



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
presentadas el 30 de enero de 2019¹

Asunto C-628/17

**Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
con intervención de:
Orange Polska S.A.**

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Najwyższy (Tribunal Supremo, Polonia)]

«Cuestión prejudicial — Protección de los consumidores — Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores — Directiva 2005/29/CE — Noción de práctica comercial agresiva — Modalidad de conclusión a distancia de contratos para el suministro de servicios de telecomunicaciones — Obligación de los consumidores de tomar una decisión comercial final en presencia del mensajero que le entrega el modelo de contrato»

1. Una nueva cuestión prejudicial ofrece al Tribunal de Justicia la ocasión de desarrollar su doctrina acerca de la protección de los consumidores, esta vez en el ámbito de la Directiva 2005/29/CE,² sobre cuya aplicación se ha dictado recientemente la sentencia *Wind Tre y Vodafone Italia*.³

2. En línea con la jurisprudencia establecida en esa sentencia, ha de resolverse ahora si constituye una práctica comercial agresiva (en todo caso o únicamente en determinadas circunstancias) el modelo de contratación a distancia aplicado en Polonia por una empresa de telecomunicaciones, con arreglo al que el consumidor ha de tomar la decisión definitiva sobre una transacción en presencia del mensajero que le entrega el contrato-tipo, de cuyo contenido ha podido informarse previamente por internet o por teléfono.

I. Marco normativo

A. Derecho de la Unión. Directiva 2005/29

3. A tenor de los considerandos séptimo, décimo sexto y décimo séptimo:

«(7) [...] Al aplicar la presente Directiva, y en particular las cláusulas generales, deberían tenerse plenamente en cuenta las circunstancias de cada caso.»

[...]

¹ Lengua original: español.

² Directiva 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.º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (DO 2005, L 149, p. 22).

³ Sentencia de 13 de septiembre de 2018 (C-54/17 y C-55/17, EU:C:2018:710).

- (16) Las disposiciones sobre las prácticas comerciales agresivas deben abarcar aquellas prácticas que mermen de forma significativa la libertad de elección del consumidor. Se trata de las prácticas que utilizan el acoso, la coacción, incluido el uso de la fuerza física, y la influencia indebida.
- (17) Para incrementar la seguridad jurídica, es importante que estén identificadas aquellas prácticas comerciales que se consideran desleales en cualquier circunstancia. Ese tipo de prácticas se enumeran exhaustivamente en la lista del anexo I. Se trata exclusivamente de las 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. La lista solo puede modificarse mediante una revisión de la presente Directiva.»

4. El artículo 2 define:

«[...]

- 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 este tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado;

[...]

- j) “influencia indebida”: utilización de una posición de poder en relación con el consumidor para ejercer presión, incluso sin usar fuerza física ni amenazar con su uso, de una forma que limite de manera significativa la capacidad del consumidor de tomar una decisión con el debido conocimiento de causa;
- k) “decisión sobre una transacción”: toda decisión por la que un consumidor opta por comprar o no un producto y resuelve de qué manera y en qué condiciones efectúa la compra, si realiza un pago íntegro o parcial, si conserva un producto o se deshace de él y si ejerce un derecho contractual en relación con dicho producto, tanto si el consumidor opta por actuar como por abstenerse de actuar;

[...]»

5. El artículo 5 («Prohibición de las prácticas comerciales desleales») prescribe:

«1. Se prohibirán las prácticas comerciales desleales.

2. Una práctica comercial será desleal si:

- a) es contraria a los requisitos de la diligencia profesional,

y

- b) distorsiona o puede distorsionar de manera sustancial, con respecto al producto de que se trate, el comportamiento económico del consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica, o del miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores.

3. Las prácticas comerciales que puedan distorsionar de manera sustancial, en un sentido que el comerciante pueda 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 credulidad, 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 pretenda una interpretación literal.

4. En particular, serán desleales las prácticas comerciales que:

a) sean engañosas según lo establecido en los artículos 6 y 7,

o

b) sean agresivas según lo establecido en los artículos 8 y 9.

5. En el anexo I figura una lista de las prácticas comerciales que se considerarán desleales en cualquier circunstancia. La misma lista única se aplicará en todos los Estados miembros y solo podrá modificarse mediante una revisión de la presente Directiva.»

6. El artículo 8 («Prácticas comerciales agresivas») dispone:

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

7. El artículo 9 («Utilización del acoso, la coacción y la influencia indebida») indica:

«Para determinar si una práctica comercial hace uso del acoso, la coacción, con inclusión del uso de la fuerza, o la influencia indebida se tendrán en cuenta:

a) el momento y el lugar en que se produce, su naturaleza o su persistencia;

b) el empleo de un lenguaje o un comportamiento amenazador o insultante;

c) la explotación por parte del comerciante de cualquier infortunio o circunstancia específicos lo suficientemente graves como para mermar la capacidad de discernimiento del consumidor, de los que el comerciante tenga conocimiento, para influir en la decisión del consumidor con respecto al producto;

d) cualesquiera obstáculos no contractuales onerosos o desproporcionados impuestos por el comerciante cuando un consumidor desee ejercitar derechos previstos en el contrato, incluidos el derecho de poner fin al contrato o el de cambiar de producto o de comerciante;

e) la amenaza de ejercer cualquier acción que, legalmente, no pueda ejercerse.»

