

LA OBSOLESCENCIA PROGRAMADA: UN SUPUESTO DE
PRÁCTICA COMERCIAL DESLEAL CON CONSUMIDORES

*PLANNED OBSOLESCENCE: AN UNFAIR COMMERCIAL PRACTICE
WITH CONSUMERS*

Rev. Boliv. de Derecho N° 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 466-481



Elisabet
GONZÁLEZ
PONS

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de octubre de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2021

RESUMEN: El presente artículo analiza la estrategia comercial desarrollada por la empresa multinacional estadounidense Apple basada en la obsolescencia programada de sus “smartphones” y su posible consideración como práctica comercial desleal con consumidores y usuarios en el sentido de la Directiva 2005/29/CE.

PALABRAS CLAVE: Prácticas desleales; consumidores; obsolescencia programada; omisiones engañosas; prácticas agresivas.

ABSTRACT: *This article analyzes the commercial strategy developed by the American multinational company Apple based on the planned obsolescence of its smartphones and its consideration of unfair commercial practice with consumers within the meaning of Directive 2005/29/EC.*

KEY WORDS: *Unfair practices; consumers; planned obsolescence; misleading omissions; aggressive practices.*

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO.- II. PROBLEMÁTICA DE LA VIDA ÚTIL DE UN PRODUCTO.- I. Principales cuestiones.- 2. La consideración de práctica desleal con consumidores y usuarios.- III. CASO APPLE ITALIA.- I. La decisión de la Autoridad de Competencia Italiana.- 2. La resolución del Tribunal Administrativo Regional del Lazio.- IV. OTROS EJEMPLOS EN EL DERECHO COMPARADO.- V. REFLEXIONES FINALES.

I. PLANTEAMIENTO.

La obsolescencia programada, es decir, la planificación por el fabricante del momento concreto en el que el producto dejará de serle útil al consumidor o bien se deteriorará suficientemente para sugerirle la sustitución por otro, es una práctica frecuentemente extendida en el mercado. Sus consecuencias pueden ser analizadas desde múltiples puntos de vista, siendo el jurídico, económico, medioambiental, social, industrial o filosófico los más comentados. En este artículo planteamos su análisis desde el Derecho de la competencia desleal y la tutela del consumidor, en concreto, desde su posible calificación como práctica desleal con consumidores y usuarios, en el sentido que definió la Directiva 2005/29/CE de prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores.

Con este objeto se analizarán los recientes pronunciamientos en Italia, protagonizados por la sentencia del “Tribunale Amministrativo Regionale” (en adelante, TAR) Lazio n° 5736 de 1 de junio de 2020 que confirma la sanción “antitrust” impuesta por la Autoridad Italiana de Competencia al gigante norteamericano Apple por prácticas comerciales que, mediante el uso de técnicas agresivas y omisiones engañosas, habrían condicionado significativamente la libertad económica del consumidor en sus decisiones comerciales. Aunque es loable la pronta intervención de la citada Autoridad para reprimir las nefastas consecuencias que la conducta habría desplegado sobre el bienestar de los consumidores, también en este artículo destacaremos las actuaciones desarrolladas en Reino Unido, Francia y desde las instituciones europeas para perseguir las prácticas de obsolescencia programada del profesional.

• **Elisabet González Pons**

Prof. Ayudante Doctora del Dpto. de Derecho Mercantil de la Universitat de València. Correo electrónico: elisabet.gonzalez@uv.es.

II. PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA PLANIFICACIÓN DE LA VIDA ÚTIL DE UN PRODUCTO.

I. Principales cuestiones.

La práctica comúnmente conocida como obsolescencia programada o planificación de la vida útil de un producto no es una estrategia comercial nueva. Sus orígenes se remontan a 1924 cuando Osram, Philips y General Electric firmaron en Ginebra el conocido como “Cartel Phoebus”, con el fin de controlar la producción y venta de bombillas¹.

La obsolescencia programada es una estrategia empresarial que, mediante la planificación por parte del fabricante de la vida útil del producto pretende impulsar el consumo, puesto que con esta estrategia el fabricante se asegura que el consumidor acudirá al mercado una y otra vez para satisfacer su demanda, frente a la imposibilidad de seguir utilizando el producto original.

