

Entrada en vigor de la modificación de la Ley de Competencia Desleal

Las principales modificaciones de la Ley de Competencia Desleal son las siguientes:

- (i) Se califica expresamente como acto de engaño la comercialización de un bien como idéntico a otro comercializado en otro Estado miembro cuando presente una composición o características significativamente diferentes.
- (ii) Se amplía el ámbito de las prácticas comerciales encubiertas a los servicios de la sociedad de la información, las redes sociales y las búsquedas *online*.
- (iii) Se incluyen tres nuevos supuestos de prácticas engañosas en el mercado digital: (a) revender entradas adquiridas por *bots*, (b) afirmar de que las reseñas han sido añadidas por consumidores que han adquirido los productos sin haber tomado medidas razonables para confirmarlo y (c) añadir y/o encargar reseñas falsas.
- (iv) Se regula como práctica agresiva la realización de visitas al domicilio del consumidor o usuario y la organización de excursiones con el objeto de promocionar o vender productos cuando no se cumplan determinados requisitos que se establecerán reglamentariamente.

1. INTRODUCCIÓN

El 28 de mayo de 2022 entra en vigor la reforma de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (la “**Ley de Competencia Desleal**” o “**LCD**”) introducida por el Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre,¹ a fin de trasponer, entre otras, la Directiva (UE) 2019/2161².

Esta Directiva tiene tres objetivos: (i) establecer un sistema de sanciones verdaderamente efectivo y proporcionado para disuadir y castigar las infracciones dentro de la Unión; (ii) establecer un sistema de

¹ Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes (“**Real Decreto-ley 24/2021**”).

² Directiva (UE) 2019/2161² del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión (la “**Directiva**”).

medidas correctoras individuales para los consumidores perjudicados por las vulneraciones de la normativa que les tutela; y (iii) modernizar esta normativa a la vista del continuo desarrollo de las herramientas digitales. Ahora bien, el legislador español ha considerado que la normativa interna proporciona ya un nivel de protección tal que no es necesario trasponer la Directiva en lo relativo a los dos primeros puntos³. De esta forma, el Real Decreto-ley 24/2021 se limita, en esencia, a actualizar la Ley de Competencia Desleal a la realidad del mercado digital.

Como se expondrá a continuación, las modificaciones introducidas en la ley se refieren a supuestos particulares de prácticas engañosas (arts. 5, 26 y 27 de la LCD) y prácticas agresivas (art. 31 de la LCD), que son los que, pese a que ya se encontraban comprendidos en el régimen general de actos y prácticas desleales, se ha considerado que, debido a su creciente incidencia en el mercado, requieren la introducción de un régimen específico de tutela.

2. MODIFICACIÓN DEL ART. 5 DE LA LCD RELATIVO A LOS ACTOS DE ENGAÑO

Se introduce un tercer apartado en virtud del cual *“se considera desleal cualquier operación de comercialización de un bien como idéntico a otro comercializado en otros Estados miembros, cuando dicho bien presente una composición o unas características significativamente diferentes, a menos que esté justificado por factores legítimos y objetivos”*.

Se trata de un caso que, lógicamente, ya se encontraba comprendido implícitamente dentro de los actos de engaño del art. 5 de la LCD, pero que el legislador europeo ha considerado que es necesario referir de forma expresa.

Este precepto responde a los problemas de calidad dual de los alimentos que vienen denunciando en los últimos años instituciones de la Unión Europea. Tal y como ha indicado la Comisión, consumidores de varios países de la UE han afirmado que la composición de determinados productos (p. ej., refrescos, café o palitos de pescado) es diferente en su país de origen comparada con la de otros productos vendidos bajo la misma marca y con un envase muy similar en otros Estados miembros. Así lo habían confirmado varios estudios comparativos, que revelan la existencia de productos en el mercado de la UE con una marca y presentación aparentemente similar, pero que incorporan, por ejemplo, un contenido diferente de carne o pescado, un mayor contenido de materia grasa o diferentes tipos de edulcorantes en unos Estados miembros y en otros.