B. Derecho nacional. Ley de 23 de agosto de 2007, relativa a la lucha contra las prácticas de mercado desleales⁴

8. Con arreglo a su artículo 8, apartado 1, se catalogará como agresiva toda práctica comercial que merme o pueda mermar de forma sustancial, por medio de influencia indebida, la libertad de elección o de conducta del consumidor medio con respecto al producto y, por consiguiente, le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre un contrato que de otra forma no hubiera tomado.

9. De acuerdo con el apartado 2 del mismo artículo 8, se entiende por influencia indebida todo tipo de utilización de una posición de poder frente a un consumidor, en especial, la aplicación o amenaza de violencia física o psíquica de una manera que limite significativamente la capacidad de un consumidor medio de tomar una decisión informada con respecto a un contrato.

II. Hechos

10. Según el auto de reenvío, Orange Polska celebra contratos de servicios de telecomunicaciones a través de una tienda virtual o por teléfono (telecompra), de acuerdo con un procedimiento cuyas fases son:

- 1) visita del consumidor a una página *web* y familiarización con la oferta de la empresa. Mediante un enlace se puede acceder a los contratos-tipo ofrecidos por la compañía;
- 2) elección de un producto o de un contrato;
- 3) realización de un pedido. En este instante no se prevé que el consumidor declare conocer el contrato tipo ofrecido;
- 4) confirmación del pedido;
- 5) ejecución del pedido recurriendo a servicios de mensajería. El mensajero entrega al consumidor un borrador del contrato (si se trataba de un nuevo servicio o un nuevo cliente) o una cláusula adicional (si se trataba de un cliente actual), junto con todos los anexos, las condiciones de contratación, las listas de precios y otros documentos, que pasan a formar parte del contrato tras la firma;
- 6) celebración del contrato y, en su caso, entrega de la mercancía. Al firmar el contrato o la cláusula adicional, el consumidor declara que ha tomado conocimiento de todos los documentos entregados y que acepta su contenido. La firma ha de realizarse durante la visita del mensajero. De no ser así, el contrato no se perfecciona y el consumidor debe acudir a un punto de venta físico o hacer un nuevo pedido en la página *web* o a través del canal de compra por teléfono; y
- 7) activación del contrato.

11. Por resolución de 30 de diciembre de 2010, la Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Oficina polaca de defensa de la competencia y de los consumidores) declaró que la práctica descrita vulnera los intereses colectivos de los consumidores, en cuanto limita su autonomía al conminarles a decidir sobre la firma del contrato en presencia del mensajero, sin poder conocer su contenido con libertad.

⁴ Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej de 2007, n.º 171, pos. 1206, con modificaciones posteriores.

12. La resolución administrativa fue anulada, el 27 de octubre de 2014, por el Sąd Okręgowy w Warszawie (Tribunal de distrito de Varsovia, Polonia). El Sąd Apelacyjny w Warszawie (Tribunal de apelación de Varsovia, Polonia) confirmó, en sentencia de 4 de marzo de 2017, la de primera instancia.

13. Contra la sentencia dictada en apelación, el Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Presidente de la Oficina de defensa de la competencia y de los consumidores) interpuso recurso de casación ante el Sąd Najwyższy (Tribunal Supremo, Polonia), que ha resuelto plantear una cuestión prejudicial.

III. Cuestión prejudicial

14. El órgano judicial de reenvío afirma que «tiende a compartir el punto de vista de los jueces de ambas instancias», pero que alberga ciertas dudas interpretativas sobre la calificación de las conductas controvertidas en el litigio.

15. En su opinión, no existe una práctica comercial agresiva si el empresario no ha ejercido presión sobre el consumidor, sino que únicamente espera de él que tome la decisión definitiva sobre un contrato cuya conclusión ha aceptado provisionalmente, al dar su consentimiento en la fase de pedido del servicio, tras haber accedido a los documentos que contienen las condiciones de prestación de los servicios de telecomunicación.

16. Para el tribunal de remisión,

1. El modelo de contratación controvertido no implica una merma de la autonomía de decisión del consumidor, pues en la fase del pedido en la página *web* del empresario, o durante una conversación telefónica con un asesor, aquel adopta ya una decisión de principio (si bien provisional y no vinculante).
2. La libertad del consumidor para emitir o para negarse a la correspondiente declaración de voluntades no se ve mermada tampoco durante la visita del mensajero, en cuyo transcurso el consumidor ha de ratificar su decisión mediante la firma del contrato o rechazar su conclusión.
3. La condición de que el consumidor «[tenga] que tomar una decisión sobre una transacción que de otra forma no hubiera tomado» se cumpliría si el proveedor enviara al consumidor, por medio de un mensajero, un contrato o unos contratos-tipo con unas condiciones diferentes de las que el consumidor ha declarado previamente conocer. Solo en esta tesitura concurriría la presión resultante de la presencia de un mensajero en espera de una decisión rápida que, de otra manera, el consumidor no habría adoptado, ya que acordó con el empresario unos términos del contrato distintos a los que finalmente se le presentan.

17. Por último, el tribunal de remisión afirma que, atendidas las condiciones del artículo 9 de la Directiva 2005/29, y en ausencia de amenazas físicas o verbales, la visita del mensajero en el lugar y la hora convenidos con el consumidor no constituye una práctica que, por sí misma, pueda calificarse de agresiva.

