácticas en la figura teórica del consumidor típico. Atendiendo al principio de proporcionalidad, la presente directiva, con objeto de permitir la aplicación efectiva de las disposiciones de protección que contiene, toma como referencia al consumidor medio, que, según la interpretación que ha hecho de este concepto el Tribunal de Justicia, está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos, pero incluye además disposiciones encaminadas a impedir la explotación de consumidores cuyas características los hacen especialmente vulnerables a las prácticas comerciales desleales. Cuando una práctica comercial se dirija específicamente a un grupo concreto de consumidores, como los niños, es conveniente que el efecto de la práctica comercial se evalúe desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo. Por consiguiente, es adecuado incluir en la lista de prácticas que se consideran desleales en cualquier circunstancia una disposición por la cual, sin prohibir totalmente la publicidad dirigida a los niños, los proteja frente a exhortaciones directas a comprar».

En el mismo sentido se pronuncia el artículo 4.2.3 de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, que modifica la Ley de Competencia Desleal, mediante la simple transposición de la directiva anterior (art. 5.3 Directiva 2005/29/CE). Obsérvese que se incide en el concepto de consumidor medio. Tiene importancia para la valoración la fácil credulidad del consumidor destinatario de la práctica comercial, la edad (mayor o menor edad), la discapacidad; etc. La norma es sensible a la idea de un consumidor, no necesariamente perspicaz o formado, que entiende y sabe y, por consiguiente, tras la reflexión oportuna elige. La norma procura la protección del consumidor más débil, quien recibe (en nuestro caso) una propaganda comercial por acoso que afecta a su libre elección:

«Para la valoración de las conductas cuyos destinatarios sean consumidores, se tendrá en cuenta al consumidor medio.

Las prácticas comerciales que, dirigidas a los consumidores o usuarios en general, sean susceptibles de distorsionar de forma significativa el mercado, en el sentido de que el empresario o profesional pueda prever razonablemente el comportamiento económico de un grupo claramente identificable de consumidores o usuarios (especialmente vulnerables a tales prácticas o al bien o servicio al que se refieran, por presentar una discapacidad, por tener afectada su capacidad de comprensión o por su edad o su credulidad), se evaluarán desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo. (art 4.2.3 Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal).»

Desde una perspectiva jurisprudencial, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sala 1.<sup>a</sup>, de 14 de enero de 2010, menciona literalmente el contenido del artículo 5.3 de la Directiva Comunitaria 2005/29/CE (entiéndase el actual art. 4.3 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal). Es muy interesante el comentario de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23 de abril de 2009:

«Además, el artículo 5, apartado 4, de la directiva define dos categorías precisas de prácticas comerciales desleales, a saber, las "prácticas engañosas" y las "prácticas agresivas", que responden a los criterios especificados en los artículos 6 y 7, por un lado, y 8 y 9, por otro, de dicha directiva. En virtud de dichas disposiciones, estas prácticas están prohibidas cuando, teniendo en cuenta sus características y su contexto fáctico, inducen o pueden inducir al consumidor medio a adoptar una decisión comercial que de otro modo no habría adoptado.»

## 5. PRÁCTICA DESLEAL AGRESIVA POR ACOSO TELEFÓNICO

Nuestras referencias tienen que ser necesariamente la norma y la jurisprudencia. Así se comprenderá mejor la idea de práctica desleal, bien por «engaño», bien por «agresión»; y, dentro de esta última categoría, «por acoso telefónico».

Esta parte es muy importante, porque nos indica cuándo la práctica comercial es desleal por agresiva y, por tanto, por acoso (o por engaño, si fuera el caso). Si el acoso está expresamente contemplado en el anexo I de la Directiva 2005/29/CE, no será preciso el examen pormenorizado de los supuestos contemplados en los artículos 5 al 9 de la directiva, o 4 y siguientes de la Ley de Competencia Desleal, que sirven para determinar si la práctica comercial es desleal por «acoso» o «engaño». Son acosos tasados, descritos en el anexo de la directiva. (Si se lee el anexo I, en su núm. 26 se hace referencia expresa a realizar proposiciones «no solicitadas y persistentes por teléfono». Si leemos el art. 29.2 Ley 3/1991, de 10 de enero, se comprenderá que la norma española ha contemplado, mediante el sistema de transposición, exactamente lo mismo que el anexo I, en su punto 26). Porque los supuestos tasados evitan un examen pormenorizado de las distintas circunstancias concurrentes en la oferta: la naturaleza del servicio, el momento o lugar, el lenguaje que se utilice, la persistencia o reiteración, etc., permitiendo definir el acoso como desleal «en cualquier circunstancia», por el mero hecho de recibir proposiciones no solicitadas y persistentes por teléfono. Lo impor-