En este sentido, se establece que las autoridades competentes deberán evaluar y abordar, caso por caso, tales prácticas con arreglo a la Directiva 2005/29/CE. A la hora de realizar dicha evaluación deberán tener en cuenta (i) si tal diferenciación resulta fácilmente identificable por los consumidores, (ii) el derecho del comerciante a adaptar los bienes de la misma marca a los distintos mercados geográficos debido a factores legítimos y objetivos, como el derecho nacional, la disponibilidad o la estacionalidad de las

³ Y ello dado que (i) los artículos 47 y ss. del 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 (“TRLGCIU”), establecen un sistema sancionador que tiene en consideración los criterios previstos en los arts. 1 y 2 de la Directiva, y (ii) el art. 33 de la Ley de Competencia Desleal contempla la legitimación activa de los consumidores para ejercitar las acciones previstas en ella para la protección de sus intereses.

materias primas o las estrategias voluntarias para mejorar el acceso a alimentos saludables y nutritivos, y (iii) el derecho de los comerciantes a ofrecer productos de la misma marca en paquetes de distinto peso o volumen en diferentes mercados geográficos.

3. MODIFICACIÓN DEL ART. 26 DE LA LCD RELATIVO A LAS PRÁCTICAS COMERCIALES ENCUBIERTAS

Este artículo se ha modificado con la finalidad de aclarar específicamente que la protección del consumidor requiere que se le informe de toda aquella publicidad, promoción o clasificación preferente de los distintos productos o servicios que haya sido remunerada a fin de evitar la publicidad encubierta.

3.1 PUBLICIDAD ENCUBIERTA REALIZADA EN SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y EN REDES SOCIALES

En este sentido, se modifica ligeramente el primer apartado del artículo para incluir la publicidad encubierta realizada en servicios de la sociedad de la información y en redes sociales.

Pese a que en los últimos años la publicidad realizada por medio de *influencers* se ha posicionado como uno de los principales canales de comunicación comercial, esta actividad carecía de una normativa específica que se adecuase a las particularidades de este tipo de publicidad.

Así, uno de los principales motivos de preocupación en relación con la actividad de los *influencers* ha sido la publicidad encubierta, esto es, publicidad que no es identificable como tal por el público destinatario.

Si atendemos al contenido publicado por los *influencers*, en muchas ocasiones estos utilizan productos que, o bien recomiendan expresamente, o bien simplemente usan en sus fotos o vídeos. En estos casos, no es infrecuente que del contenido de la comunicación no se pueda determinar si nos encontramos ante una publicidad orquestada por el anunciante o por una opción independiente del *influencer*⁴.

Aunque la Ley de Competencia Desleal exige que se informe del carácter comercial de las comunicaciones, este sistema no parece ser suficiente para evitar que algunos *influencers* continúen realizando publicidad encubierta en sus perfiles o, cuando menos, para que no siempre sea sencillo discernir la naturaleza promocional de una determinada publicación.

⁴ En este sentido, ya a finales de 2019 un particular presentó una reclamación ante el Jurado de Autocontrol contra una publicidad realizada por la *influencer* Paulina Eriksson relativa a unos auriculares inalámbricos de la marca Urbanista. En concreto, aparecía la imagen de la chica sujetando un móvil justo al lado de dichos auriculares y se incluía un texto en el que la *influencer* glosaba los beneficios y características del artículo. El Jurado concluyó que se había realizado publicidad encubierta incompatible con el principio de autenticidad que recoge la norma 13 de Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol, dado que (i) el contenido y características del *post* reunían indicios suficientes como para afirmar la existencia de un propósito publicitario, puesto que se enfocaba en un único producto (los auriculares) y se limitaba a exaltar sus virtudes y ventajas; (ii) la naturaleza publicitaria del mensaje no resultaba identificable por el destinatario, habida cuenta de que se incluía en la propia red social de la líder de opinión induciéndole a pensar que se trataba de un mera opinión personal; (iii) por último, no se identificó el mensaje de forma expresa y suficiente como publicidad, ya que, aunque en un momento dado la autora añadió la advertencia “Ad”, dicha advertencia se insertó al final del mensaje de manera diluida, pasando totalmente desapercibida para el público destinatario.

En este contexto, dada la importancia que ha tenido en los últimos años (y sigue teniendo) la comunicación realizada en redes sociales y en otros servicios de la sociedad de la información —y, en particular entre la población más joven—, en octubre de 2020, la Asociación Española de Anunciantes y Autocontrol, junto con el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital y el Ministerio de Consumo, firmaron un *Protocolo de fomento de la autorregulación en medios digitales*.

Este protocolo se tradujo en el *Código de conducta sobre el uso de influencers en la publicidad*, que entró en vigor el 1 de enero de 2021 (el “Código”). En él se establecen distintas normas éticas que, si bien no resultan de aplicación a aquellas empresas o *influencers* que no estén adheridos a la Asociación Española de Anunciantes, a Autocontrol o a dicho Código, sirven de referencia a la hora de delimitar los siguientes aspectos:

(i) cuándo hay que informar de que se trata de publicidad remunerada:

“Se considerarán menciones o contenidos publicitarios todas aquellas menciones o contenidos —gráficos, de audio o visuales— que acumulativamente:

a. estén dirigidos a la promoción de productos o servicios;

b. sean divulgados en el marco de colaboraciones o compromisos recíprocos, siendo la divulgación del citado contenido objeto de un pago u otra contraprestación por parte del anunciante o sus representantes; y

c. el anunciante o sus agentes ejerzan un control editorial sobre el contenido divulgado (estableciendo previamente todo o parte del mismo y/o validándolo).