De los diversos sectores de la economía en los que se puede desarrollar esta práctica, por su naturaleza, resulta más fácil de implantar en aquellos que tienen un alto valor tecnológico, como es el sector de las telecomunicaciones, el sector automovilístico o el sector de fabricación de electrodomésticos. Los causantes de la limitación de la utilidad del producto son diversos. En este sentido, se habla² de cuatro tipos de obsolescencia: la estética que se produciría cuando la obsolescencia del producto deviene por factores como el desgaste o cambios en los gustos de los consumidores, es decir, la moda; la social, que ocurriría cuando la sociedad deja de utilizar un producto espontáneamente; la tecnológica, que se produciría cuando irrumpe un nuevo producto en el mercado o bien cuando las actualizaciones necesarias para que se continúe utilizando el producto devienen imposibles, y la económica que se produciría cuando la reparación del producto resulta más costosa que la adquisición de uno nuevo.

2. La consideración de práctica desleal con consumidores y usuarios.

El uso de esta estrategia comercial dirigida a reducir la vida útil de un producto puede tener un significativo impacto sobre el bienestar de los consumidores. De hecho, el comportamiento del empresario basado en la planificación de la vida útil del producto sin informarle al consumidor de esta situación puede suponer una merma significativa en su libertad de elección, al constreñirle anticipadamente a reemplazar el producto para poder satisfacer su demanda. Se trataría esta de una

1 Vid., SOTO PINEDA, J. A.: “Reflexiones acerca de las posibles incompatibilidades de la obsolescencia programada con el sistema de defensa de los consumidores”, *Actualidad Civil*, núm. 6, 2015, pp. 40-55.

2 ANGULO GARZARO, A.: “La obsolescencia programada y el derecho de la competencia: ¿una conducta anticompetitiva perseguible por la autoridad de competencia?”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 51, 2019.

estrategia de marketing que podría integrar la categoría de prácticas comerciales desleales con consumidores introducida por la Directiva 2005/29/CE. En concreto, las recientes resoluciones italianas sobre esta materia han calificado como práctica desleal la estrategia comercial basada en la obsolescencia programada de los “smartphones” que habría seguido Apple basándose, como se estudiará, en las nociones de prácticas engañosas, omisiones engañosas y prácticas agresivas que introdujo la citada Directiva.

Como es sabido, la Directiva de prácticas comerciales desleales entiende, a los efectos que nos interesan en este análisis, que estamos ante un supuesto de engaño cuando la práctica comercial contenga información falsa y por tal motivo carezca de veracidad o información que, en la forma que sea, incluida su presentación general, induzca o pueda inducir a error al consumidor medio, aun cuando la información sea correcta en cuanto a los hechos, sobre algunos de los elementos que enumera el art. 6 y que en cualquiera de estos dos casos le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado.

También reconoce como desleal la práctica basada en la omisión engañosa al consumidor (art. 7), en el sentido de que el profesional omita 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, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado (apartado primero). Igualmente se considera engañosa por omisión, la información que se ofrezca de manera poco clara, ininteligible, ambigua o en un momento que no sea el adecuado, o no dé a conocer el propósito comercial de la práctica comercial en cuestión en caso de que no resulte evidente por el contexto, siempre que, en cualquiera de estos casos, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado (apartado segundo).

Por otro lado, el art. 8 considera 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. Seguidamente el art. 9 enumera una serie de circunstancias que se tendrán en cuenta para determinar si una práctica comercial hace uso del acoso, la coacción o la influencia indebida. Entre estas circunstancias, interesa

resaltar con objeto de este análisis, la persistencia en la que se produce la práctica (letra a).

Además, en particular, de los tres elementos sobre los que se cimienta la noción comunitaria de práctica agresiva, conviene centrarse en la definición que proporciona el art. 2 j) de la Directiva de prácticas comerciales desleales y que se corresponde con: “la utilización de una posición de poder en relación con el consumidor para ejercer presión, incluso sin usar fuerza física ni amenazar con su uso, de una forma que limite de manera significativa la capacidad del consumidor de tomar una decisión con el debido conocimiento de causa”³. Esta posición de poder a la que hace referencia el precepto puede derivarse de la asimetría informativa que caracteriza las relaciones de consumo. De esta manera, podría constituir un supuesto de práctica agresiva desleal por esta causa, la práctica desarrollada por el fabricante que, aprovechándose de su natural posición de poder respecto del consumidor, le provoque o pueda provocar con su actuación una merma significativa en su libertad de elección, obligándolo a tomar una decisión comercial, como es la de sustituir un terminal por otro, que no hubiese tomado de otra manera, es decir, si no hubiese sido compelido, por ejemplo, a realizar actualizaciones sistemáticas de su “smartphone”.