tante radica en que, según la práctica comercial que se considere desleal, puede ser o no necesario el examen pormenorizado de cada caso en concreto. En el supuesto que estamos contemplando, al tratarse de un acoso telefónico comercial, al figurar descrita la práctica desleal de acoso telefónico en la directiva comunitaria, esta está expresamente contemplada en el anexo y no requiere, por tanto, un examen pormenorizado de las circunstancias concurrentes. Sucede, además, que nuestra normativa interna ha incluido el acoso telefónico en el artículo 29, mediante la extrapolación de su homónima en el anexo I de la Directiva 2005/29/CE. En consecuencia, su apreciación está tasada ahora en dicho artículo.

Asimismo, el artículo 5, apartado 4, de la directiva define dos categorías precisas de prácticas comerciales desleales, a saber, las «prácticas engañosas» y las «prácticas agresivas», que responden respectivamente a los criterios especificados en los artículos 6 y 7, por un lado, y 8 y 9, por otro, de la directiva. Lo mismo se deduce de la redacción de los preceptos de la Ley 3/1991, de 10 de enero, a partir del 19.

La jurisprudencia europea se ha pronunciado sobre estos particulares:

«Por último, la directiva establece, en su anexo I, una lista exhaustiva de 31 prácticas comerciales que, con arreglo al artículo 5, apartado 5, de esta directiva, se consideran desleales "en cualquier circunstancia". En consecuencia, como precisa expresamente el decimoséptimo considerando de la directiva, se trata de las únicas prácticas comerciales que pueden considerarse desleales sin necesidad de un examen pormenorizado de que se dan en cada caso concreto los supuestos contemplados en los artículos 5 a 9 de la directiva» (SSTJCE, Pleno, de 9 de noviembre y 14 de enero de 2010).

El artículo 29 (precitado) de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, entiende por acoso telefónico «realizar propuestas no deseadas por teléfono (...). El empresario o profesional deberá utilizar en estas comunicaciones sistemas que le permitan al consumidor dejar constancia de su oposición a seguir recibiendo propuestas comerciales de dicho empresario o profesional.» La directiva comunitaria contiene en su artículo 9 la referencia a «(...) su persistencia». El anexo I, dentro del concepto «prácticas comerciales que se consideran desleales en cualquier circunstancia», en el número 26 dice: realizar proposiciones no solicitadas y persistentes por teléfono». Por transposición de la normativa comunitaria, el artículo 8.2 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, para determinar si la conducta es agresiva por acoso, dice: «(...) el momento y el lugar en el que se produce, su naturaleza y persistencia»; y el artículo 29.2 de la misma ley: «propuestas no deseadas y reiteradas».

Es evidente que el acoso telefónico, por sí mismo, no sirve para concluir automáticamente en que toda conducta de esta naturaleza contraviene la norma sobre competencia desleal, pues la norma permite la reiteración de llamadas si lo permite el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Por consiguiente, habrá de probarse la relación o incidencia del acoso en la capacidad de elección o en el comportamiento económico del consumidor, cuando la propuesta no se desee y se reitere; no por su automatismo. Y además habrá de controlarse el grado de garantías del sistema empleado por el empresario, que le permitan (al consumidor) tener constancia de su oposición a seguir recibiendo propuestas comerciales.

## 6. LA DILIGENCIA Y BUENA FE PROFESIONAL

Es predicable del caso concreto de acoso telefónico la «buena fe profesional», tal y como la reclama la norma y la entiende la jurisprudencia. La diligencia o buena fe deben ser entendidas dentro del marco de las relaciones entre el consumidor y el empresario. El artículo 4 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, contempla una idea de mala práctica comercial: «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 esta 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 (en el mismo sentido el art. 97.2 RD 1/2007).