Por el contrario, no tendrán la consideración de publicitarios y, por tanto, no les resultará de aplicación el presente Código, a los contenidos que tengan naturaleza puramente editorial, ni a los contenidos divulgados por influencers que respondan a su propia y única iniciativa, sin relación con la empresa anunciante o sus agentes”⁵.

(ii) cuándo se considerará que una publicidad es remunerada:

“Tendrán la consideración de contraprestaciones, entre otros: el pago directo (o indirecto a través de agencias), la entrega gratuita de un producto, las entradas gratuitas a eventos, la prestación gratuita de un servicio, los cheques regalo, las bolsas regalo y los viajes”.

(iii) cómo hay que informar de ello:

“La naturaleza publicitaria de las menciones realizadas por influencers o de los contenidos digitales divulgados por estos, que tengan tal consideración publicitaria, deberá ser identificable para sus seguidores.

En aquellos casos en los que dicha naturaleza publicitaria no sea clara y manifiesta a la vista de la propia mención o contenido, se deberá incluir una indicación explícita, inmediata y adecuada al medio y mensaje sobre la naturaleza publicitaria de tales menciones o contenidos.

a. A tal fin se recomienda usar indicaciones genéricas claras tales como “publicidad”, “publi”, “en colaboración con” o “patrocinado por”, o alternativamente descriptivas en función de la concreta colaboración de que se trate (por ejemplo, “Embajador de [marca]”, “Gracias a [marca]”, “Regalo de [marca]”, “Viaje patrocinado”, etc.).

b. Por el contrario, se desaconsejan indicaciones genéricas (tipo “información”, “legal” o similar), indicaciones que requieran una acción por parte del usuario (por ejemplo, hacer clic), e indicaciones poco claras (tales como “Colab”, “Sponso” o “sp”).

⁵ En este sentido, el Jurado de Autocontrol, en su Resolución de 12 de marzo de 2021 (Nesquik.Internet), desestimó la reclamación presentada por un particular frente a Nestlé España, S.A., entre otras razones, porque el contenido difundido no tenía una finalidad promocional que fuese el resultado de un marco de colaboración sobre el que el anunciante ejerciese el control editorial.

c. La indicación relativa a la naturaleza publicitaria de la mención o contenido debe mantenerse o añadirse cuando el influencer comparte o “repostea” el contenido sujeto a este Código en otras redes, plataformas o páginas web”.

De este modo, el Código trata de regular las cuestiones relevantes que había apuntado la doctrina más autorizada.

Por su parte, desde la entrada en vigor del Código, Autocontrol ya ha resuelto varias reclamaciones interpuestas por particulares y por la Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC) por la realización de publicidad encubierta por parte de *influencers*. Dichas resoluciones se pueden agrupar en dos grupos diferenciados: (i) las publicaciones de *influencers* en las que se realizaba publicidad sin informar claramente de ello incluyendo la advertencia “ad” diluida entre otras indicaciones finales y *hashtags*⁶, y (ii) las publicaciones en las que, mediante *stories* de Instagram (esto es, publicaciones que se encuentran disponibles únicamente durante un plazo determinado y que permiten que los usuarios hagan preguntas al *influencer* y que este les responda), los *influencers* anunciaban la posibilidad de ganar dinero con apuestas deportivas y terminaban los *posts* remitiendo a los perfiles de diversos *tipsters*⁷ profesionales⁸. En todos estos casos, el Jurado de Autocontrol concluyó que nos encontrábamos ante publicidad encubierta.

3.2 PUBLICIDAD ENCUBIERTA REALIZADA EN BÚSQUEDAS ONLINE

Asimismo, se introduce un segundo apartado en el artículo 26 de la LCD a fin de regular como una práctica comercial encubierta el hecho de facilitar “*resultados de búsquedas en respuesta a las consultas en línea efectuadas por un consumidor o usuario sin revelar claramente cualquier publicidad retribuida o pago dirigidos específicamente a que los bienes o servicios obtengan una clasificación superior en los resultados de las búsqueda, entendiéndose por clasificación la preeminencia relativa atribuida a los bienes o servicios, en su presentación, organización o comunicación por parte del empresario, independientemente de los medios tecnológicos empleados para dicha presentación, organización o comunicación*”.