III. CASO APPLE ITALIA.

I. La decisión de la Autoridad de Competencia Italiana.

La Autoridad de Competencia Italiana, conocida en Italia como la “Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato” (en adelante, AGCM), en el procedimiento nº 27365 (PS11039 - Apple-Aggiornamento Software) de 25 de septiembre de 2018, sancionó a Apple Inc. (constituida bajo las leyes de EEUU, California), Apple Distribution International (constituida bajo la Ley irlandesa), Apple Italia S.r.l. y Apple Retail Italia S.r.l., a las que nos referiremos conjuntamente como “Apple”, por las prácticas comerciales desleales desarrolladas en sus modelos iPhone 6/6plus/6s/6splus (en adelante iPhone, dispositivos o smartphones).

La primera conducta que analiza la Autoridad Italiana en la citada resolución trata sobre la práctica desarrollada por Apple basada en una proposición insistente a los usuarios del modelo iPhone 6/6plus/6s/6splus de la instalación del sistema operativo iOS 10 y sus actualizaciones posteriores. En concreto, Apple no habría

3 El legislador comunitario desarrolla un concepto *ex novum* de influencia indebida como práctica agresiva desleal basado en la asentada noción de “*undue influence*” del Derecho inglés. Sobre esta idea, reflexionan: POELZIG, D.: “Private or Public Enforcement of the UCP Directive? Sanctions and Remedies to Prevent Unfair Commercial Practices”, en AA.VV.: *The European Unfair Commercial Practices Directive. Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems*, (coord. por W. VAN BOOM, A. GARDE, Y O. AKSELI), Ashgate, Surrey, 2014, p. 37. En este sentido también, DI NELLA, L.: “Le pratiche commerciali sleali aggressive”, en *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, (coord. por G. DE CRISTOFARO), G. Giappicelli, Torino, 2007, pp. 248-250.

informado a los consumidores de los posibles problemas operativos que el nuevo sistema podría haber causado en la configuración de los dispositivos en los que se habría instalado. Estos problemas se referían principalmente a una disminución en el rendimiento de sus dispositivos. Además, con motivo del lanzamiento de una actualización posterior del sistema operativo, Apple no informó a los consumidores de manera clara que, para evitar algunos inconvenientes importantes en los dispositivos, basados en el apagado o reinicio repentino de su iPhone, este lanzamiento incluía un sistema de gestión del rendimiento de los llamados teléfonos inteligentes o más conocidos por su terminología anglosajona como “smartphones”, que habría frenado estas actuaciones para evitar un fallo inesperado en los dispositivos.

Según se afirma en la citada resolución, el lanzamiento de actualizaciones de software de Apple sin señalar las posibles consecuencias en términos de reducción de la funcionalidad o rendimiento de los dispositivos se trataba de una conducta que podría haber inducido a engaño al consumidor para hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiese tomado. De manera que, según el parecer de la Autoridad esta conducta sería constitutiva de una práctica comercial “scorretta”, es decir, desleal en términos de la legislación española contra la competencia desleal, por ser contraria a los arts. 21 y 22 del “Codice del Consumo” italiano, que regulan las acciones engañosas y las omisiones engañosas introducidas por la Directiva 2005/29/CE.

Además, la conducta de Apple basada en el envío insistente de mensajes al consumidor con una invitación a actualizar el dispositivo sería, según el parecer de la Autoridad Italiana de Competencia, constitutiva de una violación del art. 24 del Código de Consumo italiano, que se corresponde con la regulación sobre prácticas agresivas introducida por la Directiva 2005/29/CE. La Autoridad fundamenta su decisión en base a argumentos que en particular refieren a un comportamiento de influencia indebida que habría cometido el profesional, en los términos que han quedado anteriormente expuestos. Según su parecer, Apple habría explotado su posición de poder comercial por ser propietaria de una conocida y afamada marca en la que los consumidores depositan su confianza, y la asimetría informativa que caracteriza a las relaciones con los consumidores, para limitar significativamente la capacidad de elección de los consumidores. La insistencia del profesional en la emisión de mensajes con invitaciones a actualizar el dispositivo habría provocado que el consumidor descargase una actualización en el dispositivo que posteriormente se había comprobado que dañaba o reducía la funcionalidad de este.