La jurisprudencia de las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, entre otras, Sala 1.<sup>a</sup>, de 23 de abril de 2009 o 14 de enero de 2010, Pleno, de 9 de noviembre de 2010, hacen constantes referencias a la diligencia profesional y a la buena fe.

Para la valoración de las conductas como desleales, desde la perspectiva de la diligencia o buena fe profesional, la norma obliga a tomar como referencia al consumidor medio. El artículo 4.3 de la Ley 3/1991 incide especialmente en la posibilidad razonable de que el empresario prevea «el comportamiento económico de un grupo claramente identificable de consumidores, especialmente vulnerable «por su edad, fácil credulidad, discapacidad». Es como si el legislador comunitario (e interno español) hubiera querido proteger al consumidor medio de unas prácticas comerciales que, por sus características, quiebran la normal voluntad del consumidor destinatario, según la naturaleza y circunstancias del mismo.

## 7. LIBRE ELECCIÓN DEL PRODUCTO

Esas prácticas son desleales también porque en ellas, bien lo sean por la mala fe, bien por la reiteración, bien por la fácil credulidad del destinatario, el acoso afecta a la libre elección o conducta del destinatario consumidor, quien puede contratar el servicio telefónico que se le ofrece, perdida ya su normal capacidad de elección.

## 8. FALTA DE GARANTÍAS

Para probar el acoso, importa acreditar que el usuario recibió o no las llamadas, pues la reiteración es esencial; como también destacar la falta de garantías del usuario para probarlo: el consu-

midor no podría hacer uso de sus derechos ante los tribunales de justicia porque carecería de prueba alguna. Además, el consumidor no ha pedido ser informado de ofertas telefónicas. No solicitó nada. Son las compañías de telecomunicaciones quienes toman la iniciativa de llamarlo. El anexo I de la directiva comunitaria (ya aludido más atrás) dice literalmente:

«Realizar proposiciones no solicitadas y persistentes». Y el artículo 29 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal, aunque solo transpone la expresión «no deseadas y reiteradas», omitiendo «no solicitadas.»

No olvidemos que la posición de poder de estas compañías es considerada legalmente como una «influencia indebida o un acoso» (art. 8 Ley de Competencia Desleal), y que se tiene en cuenta, para la valoración de esa influencia o acoso: «el momento y lugar en que se produce, su naturaleza, su persistencia». Es influencia indebida la posición de poder que tiene la empresa en relación con el destinatario de la práctica «para ejercer presión» (art. 8.1 Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal). Lo cual se traduce, desde la perspectiva de la prueba, en una interpretación favorable al consumidor derivada del principio «pro consumitore», habida cuenta el desequilibrio existente entre el comerciante o empresario y el consumidor particular.

La regulación de la Directiva de la Unión Europea 97/7/CE, de 20 de mayo, en materia de contratación a distancia (afectada por la Directiva 2011/83/UE, a partir del 13 de junio de 2014), protege al consumidor mediante la necesaria recepción escrita de la oferta comercial, lo cual supone una garantía. Si esa prevención la justifica la exposición de motivos de la directiva, en base a la indefensión que generan las nuevas tecnologías electrónicas, es lógico que se exija la misma prudencia, derivada de la buena fe comercial, en el soporte documental que sea (correo, fax, etc.), para que ese mismo consumidor pueda probar su oposición. Es decir, se trata de reafirmar las garantías para el consumidor, no solo en la documentación del producto que se ofrece por teléfono, sino en la documentación escrita o por cualquier otro medio parecido, en la oposición del consumidor a seguir recibiendo llamadas. Veamos:

### *Contratación a distancia*

Si toda la normativa española y comunitaria está impregnada de protección al consumidor mediante la constatación escrita de la oferta, ¿por qué no puede entenderse aplicable esta forma de comunicación como un medio hábil de prueba para el consumidor que se opone (incluido el escrito)?