18. Por estas razones, el Sąd Najwyższy (Tribunal Supremo) elevó al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial, depositada el 8 de noviembre de 2017:

«¿Se han de interpretar el artículo 8 en relación con el artículo 9 y el artículo 2, letra j), de la Directiva 2005/29 [...], en el sentido de que la aplicación de un modelo de celebración de contratos a distancia relativos a una prestación de servicios de telecomunicaciones, en que un consumidor ha de tomar la decisión definitiva sobre una transacción en presencia del mensajero que entrega el contrato-tipo [Condiciones generales de contratación] se ha de considerar una práctica comercial agresiva debido a influencia indebida:

- a) siempre, si el consumidor durante la visita del mensajero no puede tomar conocimiento con libertad del contenido del contrato tipo;
- b) solo cuando el consumidor no haya recibido con antelación y de manera individualizada (por ejemplo, en su dirección de correo electrónico o domicilio) todos los contratos-tipo, aunque sí hubiera tenido la posibilidad de consultar su contenido por sí mismo en la página de internet de la empresa antes de la visita del mensajero;
- c) solo cuando existan otros indicios de que dicho empresario o terceros por encargo suyo han llevado a cabo actos desleales con el fin de menoscabar la autonomía de decisión del consumidor respecto a la decisión comercial que ha de tomar?»

IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia y alegaciones de las partes

19. Han depositado observaciones escritas Orange Polska, el Gobierno polaco y la Comisión, quienes asimismo han comparecido en la vista celebrada el 28 de noviembre de 2018.

20. Orange Polska sostiene que un sistema de conclusión de contratos a distancia, en el que el consumidor toma su decisión basándose en los documentos puestos a su disposición en internet y que se completa en el momento de la llegada del mensajero, no puede calificarse de práctica comercial agresiva. A su juicio, la «influencia indebida» ha de entenderse como una influencia deliberada del profesional sobre el consumidor para inducirle a tomar, mediante métodos ilegales o contradictorios, decisiones comerciales que de otro modo este no asumiría.

21. Para el Gobierno polaco, al igual que para la Comisión, dado el tenor de la lista incluida en el anexo I de la Directiva 2005/29, la conducta enjuiciada no podría implicar una práctica comercial desleal (agresiva) en cualquier circunstancia, sino que habrá de estarse a los hechos particulares de cada caso, valorados en su conjunto, cuya apreciación compete a la jurisdicción nacional.

22. Corresponde al Tribunal de Justicia, según el Gobierno polaco y la Comisión, facilitar elementos de interpretación al tribunal de reenvío, teniendo en cuenta los artículos 2, letra j), 8 y 9 de la Directiva 2005/29. Con arreglo a estos, el concepto de «influencia indebida» utilizado por la Directiva no habría de circunscribirse al de «influencia ilícita», que es la expresión «poco feliz» adoptada en la versión polaca.

23. Opina el Gobierno polaco que lo determinante es saber si, antes de la visita del mensajero, el consumidor ha podido acceder a los documentos relativos al contrato con entera libertad y conocimiento de causa. La posibilidad del desistimiento ulterior sería irrelevante para apreciar la existencia de una práctica comercial agresiva.

24. La Comisión admite que la necesidad de firmar un contrato en presencia de un mensajero puede conllevar una cierta presión sobre el consumidor. Esa posibilidad no bastaría, sin embargo, para concluir que se trata sistemáticamente de una conducta comercial agresiva, pues, para que tenga lugar, es preciso que concurren factores capaces de condicionar indebidamente la decisión del consumidor.

25. Factores de esa naturaleza serían los mencionados por el tribunal de reenvío en los apartados b) y c) de su pregunta prejudicial, si bien ninguno de ellos entrañaría, por sí solo, la constatación de comportamientos comerciales agresivos, debiendo examinarse la eventual incidencia de la práctica debatida sobre la decisión del consumidor.

26. Para la Comisión, la venta por internet y por teléfono requieren análisis separados, a efectos de determinar quién es en cada caso el consumidor medio y de ponderar si se ha ejercido una influencia indebida. En fin, habría que cuestionarse si la simple decisión de solicitar la visita de un mensajero con vistas a firmar el contrato puede suponer una «decisión comercial» en el sentido de la Directiva 2005/29.

V. Análisis

A. Consideraciones preliminares

27. El tribunal de remisión pregunta, en sustancia, si la práctica comercial que describe en su auto puede calificarse de agresiva, por «influencia indebida», en el sentido del artículo 8, en relación con el artículo 9 y el artículo 2, letra j), de la Directiva 2005/29.

28. En concreto, el órgano judicial *a quo* quiere saber si ese sistema de contratación a distancia constituye: a) una práctica comercial agresiva en todo caso; o b) únicamente cuando concorra alguna de estas dos circunstancias:

1. sea que el consumidor «no ha recibido con antelación y de manera individualizada todos los contratos-tipo, aunque haya tenido la posibilidad de consultar su contenido por sí mismo en la página de internet de la empresa antes de la visita del mensajero»;
2. sea que existan otros indicios de que el profesional, por sí o por medio de terceros, ha realizado «actos desleales con el propósito de menoscabar la autonomía de decisión del consumidor respecto a la decisión comercial que ha de tomar».

29. La duda se suscita en los términos que acabo de exponer, si nos atenemos al tenor literal de la pregunta. Hago esta salvedad porque las versiones lingüísticas del texto no son homogéneas, específicamente, en la traducción de la letra a) de su enunciado.

30. La versión española de esa letra a) recoge: «siempre, *si* el consumidor durante la visita del mensajero no puede tomar conocimiento con libertad del contenido del contrato tipo». ⁵ En esa línea, la traducción italiana reza: «sempre, *qualora* il consumatore, al momento della visita del corriere, non possa consultare liberamente il contenuto dei modelli contrattuali». ⁶ En la versión alemana se lee:

⁵ Cursiva añadida.

⁶ Cursiva añadida.