En virtud de este precepto, cuando un comerciante haya pagado directa o indirectamente al proveedor de la funcionalidad de búsqueda en línea para que un producto obtenga una clasificación superior en los resultados de las búsquedas, dicho proveedor debe informar de ello a los consumidores de forma concisa, fácilmente accesible y comprensible.

⁶ Resolución del Jurado de Autocontrol de 16 de abril de 2021 (Valor 99% Negro *Influencer* Internet), que trae causa de la reclamación interpuesta por un particular frente a Chocolates Valor, S.A., por la publicidad realizada por Patry Montero; Dictamen del Jurado de Autocontrol de 9 de abril de 2021 (Oppo *Influencer* Internet), que trae causa de la reclamación interpuesta por un particular frente a Brand New Ways Comunicaciones, S.L., por la publicidad realizada por Carolina Denia; y Resolución del Jurado de Autocontrol de 5 de marzo de 2021 (Samsung *influencer*), que trae causa de la reclamación interpuesta por un particular frente a Samsung Electronics Iberia, S.A., por la publicidad realizada por Sandra Barneda.

⁷ Se conoce como *tipster* a la persona que, a cambio de una remuneración, comparte pronósticos sobre apuestas deportivas y consejos para apostar.

⁸ La Asociación de Usuarios de la Comunicación dirigió su reclamación tanto frente al anunciante como a los *influencers* que realizaron la publicidad, lo que dio lugar a las Resoluciones del Jurado de Autocontrol de 19 de febrero de 2021 frente a Westapuesta, S.L. (*Influencers*), James Lover (James Lover *Influencer*), Marina Yers (Marina Yers *Influencer*), Paulagarciamaciaa (Paulagarciamaciaa *Influencer*), Jesuseda (Jesuseda *Influencer*) y Ggpica (Ggpica *Influencer*).

La Directiva proporciona en su exposición de motivos ejemplos de en qué podría consistir un pago indirecto y, en concreto, menciona la aceptación por parte de un comerciante de obligaciones adicionales de cualquier tipo respecto del proveedor de la funcionalidad de búsqueda en línea que tenga como efecto concreto una clasificación superior o una comisión mayor por transacción, así como distintos sistemas de compensación que den lugar en concreto a una clasificación superior. Asimismo, aclara que los pagos por servicios generales, como comisiones de venta o suscripciones de miembros, relativos a una amplia gama de funcionalidades ofrecidas por el proveedor de la funcionalidad de búsqueda en línea al comerciante, no deben considerarse un pago para conseguir específicamente que los productos obtengan una clasificación superior, siempre y cuando tales pagos no estén destinados a obtener dicha clasificación.

4. MODIFICACIÓN DEL ART. 27 DE LA LCD RELATIVO A OTRAS PRÁCTICAS ENGAÑOSAS

Se incluyen tres supuestos adicionales a las prácticas engañosas previstas en el art. 27 de la LCD:

“Igualmente se consideran desleales por engañosas las prácticas que: [...]

6. Consistan en la reventa de entradas de espectáculos a los consumidores o usuarios si el empresario las adquirió empleando medios automatizados para sortear cualquier límite impuesto al número de entradas que puede adquirir cada persona o cualquier otra norma aplicable a la compra de entradas.

7. Afirman que las reseñas de un bien o servicio son añadidas por consumidores y usuarios que han utilizado o adquirido realmente el bien o servicio, sin tomar medidas razonables y proporcionadas para comprobar que dichas reseñas pertenezcan a tales consumidores y usuarios.

8. Añadan o encarguen a otra persona física o jurídica que incluya reseñas o aprobaciones de consumidores falsas, o distorsionen reseñas de consumidores o usuarios o aprobaciones sociales con el fin de promocionar bienes o servicios”.

Veámoslos detalladamente.

4.1 LA REVENTA DE ENTRADAS DE ESPECTÁCULOS MEDIANTE LA UTILIZACIÓN DE BOTS

En los últimos años no ha sido infrecuente que las entradas de determinados espectáculos se agoten a las pocas horas de que salgan a la venta. Si bien una parte de las entradas son adquiridas por los fans, varios estudios acreditan que muchas son compradas por *bots* (i. e., un programa informático que efectúa automáticamente tareas reiterativas mediante Internet) con la finalidad de revenderlas en páginas independientes a un precio superior.