«Nota 13 de la Directiva 97/7/CE: "(...) la información difundida por determinadas tecnologías electrónicas tiene a menudo un carácter efímero en la medida en que no se recibe sobre un soporte duradero; que resulta necesario que se hagan llegar al consumidor, por escrito y con la debida antelación, los datos necesarios para la correcta ejecución del contrato". Esto es importante, pues si se defiende al consumidor a distancia en las ofertas telefónicas que se realizan mediante las nuevas tecnologías, obligando la directiva a remitir por escrito la información precisa, el

artículo 5, referente a la confirmación escrita de la información, señala que: 1. El consumidor deberá recibir confirmación por escrito o mediante cualquier otro soporte duradero a su disposición de la información mencionada en las letras a) a f) del apartado 1 del artículo 4, a su debido tiempo durante la ejecución del contrato y, a más tardar, en el momento de la entrega cuando se trate de bienes, a menos que se haya facilitado ya la información al consumidor antes de la celebración del contrato, bien sea por escrito o sobre cualquier otro soporte duradero disponible que sea accesible para él.

Por su parte, el artículo 10 (restricciones de la utilización de determinadas técnicas de comunicación a distancia) establece que:

1. La utilización por un proveedor de las técnicas que se enumeran a continuación necesitará el consentimiento previo del consumidor: sistema automatizado de llamada sin intervención humana (llamadas automáticas), fax (telecopia).
2. Los Estados miembros velarán por que las técnicas de comunicación a distancia distintas de las mencionadas en el apartado 1, cuando permitan una comunicación individual, solo puedan utilizarse a falta de oposición manifiesta del consumidor» (Directiva 97/7/CE, de 20 de mayo de 1997).

Y si en lugar de tomar como referencia la Directiva 97/7/CE, que en el futuro será derogada por la Directiva 2011/83/UE, observaremos que en esta viene a exigirse el mismo tipo de garantías en el artículo 8.4:

«Si el contrato se celebra a través de una técnica de comunicación a distancia en el que el espacio o el tiempo para facilitar la información son limitados, el comerciante facilitará en ese soporte específico, antes de la celebración de dicho contrato, como mínimo la información precontractual (...).»

La Directiva 2011/83/UE prevé, al hilo de lo indicado sobre el consentimiento previo (art. 27), que el consumidor quede eximido de la obligación de entregar contraprestación en el caso de suministro no solicitado de bienes. En dicho caso, la falta de respuesta del consumidor a dicho suministro o prestación no es considerada consentimiento. Se trata de un recurso de protección del consumidor frente a la propuesta comercial no solicitada de los operadores de teléfonos públicos «para la utilización de esos teléfonos, o celebrados para el establecimiento de una única conexión de teléfono, internet, fax por el consumidor [art. 3, punto 3, letra m) y considerando 60].

Por lo que se refiere al consentimiento previo en las comunicaciones basadas en sistemas automatizados de telecomunicación, la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de datos personales y a la protección a la intimidad en el sector de las telecomunicaciones electrónicas, regula las comunicaciones no solicitadas, ofreciendo un elevado nivel de protección del consumidor.

Fijémonos ahora en lo que dice el Real Decreto Legislativo 1/2007 (Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) sobre las comunicaciones comerciales:

«Artículo 96. *Comunicaciones comerciales.*

1. En todas las comunicaciones comerciales deberá constar inequívocamente su carácter comercial.
2. En el caso de comunicaciones telefónicas, deberá precisarse explícita y claramente, al principio de cualquier conversación con el consumidor y usuario, la identidad del empresario y la finalidad comercial de la llamada.
3. La utilización por parte del empresario de las técnicas de comunicación que consistan en un sistema automatizado de llamada sin intervención humana o el telefax necesitará el consentimiento expreso previo del consumidor y usuario.»

De ahí se infiere la relación entre esto y lo que dispone el artículo 97.2 del Real Decreto Legislativo 1/2007, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios:

«La información contenida en el apartado anterior, cuya finalidad comercial debe ser indudable, deberá facilitarse al consumidor y usuario de modo claro e inequívoco, mediante cualquier técnica adecuada al medio de comunicación a distancia utilizado, y deberá respetar, en particular, el principio de buena fe en las transacciones comerciales, así como los principios de protección de quienes sean incapaces de contratar.»

Creo que la transcripción de la normativa indicada permite colegir que el consumidor, aparte de estar perfectamente informado, debe tener las garantías que le permitan probar su oposición a la oferta comercial, a la reiteración de las llamadas telefónicas comerciales; en definitiva, defenderse ante el acoso comercial. Garantías (escritas o por fax, por correo, etc.) que luego le servirán de prueba ante los tribunales de justicia, si el consumidor, perjudicado en sus derechos, quiere ejercitar acciones legales contra las compañías mercantiles de telecomunicaciones.