El segundo caso sobre el que se pronuncia la Autoridad Italiana en la citada resolución es la falta de información de Apple al consumidor sobre la vida útil de

las baterías y su correcta gestión para disminuir su desgaste natural y mantener un rendimiento adecuado de sus dispositivos. La Autoridad considera en la citada resolución que Apple habría incurrido en una práctica basada en la omisión engañosa contraria al art. 22 del “Codice del Consumo”.

En sus argumentos defensivos, Apple niega que haya seguido una política comercial basada en la obsolescencia programada de sus dispositivos mediante las prácticas engañosas y agresivas que describe la Autoridad en su resolución. Entre los argumentos que esgrime el profesional, nos interesa destacar los que a continuación se exponen.

En primer lugar, en las versiones posteriores del sistema operativo iOS ofrecería a los propietarios de iPhone la posibilidad de actualizar sus dispositivos de forma gratuita, la sustitución de baterías a un precio reducido y el reembolso a los usuarios que hayan tenido que reemplazar la batería por este motivo, con ello habría saldado una eventual violación del Código de Consumo italiano.

En segundo lugar, Apple afirma que no hay ninguna evidencia directa de una estrategia comercial de obsolescencia programada, al contrario, el plan basado en la sustitución anual de los iPhone de Apple responde a una estrategia de atraer a los clientes con nuevos modelos y no habría ninguna coacción de la voluntad de los consumidores que eligen optar por el intercambio anual de su dispositivo.

En tercer lugar, por cuanto afecta a la consideración de una práctica agresiva en su actuación, Apple sostiene que faltan las condiciones para clasificar la conducta como agresiva en la medida que el recordatorio de actualización no puede considerarse una práctica agresiva en los términos expuestos por la Autoridad.

En cuarto lugar, por lo que respecta al engaño omisivo en el que habría incurrido la compañía al no informar de los riesgos involucrados con la instalación del iOS 10, Apple argumenta que nunca habría existido el peligro de deteriorar el rendimiento de los dispositivos afectados por esta actualización. En cuanto a los riesgos asociados a la funcionalidad del dispositivo, según el parecer del profesional, no habrían sido significativos para dar lugar a una obligación de información según el Código de Consumo italiano. En base a estos argumentos, Apple niega que su conducta, aunque pudiese ser calificada de omisiva, tenga la idoneidad para alterar el comportamiento económico del consumidor. Sustenta esta afirmación sobre la base de que la Autoridad de Competencia no habría realizado ningún análisis de los efectos de la conducta imputada sobre el consumidor medio del iPhone que, según su parecer, es consciente al comprar el producto de que adquiere un dispositivo dinámico y altamente tecnológico.

Por último, en relación con la omisión engañosa que se le imputa al profesional al no advertir a sus clientes sobre la obsolescencia de las baterías de sus dispositivos, Apple se defiende argumentando que desde 2014 publica en su página web información relacionada con la vida útil de las baterías de sus dispositivos y la forma de optimizar su autonomía y el funcionamiento del ciclo de carga. Según Apple da a conocer a sus clientes que la vida útil de la batería y los ciclos de carga varían según el uso y que la duración de la batería disminuye con el paso del tiempo. Además, según los argumentos defensivos de Apple, en febrero de 2017 actualizaron esta información, advirtiendo a los consumidores que la actualización de iOS 10.2.1 mejoraba la administración de energía durante los picos de carga de trabajo para evitar paradas repentinas en los dispositivos.

Los argumentos defensivos de Apple no le sirvieron a la Autoridad Italiana para cambiar su parecer y sancionó al grupo con una sanción administrativa pecuniaria de 5.000.000 euros (cinco millones de euros) por la práctica comercial basada en la solicitud reiterada y no solicitada a los consumidores para instalar actualizaciones en el sistema operativo de su “smartphone”, cuyas características y cuyo impacto en el rendimiento de los dispositivos, fue descrita por el profesional de manera omisiva. En este supuesto la Autoridad consideró que el profesional con su conducta habría infringido los arts. 20, 21, 22 y 24 del “Codice del Consumo”, que se corresponden respectivamente con la transposición al ordenamiento italiano de la regulación sobre actos de engaño, omisiones engañosas, prácticas comerciales consideradas en cualquier caso engañosas y prácticas agresivas de la Directiva 2005/29/CE.