«immer, *wenn* der Verbraucher beim Besuch des Kuriers den Inhalt der Vertragsmuster nicht ungehindert zur Kenntnis nehmen kann». ⁷ En la versión portuguesa aparece: «*sempre que* o consumidor não possa, por ocasião da visita do mensageiro, tomar livremente conhecimento do conteúdo do modelo do contrato». ⁸

31. De acuerdo con estas versiones lingüísticas, no se estaría preguntando si el modelo de contratación litigioso resulta una práctica comercial agresiva en todo caso, es decir, «siempre» sin más, sino solo «cuando» se da una circunstancia concreta: que el consumidor no puede conocer con libertad el contenido del contrato. Al igual que en las letras b) y c) de la cuestión prejudicial, el tribunal de reenvío interrogaría en relación a una circunstancia precisa.

32. Sin embargo, en la versión francesa de la cuestión prejudicial se indica: «*toujours, parce que*, durant la visite du livreur, le consommateur ne peut pas prendre connaissance librement du contenu des modèles [de contrat] qui lui sont remis». ⁹ Esta traducción parece ser la que mejor se ajusta al original polaco, en el que la letra a) de la pregunta comienza «*zawsze, gdyż*» («siempre, porque»). Las letras b) y c), en cambio, arrancan con las palabras «*tylko, gdy*» (solo cuando). La proximidad ortográfica entre las palabras «*gdyż*» y «*gdy*» lleva a la Comisión a concluir que el empleo de la primera responde a una errata, pues en los tres casos se trataría del término «*gdy*». ¹⁰

33. En mi opinión, no cabe entender que sea una errata. Ante todo, y desde luego, porque se puede presumir que el órgano judicial de reenvío ha redactado su pregunta con precisión y cuidado. Pero, en particular, porque en las dos ocasiones en las que utiliza la palabra «*gdy*» [letras b) y c)] lo hace a continuación de la palabra «*tylko*» (solo), mientras que «*gdyż*» va precedido en la letra a) por el vocablo «*zawsze*» (siempre). Si fuera una errata y la palabra pertinente en el caso de la letra a) fuera también «*gdy*» (cuando), el órgano judicial de remisión estaría preguntando si el modelo litigioso constituye una práctica comercial agresiva *siempre que se dé una determinada circunstancia*, lo que sería tanto como decir *solo en ese caso*. La cuestión sería entonces por qué el tribunal *a quo* no emplea también en la letra a) «*tylko*» (solo), como en las letras b) y c).

34. Sin necesidad de acudir a la presunta errata, la circunstancia referida en la letra a) tiene pleno sentido por contraste con las hipótesis de las dos letras restantes. Si en estas últimas se alude a situaciones bien precisas y concretas (no haber recibido con antelación y de manera individualiza todos los contratos-tipo, eventuales indicios de actos desleales), en la letra a) se menciona un factor que, en los términos en los que se plantea el reenvío prejudicial, sería inherente a la práctica descrita, esto es, a la exigencia de que se firme el contrato en presencia del mensajero, lo que implica, casi por definición, que, a causa de la premura característica de la actividad de los mensajeros, el consumidor no «pued[a] tomar[...] conocimiento con libertad del contenido del contrato tipo». No se trata, por tanto, de una circunstancia que pueda existir o no, sino de un supuesto consustancial a la coyuntura descrita y cuyo enunciado se justifica entonces como una *explicación* del motivo por el que el modelo de contratación litigioso podría ser *siempre* («*zawsze*») una práctica comercial agresiva. Así lo refleja, a mi juicio acertadamente, la versión francesa de la pregunta prejudicial, a la que me atenderé en lo que sigue.

⁷ Cursiva añadida.

⁸ Cursiva añadida.

⁹ Cursiva añadida.

¹⁰ Apartado 21, nota 2, del escrito de observaciones de la Comisión.

B. Sobre el fondo

35. El considerando séptimo de la Directiva 2005/29 es taxativo cuando enuncia que, al aplicar esta última, «deberían tenerse plenamente en cuenta las circunstancias de cada caso». En esa misma línea, y de conformidad con el artículo 8 de la citada Directiva, para que una práctica comercial pueda calificarse de agresiva es imprescindible examinarla «teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias».

36. Como defienden el Gobierno polaco¹¹ y la Comisión,¹² el Tribunal de Justicia debe limitarse a facilitar al órgano judicial de reenvío las pautas de interpretación y de aplicación de la Directiva 2005/29 que, sin sustituir a aquel, le ayuden en su labor, indelegable, de catalogar el modelo de contratación objeto de disputa. Esa catalogación corresponde, insisto, con carácter exclusivo al tribunal de remisión.¹³

37. A partir de esta premisa, analizaré los distintos interrogantes que suscita la pregunta prejudicial.

1. ¿Práctica comercial agresiva en cualquier circunstancia?

38. No es difícil cumplir con el deber de contención propio del Tribunal de Justicia en esta materia al pronunciarse sobre la letra a) de la pregunta prejudicial.

39. En efecto, la duda expuesta en ese epígrafe se circunscribe a dilucidar si el modelo de contratación de Orange Polska, tal como lo describe el órgano judicial *a quo*, puede reputarse práctica comercial agresiva «siempre», es decir, «en cualquier circunstancia».

40. Con arreglo al artículo 5, apartado 4, de la Directiva 2005/29, una «práctica comercial agresiva» constituye una «práctica comercial desleal» si —y solo si— responde a las características indicadas en los artículos 8 y 9 de la misma Directiva.