## **9. SOBRE LA PRUEBA Y LA CONVENIENCIA DE ACUDIR A SOLUCIONES EXTRAJUDICIALES DE CONCILIACIÓN (LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA)**

Si las garantías sirven para la prueba, la relación entre las llamadas persistentes y la libre elección final del producto, si han afectado al consumidor medio, induciéndolo a error o alterando su normal comportamiento económico, nos sirve para anular el negocio jurídico por considerar la práctica comercial agresiva y desleal (art. 8.1 Ley 3/1991). Esto es importante, porque se trata de persuadir al juez de la incidencia de la agresión publicitaria en la voluntad del consumidor.

¿Es fácil probar la existencia de llamadas comerciales? ¿Sería fácil, asimismo, acreditar la falta de garantías para el consumidor del sistema técnico habilitado por las compañías, donde se debería hacer constar la oposición manifestada del consumidor a seguir recibiendo llamadas comerciales? ¿La libre elección de un producto, como consecuencia de la reflexión madura y ponderada, pudiera verse afectada por una práctica comercial inadecuada, debido a la falta de diligencia profesional del empresario? Sucede que el acoso comercial es una práctica desleal por agresiva y dicho acoso el objeto principal de una acción legal de cesación, por virtud de la cual se declararía ilícita y se pedirá al juez su cesación futura por falta de garantías al consumidor, en el sentido de que le quede constancia de su oposición, mediante una comunicación escrita, un correo electrónico, un mensaje al móvil, etc.

La prueba puede ser un interrogante, porque, o bien las compañías aportan el listado de llamadas a usuarios de fijos y móviles, en las que conste la oposición, con delimitación de las llamadas precedentes a dicha oposición y las sucesivas posteriores, en las que el consumidor-usuario ha pedido que no se le moleste más (lo cual significaría aceptar y confiar en la buena fe del empresario, respecto del sistema técnico habilitado para que quede constancia de la oposición, para la entrega de esa relación sustancial para la causa); o bien habrá que citar a juicio a consumidores tipo para que declaren ante el juez el grado de molestia que para ellos representa la reiteración de llamadas y el grado de afectación de su voluntad o comportamiento directo o indirecto en la elección del producto ofrecido.

Es difícil separar la prueba del acoso de la incidencia del mismo en la libre elección del producto. La dificultad de la prueba se traduce en que, aun no contratándose nada mediante la modalidad de contratación a distancia (pues la ley no lo exige), el sistema de telemarketing, siendo a veces impropio y molesto, probablemente también resulte difícil de valorar como extremadamente impropio y molesto. La relación entre el sistema técnico utilizado y la elección del producto, para que pueda ser considerado abusivo y desleal, debe llevarse hasta el extremo de la molestia, con las connotaciones establecidas en la legislación mercantil, habida cuenta la perspectiva jurídica que actualmente no existe. Pues el acoso telefónico es un concepto jurídico indeterminado y no hay (según creo) referencias jurisprudenciales al efecto, próximas y delimitadoras de este concepto. A veces, la percepción subjetiva del usuario no se corresponde con la valoración objetiva y normativa que ha de hacerse por parte del juzgador, tras la aplicación de la ley al caso.

Compréndase, asimismo, que, en este tipo de procedimientos judiciales a que daría lugar la interposición de una demanda, la acción a ejercitar sería exclusivamente de cesación: una acción de petición de futuro de no hacer. En esta situación procesal hay que llamar a los consumidores a juicio para que declaren respecto del nivel de acoso que ellos entienden haber soportado.

Previamente a la acción judicial y a la nueva molestia que pudiera tener que soportar el consumidor al entrar en la dinámica de los trámites procesales-judiciales, existe el mecanismo más aconsejable de la autorregulación extrajudicial, expresamente establecido en la Ley de Competencia Desleal, con el sistema de acciones previas en reclamación del cumplimiento del código de conducta (art. 37 y ss. Ley 3/1991, de 10 de enero), por virtud de las cuales, o bien se autorregu-

lan los contenidos publicitarios, o se establecen los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos o reclamaciones. Un camino previo a agotar la vía judicial. La normativa interna y la comunitaria aconsejan esta fase previa de conciliación, sin perjuicio de que cada afectado elija lo que estime conveniente. La fase previa puede ser la opción a seguir por el consumidor individual o por el colectivo.