Con referencia a la conducta desarrollada en el segundo supuesto, la Autoridad impuso una sanción de 5.000.000 euros (cinco millones de euros), al verificar la comisión de una omisión engañosa contraria al art. 22 del Código de Consumo italiano, que se correspondería con la regulación sobre omisiones engañosas del art. 7 de la citada Directiva. Apple habría incurrido en esta práctica desleal por informar de manera insuficiente al consumidor sobre algunas características esenciales de las baterías del iPhone cuya información es necesaria conocer no solo “ex ante” para hacer una elección de compra consciente, sino también “ex post”, para que el consumidor pueda determinar cuál puede ser la causa de estos fallos de funcionamiento y decidir qué tipo de intervención llevar a cabo, que básicamente se reduce a reemplazar la batería y que se extienda la vida útil del producto o reemplazar el dispositivo.

2. La resolución del Tribunal Administrativo Regional del Lazio.

La Resolución de la Autoridad de Competencia Italiana de 25 de septiembre de 2018, fue impugnada por Apple ante el TAR Lazio que, como es sabido, ha

confirmado en su reciente sentencia nº 5736 de 1 de junio de 2020, la sanción impuesta por la AGCM.

En el sistema italiano, las decisiones de AGCM se pueden impugnar ante el TAR del Lazio, que es el tribunal administrativo de primera instancia de la región de Lazio, lugar en el que se encuentra la sede de la Autoridad Italiana de Competencia⁴. El TAR Lazio tiene reconocida jurisdicción exclusiva sobre esta materia. Además, se otorga a las partes la posibilidad de recurrir las decisiones del TAR Lazio ante el “Consiglio di Stato” (Consejo de Estado italiano), que actúa como tribunal nacional final en esta materia. En la práctica, han sido muchas las decisiones de la AGCM sobre prácticas comerciales desleales que han sido apeladas ante el TAR Lazio, como sucede en el caso Apple, por ello, se puede afirmar que existe una rica jurisprudencia del TAR Lazio, así como del “Consiglio di Stato” sobre prácticas comerciales desleales⁵.

Según la citada sentencia del TAR Lazio, la AGCM habría aplicado correctamente, en el caso Apple, las normas a que se refieren los arts. 21, 22, 24 y 25 del Código del Consumo italiano, es decir, aquellas que regulan las prácticas engañosas, omisiones engañosas y prácticas agresivas en el sentido de la Directiva 2005/29/CE. Sobre este aspecto, el Tribunal se reafirma en las conclusiones a las que llega la Autoridad “antitrust” en el sentido de que Apple habría construido un sistema sofisticado, desde el punto de vista tecnológico y de marketing en el que, a través de prácticas engañosas por omisión de información esencial y de las prácticas agresivas descritas en la resolución de 25 de septiembre de 2018, habría afectado significativamente al consumidor en sus decisiones comerciales mediante tres vías que el TAR Lazio resume de la siguiente manera.

En primer lugar, como una suerte de fidelización forzada del consumidor, derivada del hecho de que todos los dispositivos Apple funcionan con el sistema operativo iOS que es propiedad de Apple y que no permite a estos dispositivos interconectarse con otros dispositivos de otras marcas.

En segundo lugar, se refiere a la propuesta de actualizaciones de software periódicas e insistentes que, una vez descargadas, ralentizan y reducen la

4 Sobre el sistema de recursos en el ordenamiento italiano, puede consultarse el trabajo de la autora GONZÁLEZ PONS, E.: *Prácticas agresivas y tutela del consumidor*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019, pp. 190-200. En general, sobre el *enforcement* público italiano en la represión de las prácticas comerciales desleales, puede consultarse, MARTÍ MOYA, V.: “El piecemeal approach de la tutela pública del consumidor contra las prácticas desleales en España frente al modelo italiano” en AA.VV.: *Estudios in memoriam del profesor Manuel Broseta Pont* (dir. por OLAVARRÍA IGLESIA, J. y coord. por J. MARTÍ MIRAVALLS), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 214-220.

5 En este sentido, GRAUSO, M. P.: *La concorrenza sleale. Profili di tutela giurisdizionale e presso le Authority*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 232-243. También, GENOVESE, A.: “L’enforcement e le tutele”, en AA.VV.: *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, (dir. por A. GENOVESE), Cedam, Verona, 2008, pp. 210-231.

funcionalidad de los dispositivos, sin que se informe a los usuarios de esta circunstancia.