41. Aceptar que el modelo de contratación empleado por Orange Polska implica «siempre» una «práctica comercial agresiva» supondría hacer de él una «práctica comercial desleal» en cualquier circunstancia (siempre). Sin embargo, las prácticas comerciales que merecen la condición de desleales *en todo caso* son únicamente las que figuran en el anexo I de la Directiva 2005/29, según su artículo 5, apartado 5.

42. Como entre las treinta y una prácticas incluidas en la denominada «lista negra» del anexo I no aparece la debatida en el proceso principal, si el Tribunal de Justicia concluyera que la adoptada por Orange Polska es *siempre* una práctica comercial agresiva, y por ende una práctica comercial desleal, estaría haciendo las veces del legislador, en contra del sentido y de la finalidad de la Directiva 2005/29.¹⁴ En consecuencia, creo que la contestación que merece ese apartado de la cuestión prejudicial ha de ser negativa.

¹¹ Apartados 15 y 16 del escrito de observaciones del Gobierno polaco.

¹² Apartados 28 y 29 del escrito de observaciones de la Comisión.

¹³ Es ya una cláusula de estilo que «el artículo 267 TFUE no faculta al Tribunal de Justicia para aplicar las normas del derecho de la Unión a un asunto determinado, sino tan solo para interpretar el Tratado y los actos adoptados por las instituciones de la Unión. Sin embargo, el Tribunal de Justicia, en el marco de la cooperación judicial establecida por dicho artículo, puede proporcionar al órgano jurisdiccional nacional, a partir de los datos obrantes en los autos, los elementos de interpretación del derecho del Unión que pudieran serle útiles para la apreciación de los efectos de una u otra disposición de este derecho». Entre muchas, sentencia de 13 de julio de 2017, Ingsteel y Metrostav (C-76/16, EU:C:2017:549), apartado 25.

¹⁴ En palabras de la sentencia de 10 de julio de 2014, Comisión/Bélgica (C-421/12, EU:C:2014:2064), apartado 61, una «normativa nacional que prohíbe de manera general prácticas no referidas en el anexo I de la Directiva 2005/29, sin realizar un análisis individual del carácter “desleal” de estas a la luz de los criterios enunciados en los artículos 5 a 9 de esta Directiva, es incompatible con el contenido del artículo 4 de esta y es contraria al objetivo de armonización completa perseguido por dicha Directiva aunque la normativa en cuestión tenga por objeto garantizar un nivel de protección más elevado de protección de los consumidores».

2. ¿Práctica comercial agresiva, por influencia indebida, en función de ciertas circunstancias?

43. Los comportamientos mencionados por el tribunal de remisión en las letras b) y c) de su cuestión prejudicial podrían, en cambio, dar lugar a «una práctica comercial agresiva debido a influencia indebida» si, en atención a «las circunstancias de cada caso», tomadas en su conjunto, se apreciara dicha influencia indebida.

44. El artículo 8 de la Directiva 2005/29 define como «agresiva» la práctica comercial que, contempladas todas las características y circunstancias fácticas del caso, provoque un determinado *resultado* a través de ciertos *medios*:

1. El *resultado* no es otro que una merma o menoscabo, efectivo o potencial, tan «importante» de la libertad de elección del consumidor con respecto al producto, que se traduzca, o pueda traducirse, en una decisión que, de otro modo, este último no habría adoptado.¹⁵
2. Los *medios* enumerados en aquel precepto como adecuados para lograr ese propósito son «el acoso, la coacción, incluido el uso de la fuerza, o la influencia indebida», de los que el tribunal de reenvío se refiere únicamente a este último.

45. La «influencia indebida» no es, a mi juicio, en el contexto de la Directiva 2005/29, una «influencia ilícita», sino aquella que, sin perjuicio de su licitud, comporta de manera activa, a través de una presión, el condicionamiento forzado de la voluntad del consumidor.¹⁶

46. De acuerdo con el artículo 2, letra j), de la Directiva 2005/29, la influencia indebida consiste en la utilización de una *posición de poder* en relación con el consumidor, al objeto de «ejercer presión, incluso sin usar fuerza física ni amenazar con su uso, de una forma que limite de manera significativa la capacidad del consumidor de tomar una decisión con el debido conocimiento de causa».

47. Como recordaba en las conclusiones Wind Tre y Vodafone Italia,¹⁷ es necesario distinguir entre dos aspectos de la *posición de poder*:

- Por un lado, la explotación de una posición de poder que permite al comerciante menoscabar la libertad del consumidor al adquirir un producto.
- Por otro lado, la posición de poder en la que jurídicamente se encuentra el comerciante que, una vez celebrado el contrato, puede reclamar al consumidor la contraprestación a la que este se ha obligado al suscribirlo.

48. La «práctica comercial agresiva» es, claro está, la primera, es decir, la que, aprovechando la situación de inferioridad del consumidor frente al comerciante¹⁸ y valiéndose de una posición de poder adquirida ilegítimamente —mediante el acoso, la coacción, la fuerza o la influencia proactiva—, merma la libertad de este último llevándolo a celebrar un contrato con el que no consentiría de no existir aquella ventaja ilícita.

¹⁵ Me remito a mis conclusiones en los asuntos Wind Tre y Vodafone Italia (C-54/17 y C-55/17, EU:C:2018:377), punto 63.

¹⁶ *Ibidem*, punto 65.

¹⁷ Asuntos C-54/17 y C-55/17, EU:C:2018:377, puntos 67 a 70.

¹⁸ Sentencia de 16 de abril de 2015, UPC Magyarország (C-388/13, EU:C:2015:225), apartado 53.