Respecto de la conciliación previa o los códigos de conductas, la exposición de motivos de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, extensiva a la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (art. 34 y ss.), menciona expresamente las Recomendaciones 98/257/CE y 2001/310/CE, sobre soluciones extrajudiciales de los conflictos, arbitrando 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», contenida en las recomendaciones precitadas. A título de ejemplo menciono uno de los párrafos de la Recomendación 98/257/CE:

«Considerando que la experiencia adquirida por varios Estados miembros demuestra que, a condición de que se garantice el respeto de algunos principios esenciales, los mecanismos alternativos de solución no judicial de los litigios en materia de consumo pueden garantizar buenos resultados, tanto para los consumidores como para las empresas, reduciendo el coste y la duración de la solución de los litigios en materia de consumo.»

Parece evidente que, bien cuando se regule con carácter imperativo, bien potestativo, acudir a los mecanismos de autorregulación extrajudicial es lo aconsejado por la Comisión de las Comunidades Europeas. Asimismo, la Recomendación 2001/310/CE se expresa de la siguiente manera en esta materia:

«Para garantizar el nivel de protección de los consumidores y promover su confianza, la Comunidad debe garantizarles un acceso a la justicia sencillo y eficaz, y promover y facilitar la solución de litigios en materia de consumo en el marco de procedimientos previos.»

O bien:

«El Consejo, en su Resolución de 25 de mayo de 2000, relativa a una red comunitaria de órganos nacionales responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo, resalta que los órganos extrajudiciales que escapan al ámbito de la Recomendación 98/257/CE desempeñan un papel útil para el consumidor e invita a la Comisión a que desarrolle, en estrecha cooperación con los Estados miembros, criterios comunes para la valoración de los órganos extrajudiciales, que deberán garantizar, entre otras cosas, la calidad, equidad y eficacia de dichos órganos. En particular, invita a los Estados miembros a que valoren estos órganos o procedimientos extrajudiciales de acuerdo con estos criterios para incluirlos en la red a la que se hace referencia en el documento de trabajo de la Comisión sobre la creación de una red extrajudicial europea.»

Parece evidente que, sin la renuncia a las acciones judiciales pertinentes, la filosofía de la normativa comunitaria pretende agotar los mecanismos de autorregulación extrajudicial. Esta opinión encuentra su amparo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que ha tenido ocasión de pronunciarse incluso a favor de la tentativa de conciliación extrajudicial cuando la impone la normativa interna del Estado como requisito previo a la acción judicial (STJCE de 18 de marzo de 2010, Sala 4.<sup>a</sup>):

«El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas resuelve las cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del principio de tutela judicial efectiva en relación con una normativa nacional que establece una tentativa de conciliación extrajudicial obligatoria como requisito de admisibilidad de las acciones judiciales en determinados litigios entre proveedores y usuarios finales incluidos en el ámbito de aplicación de la directiva relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, a propósito de supuestos incumplimientos de los contratos celebrados entre las partes del procedimiento principal, que tenían por objeto la prestación de servicios telefónicos a las demandantes en dicho procedimiento por uno u otro de los demandados en el mismo, proveedor de los citados servicios. La Sala declara que el artículo 34 de la directiva en cuestión debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro en virtud de la cual los litigios en materia de servicios de derechos conferidos por dicha directiva deben ser objeto de una tentativa de conciliación extrajudicial obligatoria como requisito de admisibilidad de las acciones judiciales; los principios de equivalencia y de efectividad y el principio de tutela judicial efectiva tampoco se oponen a una normativa nacional que impone, para tales litigios, la tramitación previa de un procedimiento de conciliación extrajudicial cuando dicho procedimiento no conduce a una decisión vinculante para las partes, no implica un retraso sustancial a efectos de la interposición de un recurso judicial, interrumpe la prescripción de los correspondientes derechos, y no ocasiona gastos u ocasiona gastos escasamente significativos para las partes, y siempre y cuando la vía electrónica no constituya el único medio de acceder a ese procedimiento de conciliación y sea posible adoptar medidas provisionales en aquellos supuestos excepcionales en que la urgencia de la situación lo exija.»