En tercer lugar, se refiere al comportamiento basado en las dificultades que se encuentran los usuarios de iPhone a la hora de reemplazar algunos de los componentes de sus dispositivos como sucede en el supuesto de la batería que, además del desgaste normal por el uso, sufre una aceleración repentina en su degradación debido a las fuertes actualizaciones impuestas por Apple. Además, el entramado creado por Apple para la sustitución de algunos de los componentes de sus dispositivos provoca que el usuario no pueda llevar a cabo la sustitución de manera independiente mediante una simple operación, como ocurre con los dispositivos de otras marcas, sino que solo se puede llevar a cabo en un centro autorizado de Apple.

IV. OTROS EJEMPLOS EN EL DERECHO COMPARADO.

La relevancia jurídica del pronunciamiento de la AGCM, junto con la confirmación de la sanción por el TAR Lazio, radica en que se ha convertido en uno de los últimos pronunciamientos a nivel europeo sobre prácticas desleales con consumidores que tienen como trasfondo la planificación de la vida útil de los productos. Sin embargo, la sanción impuesta por la AGCM a Apple no es la única que ha recibido el gigante de la tecnología a nivel europeo. A la decisión de la AGCM confirmada por el TAR Lazio, se suman otras resoluciones de autoridades de países de nuestro entorno que también han sancionado a Apple o han llegado a un compromiso de cambio en su política comercial basada en prácticas de obsolescencia programada. En este análisis nos interesaría destacar tres iniciativas que tratan la cuestión desde diferentes puntos de vista.

En primer lugar, nos centraremos en la actuación desarrollada por la “Competition and Markets Authority” (en adelante, CMA) de Reino Unido. En el Derecho inglés, la CMA tiene asignadas funciones en la investigación de concentraciones, la aplicación de las leyes “antitrust”, la investigación sectorial de los mercados, los cárteles delictivos con repercusiones penales, el apoyo a otras Autoridades reguladoras y la protección del consumidor⁶. En particular sobre este último ámbito, la CMA está facultada para iniciar procedimientos sancionadores

6 En Reino Unido, el control de las *unfair commercial practices* se ha conferido tradicionalmente a su Autoridad de Competencia –la extinta *Office of Fair Trading* (en adelante, OFT), hoy *Competition and Markets Authority*–. En particular, la OFT, durante sus años de vigencia, habría operado en tres ámbitos diferentes, como son: la protección del consumidor; el sector del crédito minorista y la protección de la competencia. No obstante, desde el 31 de marzo de 2014, los poderes de la OFT se transfirieron a otras autoridades. Sobre el funcionamiento de la antecesora de la CMA y las funciones que ha tenido tradicionalmente asignadas, puede consultarse con mayor detalle, WISH, R., y BAYLEY, D.: *Competition Law*, Oxford, 2018, pp. 63-66. También, KOUTSIAS, M., y WILLET, C.: “UK implementation of the Unfair Commercial Practices Directive” en AA.VV.: *The European Unfair Commercial Practices Directive. Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems*, (coord. por W. VAN BOOM, A. GARDE y O. AKSEL), Ashgate, Surrey, 2014, p. 37. Para una aproximación a la actividad de la CMA en la represión de las prácticas comerciales desleales, también

contra el incumplimiento de las normas que articulan la protección del consumidor, entre las que destaca la “Unfair Trading Regulation de 2008” que transpone en ese país la Directiva 2005/29/CE.

En el ámbito de la protección al consumidor desarrollada por la CMA, se han desarrollado las actuaciones tendentes a reducir el impacto que la práctica basada en la obsolescencia programada de Apple habría generado sobre el bienestar de los consumidores⁷. En sus investigaciones la CMA constató también que Apple no habría advertido a los consumidores de forma clara y suficiente de que el rendimiento de sus “smartphones” podía disminuir después de la actualización del software diseñada para gestionar el funcionamiento de las baterías de los dispositivos. Sin embargo, la autoridad advirtió que, desde el inicio de sus actuaciones, Apple habría modificado su conducta con el objeto de informar directamente al consumidor de las consecuencias que tendría sobre el rendimiento del dispositivo las actualizaciones propuestas. En esta ocasión, la empresa suscribió una serie de compromisos con la CMA que en definitiva se centraban en informar a los usuarios de iPhone que acceden a una actualización de software, si dicha actualización podrá influir en el rendimiento de sus dispositivos. También se comprometía la compañía a proporcionar información de fácil acceso para los usuarios sobre el estado de la batería y los apagones inesperados de sus terminales para que los consumidores pudieran tomar decisiones conscientes a fin de maximizar la vida útil de sus iPhones.