49. Justamente porque la celebración de un contrato implica la asunción de determinadas obligaciones que la contraparte puede legítimamente exigir en justicia, la Directiva 2005/29 tutela la libertad del consumidor para contratar con perfecto conocimiento de causa, comprometiéndose solo con las obligaciones que, en ejercicio de esa libertad, está dispuesto a asumir. La Directiva no protege, por tanto, frente a las obligaciones jurídicas ya asumidas libremente por el consumidor, sino frente a su asunción como consecuencia de una práctica comercial desleal, con independencia de que se trate, incidentalmente, de una práctica lícita.

50. Son muchas las variables que, con arreglo al artículo 9 de la Directiva 2005/29, han de ponderarse para apreciar si una práctica comercial se sirve, en lo que aquí importa, de una influencia indebida. Entre otras, en una relación que no es exhaustiva, importan el momento y el lugar en los que se lleva a cabo la práctica, su naturaleza o su persistencia, el lenguaje empleado, el comportamiento, la explotación de cualquier infortunio o la imposición de obstáculos no contractuales onerosos o desproporcionados.

51. Para el tribunal de remisión son tres los factores que, en este asunto, podrían provocar que el profesional ejerciera una «influencia indebida» sobre el comprador:

- Primero, que el consumidor se vea en la necesidad de tomar la decisión definitiva sobre una transacción en presencia del mensajero que le entrega el contrato tipo (este es, en verdad, el núcleo del supuesto de hecho objeto de litigio).
- Segundo, que el consumidor no haya recibido con antelación y de manera individualizada todos los contratos tipo, por más que hubiera podido consultarlos previamente en internet [letra b) de la pregunta prejudicial].
- Tercero, la posible existencia de actos desleales tendentes al menoscabo de la autonomía decisoria del consumidor [letra c) de la pregunta prejudicial].

52. En función de la entidad que tenga cada uno de estos factores, no es descartable que, por sí solos, pudieran ocasionar una influencia indebida. Así:

1. Si la conducta o la actitud del mensajero fuera especialmente apremiante o avasalladora, sería suficiente para apreciar que, con su comportamiento, ha ejercido una influencia indebida sobre el consumidor.
2. Si el consumidor ha recibido con antelación una información objetivamente limitada, parcial o sesgada, o que no se corresponde con la que después le facilita el mensajero, ese dato podría bastar para apreciar una acción u omisión engañosas, en el sentido de los artículos 6 y 7 de la Directiva 2005/29, y además, eventualmente, una influencia indebida, si se acredita una conducta activa del profesional dirigida a condicionar ilegítimamente la voluntad del consumidor.
3. En fin, eventuales actos desleales de otra naturaleza bastarían también, en función de su capacidad potencial para condicionar la voluntad del consumidor, si responden a un designio de influencia ilegítima del empresario.

53. Es también posible que, examinados aisladamente, ninguno de aquellos factores alcance por sí solo la entidad suficiente como para ejercer una influencia indebida, pero que, en su conjunto, por su interacción recíproca, lleguen a producir ese mismo resultado.

54. Corresponde al juez nacional, como ya he indicado, valorar en cada caso el concreto alcance que, de manera individualizada o en su conjunto, puedan tener circunstancias como las señaladas en el auto de remisión. En este último, según he expuesto al resumirlo,¹⁹ el Sąd Najwyższy (Tribunal Supremo) parece decantarse por la ausencia de una práctica agresiva, corroborando el juicio de los tribunales de primera instancia y apelación.

55. Por mi parte, subrayaré la dificultad que, para el Tribunal de Justicia, presenta emitir una respuesta que se aleje de la apreciación unánime (en este caso, coinciden las dos instancias previas y la propia reflexión del tribunal de casación) de los órganos judiciales nacionales en asuntos como este, en los que el peso de las peculiaridades de las conductas singulares enjuiciadas es obvio. Sobre los perfiles de hecho de tales conductas aquellos órganos judiciales son competentes en exclusiva y, desde luego, están en mejor situación que el Tribunal de Justicia para calibrar hasta qué extremo algún matiz del comportamiento empresarial tiene una notable incidencia sobre la actitud del consumidor medio.

56. No obstante, para brindar al órgano judicial de remisión alguna ayuda en su labor de interpretar y aplicar *ad casum* la Directiva 2005/29, pueden ser pertinentes las consideraciones que hago a continuación.

3. Factores a los que se puede acudir para formar un juicio sobre la influencia indebida del profesional

57. Es preciso distinguir entre el supuesto de la venta por internet y el de la venta por teléfono, dado que, por sus características, en cada uno de ellos la posición del consumidor ofrece un perfil particular.

- En la venta por internet es el consumidor quien, por lo común, decide voluntariamente visitar el sitio *web* del profesional y nada le impide dedicar el tiempo que estime necesario para conocer las ofertas disponibles, sus precios y otras condiciones, así como las modalidades de contratación.
- En la venta por teléfono, aunque no se descarte la iniciativa del consumidor, no resulta infrecuente que sea el profesional quien contacte con aquel para proponerle la celebración de un contrato.²⁰ La situación del consumidor suele ser más bien pasiva, pudiendo representar, además, un papel no desdeñable el factor sorpresa, que puede traducirse en cierto grado de presión psicológica.²¹

58. En cada uno de ambos supuestos debe contarse, además, con un perfil diferente de «consumidor medio», es decir, el normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos²² y atendiendo al contexto y al conjunto de las circunstancias en las que se desenvuelven las relaciones entre el profesional y los consumidores:

- El consumidor que accede por propia iniciativa a un sitio internet estará mínimamente familiarizado con los procedimientos informáticos y podrá desenvolverse en ellos hasta el punto de seleccionar una oferta y gestionar el proceso de demanda.