Dicho lo anterior, se comprenderá que la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, haya incorporado a su normativa la regulación de los códigos de conducta y de los órganos independientes de control de autorregulación extrajudicial en los artículos 37 y siguientes de la Ley 3/1991 («fomento de los códigos de conducta»). A su vez, el artículo 39 precisamente se rubrica: «Acciones previas frente a empresarios y profesionales adheridos a códigos de conducta».

En esta misma línea de argumentación de la normativa legal, bien la que incide directamente en la materia, bien otra que indirectamente es asimilable en cuanto participa de la misma idea conciliadora previa en temas de consumo, el artículo 13 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación aconseja someter dictamen de conciliación, previamente a las acciones colectivas de cesación. Es verdad que viene referida a la materia de condiciones generales de contratación, pero no parece sino deducirse de esta norma el mismo espíritu de previa conciliación.

También la exposición de motivos de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, incide en la necesidad de los «códigos de conducta» y la autorregulación que sirvan para mejorar las prácticas comerciales:

«(...) el establecimiento de un marco de buenas prácticas comerciales deberá producir un mejor comportamiento de todos los agentes del sector, cuyos efectos redundarán en un mejor funcionamiento de la competencia. Estos efectos se consiguen mediante la creación de un marco legal de mínimos, que podrá completarse con los códigos de conducta, que libremente surjan en el sector para su autorregulación.»

En conclusión: lo normal es que las compañías elaboren códigos deontológicos de conducta, cuyas cláusulas pretendan autorregular sus comportamientos comerciales, para corregir los efectos negativos causados por la manera en que se realizan las prácticas de televenta, porque pueden incomodar al consumidor y generar mala imagen y pérdida de confianza en el sector de las telecomunicaciones.

¿Qué indica legalmente la existencia de estos códigos de conducta? Simplemente, tras la lectura de la normativa ya aludida, que la autorregulación busca aumentar el nivel de protección del consumidor y la previa conciliación extrajudicial (art. 31 y ss. Ley 3/1991, de 10 de enero, y otros concordantes). Si el código deontológico prevé «mecanismos de verificación y control internos» de las medidas acordadas, debe colegirse la vía previa de control del grado de cumplimiento del referido código deontológico en prácticas de televenta, a través de los órganos de control existentes. Se buscará la vía previa a la judicial a través del sistema de autorregulación establecido por las propias mercantiles. El consumidor pospondrá o tendrá la tutela judicial efectiva que proporciona la intervención de los tribunales de justicia, si el método definido en los códigos no ampara sus conductas dentro de una necesaria ética comercial que evite el acoso telefónico. Pero ese particular que busca la protección, difícilmente podrá instar de la persona jurídica el cumplimiento de los mecanismos de autorregulación o conciliación.

Finalizamos con la exposición de la normativa de la Ley de Competencia Desleal que regula el sistema de autorregulación previo a la vía judicial. La norma, al tiempo que prevé esos códigos de conducta, regula los órganos de control de esos códigos y el ejercicio de acciones previas a la vía judicial, mediante las demandas de cesación. Veamos. Según dispone el artículo 37, «Fomento de los códigos de conducta»:

«Las corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales y de consumidores podrán elaborar, para que sean asumidos voluntariamente por los empresarios o profesionales, códigos de conducta relativos a las prácticas comerciales con los consumidores, con el fin de elevar el nivel de protección de los consumidores y garantizando en su elaboración la participación de las organizaciones de consumidores»

El artículo 39, referido a las «Acciones previas frente a empresarios y profesionales adheridos a códigos de conducta», dice:

«Cuando la acción se fundamente en las causas previstas en el artículo 5.2 (códigos de conducta), se instará, con carácter previo al ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32.1, 2 y 4, ante el órgano de control del código de conducta, la cesación o rectificación del acto o la práctica comercial de quienes de forma pública estén adheridos al mismo, así como el compromiso de abstenerse de realizar el acto o la práctica desleal cuando estos todavía no se hayan producido.»

Y el artículo 5 de la ley, relativo a los actos de engaño, que vincula al empresario al código de conducta:

«Cuando el empresario o profesional indique en una práctica comercial que está vinculado a un código de conducta, el incumplimiento de los compromisos asumidos en dicho código, se considera desleal, siempre que el compromiso sea firme y pueda ser verificado, y, en su contexto fáctico, esta conducta sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de sus destinatarios.»