A pesar de las objeciones que podrían acompañar a la terminación convencional del procedimiento iniciado contra Apple en Reino Unido por estas prácticas, al eludir de esta manera la sanción que de otra forma le correspondería abonar a la compañía, la posibilidad de adoptar compromisos en procedimientos de competencia desleal y tutela del consumidor, demuestra ser una herramienta muy valiosa en la represión de las prácticas comerciales desleales con consumidores. Desde el punto de vista del profesional infractor, su interés radica en la posibilidad de evitar la potencial sanción que recaiga después de la completa instrucción del procedimiento. Desde la perspectiva del consumidor, la asunción de compromisos formales por parte del profesional con la CMA le obliga a modificar su comportamiento desleal y en el supuesto de que persista la infracción, habilitaría a la CMA para tomar medidas a través de los tribunales.

En segundo lugar, la “Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes”, esto es, la Dirección General de Competencia,

puede consultarse MARTÍ MOYA, V.: “El piecemeal approach de la tutela pública del consumidor contra las prácticas desleales en España frente al modelo italiano”, cit., p. 221.

7 Puede consultarse la información publicada por la CMA en su sitio web de 22 de mayo de 2019 “Apple pledges clearer information on iPhone performance” disponible en: <https://www.gov.uk/government/news/apple-pledges-clearer-information-on-iphone-performance>.

Consumo y Supresión del Fraude francesa (DGCCRF), en sus investigaciones también habría demostrado que los propietarios franceses de iPhone no habrían sido informados de que las actualizaciones del sistema operativo iOS (10.2.1 y 11.2) que instalaron en sus terminales podría haber provocado la disminución del funcionamiento de su dispositivo⁸. Estas actualizaciones, confirma la DGCCRF, incluyeron un dispositivo de administración de energía que, bajo ciertas condiciones y especialmente cuando las baterías no eran nuevas, podría ralentizar el funcionamiento de los modelos de iPhone 6 y 7. Según la investigación desarrollada por la DGCCRF los consumidores franceses ante esta circunstancia, al no poder volver a la versión anterior del sistema operativo, se habrían visto obligados a cambiar sus baterías o incluso comprar un nuevo “smartphone”. En consecuencia, la DGCCRF transmitió a la Fiscalía de París en 2019 las conclusiones de sus investigaciones que determinaron que esta falta de información a los consumidores constituía una práctica comercial engañosa por omisión. El resultado de esta investigación es que en Francia Apple por estas prácticas se enfrentó a una sanción de 25.000.000 euros (veinticinco millones de euros) y a la publicación, durante un mes, de un comunicado de prensa en su sitio web.

Por último, en la lucha contra la obsolescencia programada y el impacto que pueden tener estas prácticas desleales en el bienestar del consumidor, destaca la reciente iniciativa de la Comisión europea sobre esta materia, que ha presentado un nuevo Plan de Acción para la Economía Circular (marzo 2020). Con este objeto, la Comisión se propone prolongar el ciclo de vida de los dispositivos a través de impulsar sus reparaciones o la sustitución de piezas, así como la actualización de componentes y software. Esta iniciativa anunciada recientemente por la Comisión tiene su origen en el llamado “Nuevo marco para los consumidores” presentado en abril de 2018 en el que la Comisión anunciaba medidas en el ámbito del consumo sostenible. En el llamado “Nuevo marco para los consumidores” se argumentaba que, entre otros aspectos, el paquete de medidas aprobadas para garantizar un elevado nivel de protección a los consumidores, beneficiaría al medio ambiente, ya que una aplicación más estricta y mejores oportunidades de recurso individual de los consumidores frente a las prácticas desleales, que eran las medidas defendidas en el Nuevo Marco, podrían contribuir a disuadir a los profesionales a que realizaran prácticas desleales basadas en la obsolescencia programada.