¹⁹ Puntos 14 a 17 de estas conclusiones.

²⁰ En el acto de la vista, Orange Polska, sin negar que pudiera haber practicado esta técnica comercial (llamadas comerciales no deseadas), afirmó que una ley ulterior la ha prohibido en Polonia.

²¹ Así se admite, para los contratos celebrados fuera del establecimiento, en los considerandos vigésimo primero y trigésimo séptimo 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 se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO 2011, L 304, p. 64). Sin embargo, la «presión psicológica» inherente a ese género de contratos (que se contrarresta con el derecho de desistimiento) no es, por sí sola, de la misma cualidad que aquella con la que se pretende ejercer una influencia indebida sobre el consumidor.

²² Por ejemplo, sentencias de 13 de enero de 2000, Estée Lauder (C-220/98, EU:C:2000:8), apartado 27; y de 12 de mayo de 2011, Ving Sverige (C-122/10, EU:C:2011:299), apartado 22.

— Por el contrario, el perfil del consumidor medio en el caso de las ofertas recibidas inopinadamente por teléfono puede ser menos avisado y perspicaz, pues basta con que sea capaz de atender una llamada de teléfono. El grado de protección ha de ser mayor en este caso.

59. Otro factor relevante es la calidad de la información facilitada al consumidor. Como recordaba el Tribunal de Justicia en el asunto *Wind Tre y Vodafone Italia*, el concepto de «práctica comercial agresiva» se define esencialmente «por el hecho de que merme o pueda mermar de forma importante la libertad de elección o de conducta del consumidor medio con respecto al producto[,] [de lo que] se sigue que la solicitud de un servicio debe ser una elección libre del consumidor[,] [lo que] requiere, en particular, que la información dada por el comerciante al consumidor sea clara y adecuada».²³

60. El Tribunal de Justicia ha insistido en que es fundamental que el consumidor disponga, «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 «decide si desea quedar vinculado contractualmente adhiriéndose a las condiciones redactadas de antemano por el profesional».²⁴

61. En el supuesto que ahora nos ocupa, una de las hipótesis barajadas por el tribunal de reenvío es que el consumidor «no ha[ya] recibido con antelación y de manera individualizada (por ejemplo, en su dirección de correo electrónico o domicilio) todos los contratos-tipo, aunque sí hubiera tenido la posibilidad de consultar su contenido por sí mismo en la página de internet de la empresa antes de la visita del mensajero.»²⁵

62. Debe partirse, por tanto, de que la información mostrada en internet sobre el contenido de los contratos-tipo es suficiente y veraz, y que el consumidor puede acceder a ella sin mayor dificultad. En el caso de la venta por teléfono, según el tribunal de reenvío,²⁶ el consumidor podría también recabar del teleoperador cuanta información estime necesaria. A mi juicio, sin embargo, es difícil que la calidad de la información brindada durante una conversación telefónica pueda equipararse a la obtenida mediante la consulta en internet.

63. La cuestión es, por tanto, y específicamente, si el consumidor debe disponer con antelación y en su domicilio o en su dirección de correo electrónico de *todos* los contratos tipo ofrecidos por el profesional y si, de no ser así, hay una práctica comercial agresiva.

64. En mi opinión, al consumidor se le deben exponer los diversos contratos-tipo existentes,²⁷ facilitándole su conocimiento, sin necesidad de que el profesional se los haya hecho llegar de modo personalizado con antelación a la visita del mensajero.

23 Sentencia de 13 de septiembre de 2018, *Wind Tre y Vodafone Italia* (C-54/17 y C-55/17, EU:C:2018:710), apartado 45.

24 Sentencia de 7 de septiembre de 2016, *Deroo-Blanquart* (C-310/15, EU:C:2016:633), apartado 40.

25 Letra b) de la pregunta prejudicial.

26 Punto 14 del auto de remisión.

27 De lo contrario, se estaría ante una omisión que podría ser concluyente para la decisión del consumidor. Este último, de conocer la existencia de otros contratos más favorables, hubiera podido optar por alguno de ellos y no por el elegido, que probablemente habría descartado. Sin embargo, como sostuve en las conclusiones del asunto *Wind Tre y Vodafone Italia* (C-54/17 y C-55/17, EU:C:2018:377), punto 65, esto no tendría por qué suponer el ejercicio de una «influencia indebida» por parte del profesional, ya que «la influencia a la que se refieren los artículos 8 y 9 de la Directiva 2005/29 no es la que resulta simplemente del engaño —es decir, la contemplada en el artículo 7 de la misma Directiva—, sino la que comporta de manera activa, por medio de una presión, el condicionamiento forzado de la voluntad del consumidor». Señalaba entonces (nota 28) que, «[d]e acuerdo con el artículo 2, letra j), de la Directiva 2005/29, se trata de una conducta consistente en la “utilización de una posición de poder en relación con el consumidor” al objeto de “ejercer presión, incluso sin usar fuerza física ni amenazar con su uso, de una forma que limite de manera significativa la capacidad del consumidor de tomar una decisión con el debido conocimiento de causa”. No basta, por tanto, con llamar al consumidor a engaño, haciéndole creer falsamente que actúa con libertad y conocimiento de causa, sino de forzarlo a contratar contra su voluntad».