V. REFLEXIONES FINALES.

La confirmación del TAR Lazio de la sanción impuesta a Apple por la Autoridad de Competencia Italiana por las prácticas desleales que habría desarrollado basadas en omisiones engañosas y prácticas agresivas que se han descrito en el

⁸ Vid., Le portail de l'Économie, des Finances, de l'Action et des Comptes publics: Transaction avec le groupe APPLE pour pratique commerciale trompeuse, disponible en: <https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/transaction-avec-le-groupe-apple-pour-pratique-commerciale-trompeuse>.

presente trabajo, vendría a constituir un importante precedente en la lucha contra la obsolescencia programada impuesta por los fabricantes de los productos.

Se trata esta de una sentencia histórica en materia de tutela al consumidor y prácticas desleales porque primero la AGCM y posteriormente el TAR Lazio confirmarían en sus respectivas resoluciones que la práctica del profesional basada en la obsolescencia programada de los productos, puede constituir un supuesto de prácticas desleales con los consumidores en el sentido de la Directiva de prácticas comerciales desleales.

En efecto, en el caso Apple Italia, las prácticas imputadas al profesional tienen como denominador común alterar significativamente la “scelta” del consumidor; esto es, su libertad de elección en relación a un bien o servicio, de manera que las omisiones engañosas sobre las características de las actualizaciones de los dispositivos impuestas por el profesional o la práctica agresiva en la que habría incurrido el profesional al someter al consumidor de manera insistente a las citadas actualizaciones, le provocan al consumidor una importante molestia que se traduce en la necesidad de reemplazar su antiguo dispositivo por uno nuevo por la dificultad en la que se encuentra a la hora de superar los inconvenientes que le impone el profesional si opta por la conservación de su antiguo terminal.

La loable celeridad con la que la Autoridad de Competencia Italiana ha sancionado a Apple por prácticas desleales basadas en su estrategia de obsolescencia programada o las decisiones adoptadas en Reino Unido por su Autoridad de Competencia y en Francia por la Dirección General de Competencia, Consumo y Supresión del Fraude que reafirman desde diferentes perspectivas la conducta desleal que habría cometido Apple con su actuación, se trata de pioneras resoluciones que demuestran que esta práctica puede ser perseguida por el Derecho de consumo, contra la competencia desleal, e incluso el Derecho penal, dependiendo de cómo han incorporado los países miembros el régimen comunitario de prácticas comerciales desleales con consumidores de la Directiva 2005/29/CE.

BIBLIOGRAFÍA

ANGULO GARZARO, A.: “La obsolescencia programada y el derecho de la competencia: ¿una conducta anticompetitiva perseguible por la autoridad de competencia?”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 51, 2019.

DI NELLA, L.: “Le pratiche commerciali sleali aggressive”, en *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, (coord. por G. DE CRISTOFARO), G. Giappicelli, Torino, 2007.

GENOVESE, A.: “L’enforcement e le tutele”, en AA.VV.: *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, (dir. por A. GENOVESE), Cedam, Verona, 2008.

GONZÁLEZ PONS, E.: *Prácticas agresivas y tutela del consumidor*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019.

GRAUSO, M. P.: *La concorrenza sleale. Profili di tutela giurisdizionale e presso le Authority*, Giuffrè, Milano, 2007.

KOUTSIAS, M., y WILLETT, C.: “UK implementation of the Unfair Commercial Practices Directive” en AA.VV.: *The European Unfair Commercial Practices Directive. Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems*, (coord. por W. VAN BOOM, A. GARDE y O. AKSELI), Ashgate, Surrey, 2014.

MARTÍ MOYA, V.: “El piecemeal approach de la tutela pública del consumidor contra las prácticas desleales en España frente al modelo italiano” en AA.VV.: *Estudios in memoriam del profesor Manuel Broseta Pont* (dir. por OLAVARRÍA IGLESIA, J. y coord. por MARTÍ MIRAVALLS, J.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

POELZIG, D.: “Private or Public Enforcement of the UCP Directive? Sanctions and Remedies to Prevent Unfair Commercial Practices”, en AA.VV.: *The European Unfair Commercial Practices Directive. Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems*, (coord. por W. VAN BOOM, A. GARDE, Y O. AKSELI), Ashgate, Surrey, 2014.

SOTO PINEDA, J. A.: “Reflexiones acerca de las posibles incompatibilidades de la obsolescencia programada con el sistema de defensa de los consumidores”, *Actualidad Civil*, núm. 6, 2015.

WISH, R., y BAYLEY, D.: *Competition Law*, Oxford, 2018.