65. Como quiera que el interés del tribunal de reenvío se centra en el momento preciso en el que el consumidor ha de tomar la decisión definitiva —esto es, cuando el mensajero le entrega el contrato-tipo por el que ha optado en el curso de una conversación telefónica o de su visita a la página *web* del profesional—, el órgano judicial deberá verificar si la circunstancia de que, en ese momento, el consumidor no tenga consigo todos los contratos-tipo puede redundar en que se vea forzado a tomar una decisión que en otro caso no habría tomado.²⁸

66. Esto puede ser así, por ejemplo, si el consumidor tiene dudas acerca de que el contrato que se le pone a la firma coincide con el que ha podido consultar en internet o se le ha descrito en la conversación telefónica y, sin embargo, el mensajero o bien no puede resolverlas, o bien le deniega la posibilidad de comprobarlo y le conmina a firmarlo.

67. En el acto de la vista se ha corroborado que Orange Polska utiliza para estos menesteres servicios de mensajería ordinarios, ajenos, por tanto, al sector de la telefonía, que no están en condiciones de facilitar ninguna información sobre los contratos entre el consumidor y la compañía telefónica.

68. Más allá de que el mensajero no pueda resolver las dudas del consumidor, lo determinante será siempre su actitud en el contexto de la situación en la que se encuentra este último, como consecuencia de la información de la que disponga en el momento en el que se le presenta el contrato a la firma.

69. Si esa información es insuficiente o equívoca, podría dar lugar a una práctica comercial engañosa, es decir, la que, a tenor del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2005/29, «en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación, omit[e] información sustancial que necesite el consumidor medio, según el contexto, para tomar una decisión sobre una transacción con el debido conocimiento de causa y que, en consecuencia, ha[ce] o pued[e] hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado».

70. Pero esa información engañosa solo contribuirá a una «práctica comercial agresiva» si, gracias a ella, el profesional, o un tercero en su nombre (en este caso, el mensajero), puede utilizar con éxito una posición de fuerza adquirida con acciones u omisiones engañosas y ejercida de manera ilegítima.

71. Con el fin de garantizar que la actitud del mensajero no pueda traducirse en el ejercicio de una influencia indebida, no importa tanto la información facilitada al consumidor en el curso de las fases antecedentes del procedimiento de compra,²⁹ cuanto que su conducta esté debidamente reglada en términos que permitan descartar o reducir al máximo el componente de presión psicológica que, en ciertos casos, puede suponer la invitación a la firma de un contrato.

72. En este sentido, si se tratara de un mensajero vinculado a la empresa de telefonía, debería estar en condiciones de contribuir a la resolución de las dudas de última hora que puedan inquietar al consumidor; por ejemplo, facilitándole él mismo *in situ* los modelos de contrato-tipo u ofreciéndole la posibilidad de repetir su visita, una vez que el consumidor los haya consultado. Asimismo, debería garantizarse que, en ningún caso, conminará al consumidor a la firma con la advertencia de que su negativa o su retraso podrían traducirse en la asunción de alguna responsabilidad o en condiciones contractuales futuras menos ventajosas.

²⁸ Según el tribunal de remisión, el mensajero lleva consigo al menos los anexos, las condiciones de contratación, las listas de precios «y otros documentos», que pasan a formar parte del contrato tras la firma (punto 3 del auto de reenvío).

²⁹ Repito que la calidad de esa información importa fundamentalmente desde la perspectiva de la práctica comercial engañosa, pero no es determinante, por sí sola, para ocasionar una práctica comercial agresiva (que, además, puede tener lugar igualmente en un contexto de información suficiente y veraz).

73. Si, por el contrario, se tratara, como ocurre en este asunto, de mensajeros ajenos a la empresa de telefonía y, por tanto, incapaces de brindar al consumidor información alguna o de asumir compromisos en nombre de la compañía, deberá cuando menos evitarse que el mensajero insista en la necesidad de que el consumidor firme el contrato.

74. Estos son, entre otros, factores que, en mi opinión, debieran contemplarse en la relación de colaboración establecida entre el profesional y la empresa de mensajería que actúa en su nombre. El órgano judicial nacional ha de ponderarlos para dilucidar si la intervención del mensajero puede, en el contexto en el que se firma el contrato, implicar el ejercicio de una influencia indebida (artículo 8 de la Directiva 2005/29).

VI. Conclusión

75. A tenor de lo expuesto, sugiero al Tribunal de Justicia responder al Sąd Najwyższy (Tribunal Supremo, Polonia) en los siguientes términos:

«El artículo 8, en relación con el artículo 9 y el artículo 2, letra j), 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.º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, debe interpretarse en el sentido de que:

- Un modelo de celebración de contratos a distancia, relativos a una prestación de servicios de telecomunicaciones, con arreglo al que el consumidor ha de tomar la decisión definitiva sobre una transacción en presencia del mensajero que entrega el contrato-tipo, pudiendo haberse informado con pleno conocimiento de sus condiciones en el sitio web del comerciante o por teléfono, no constituye, por sí solo, una práctica comercial agresiva.
- Si, examinadas en su contexto las circunstancias de cada caso, la ejecución de ese modelo contractual mermara significativamente la libertad de elección del consumidor, mediante una influencia indebida hecha valer con éxito por el comerciante frente a aquel, se trataría de una práctica comercial agresiva.
- Para garantizar, en lo posible, que la actitud del mensajero no pueda traducirse en el ejercicio de una influencia indebida, importa que su conducta esté adecuadamente reglada en términos que permitan descartar cualquier componente de presión psicológica sobre el consumidor.»