Dado que esta práctica perjudica gravemente los derechos de los consumidores, el legislador europeo ha considerado que es necesario prohibir a los comerciantes la reventa a los consumidores de entradas de espectáculos culturales y deportivos que hayan adquirido empleando programas (*software*) como *bots* que les permitan comprar un número de entradas que exceda los límites técnicos impuestos por el vendedor primario de las entradas o sortear cualquier otro medio técnico empleado por el vendedor primario para garantizar la accesibilidad de las entradas a todos los individuos.

Esta prohibición se encuentra en línea con las medidas adoptadas por países como Estados Unidos, donde en 2016 entró en vigor la *Better Online Ticket Sales (BOTS) Act* a fin de limitar estas conductas.

Pese a que se trata de un problema que se ha extendido a otros productos distintos de la compraventa de entradas de espectáculos, la norma no prevé otros supuestos en los que los *bots* limiten el acceso de los consumidores a otros productos, como podrían ser los juguetes —donde se está observando un fenómeno similar—.

En este sentido, en Estados Unidos, ante el desabastecimiento de los juguetes más populares y su posterior reventa a precios incrementados, actualmente se está tramitando la *Stopping Grinch Bots Act of 2021*. Esta norma complementaría la *Better Online Ticket Sales Act*, ya que mantiene la misma literalidad que aquella norma, ampliando el objeto sobre el que recaería la conducta prohibida, esto es, en vez de “entrada de eventos” se refiere a productos o servicios de forma genérica.

De esta forma, el legislador español ha optado por trasponer simplemente lo previsto en la Directiva sin tratar de abarcar las últimas tendencias en este punto y sin incluir medidas adicionales, tal y como contempla la propia Directiva.

4.2 LAS RESEÑAS SOBRE PRODUCTOS O SERVICIOS COMERCIALIZADOS

Los dos últimos puntos de este artículo responden a las dos caras de una misma moneda: muchos consumidores se basan en las reseñas de otros consumidores sobre los productos o servicios a la hora de tomar la decisión de contratar, por lo que se debe garantizar que dichas reseñas son verdaderas.

En efecto, en los últimos años, debido a la importancia de las reseñas en la toma de decisión del consumidor, se ha generado un mercado de compraventa de reseñas en el que se permite pagar un precio a cambio de obtener reseñas positivas sobre un producto o servicio.

Si bien los preceptos introducidos en esta reforma están dirigidos a eliminar esta práctica, no parece que su transposición a la normativa nacional vaya a generar un gran impacto en el mercado, ya que los principales operadores ya implementaron medidas para garantizar la veracidad de las reseñas de su página web a la vista de lo previsto en la Directiva. Por ejemplo, hoy en día es habitual que se identifiquen claramente aquellas reseñas en las que el consumidor ha adquirido efectivamente el producto (i. e., las denominadas *opiniones verificadas*).

5. MODIFICACIÓN DEL ART. 31 DE LA LCD RELATIVO A OTRAS PRÁCTICAS AGRESIVAS

Se incluye un cuarto apartado en virtud del cual *“las visitas no solicitadas efectuadas por el empresario en el domicilio del consumidor o usuario o las excursiones organizadas por el mismo con el objetivo o el efecto de promocionar o vender bienes o servicios, en el caso de que no respeten los términos de las restricciones establecidas en virtud del artículo 19.7”* del TRLGCYU, serán consideradas desleales por ser una práctica abusiva.

En este sentido, se ha modificado el art. 19 del TRLGCYU para incluir un séptimo apartado que establece que *“la Administración pública competente, con el fin de proteger en mayor medida los intereses legítimos de los consumidores y usuarios, podrá restringir, en los términos que se establezca, determinadas formas y aspectos de las visitas no solicitadas efectuadas por el empresario en el domicilio del consumidor y usuario o las excursiones organizadas por el mismo con el objetivo o efecto de promocionar o vender*

bienes o servicios. Las disposiciones que se adopten serán proporcionadas y no discriminatorias, sin que en ningún caso puedan implicar la prohibición de los citados canales de venta, salvo cuando se basen en motivos distintos a la protección de los consumidores, tales como el interés público o el respeto de la vida privada de los mismos”.

Este precepto entrará también en vigor el 28 de mayo de 2022 y, como puede apreciarse, requiere un desarrollo reglamentario que, de momento, no se ha producido. De esta forma, aunque el apartado 4 del art. 31 de la LCD entre en vigor en mayo de 2022, hasta que se produzca este desarrollo normativo, la aplicación práctica de este concreto precepto es limitada.

6. ABOGADOS DE CONTACTO



Montiano Monteagudo Monedero

Socio

+34 934165523 / +34 629858240

montiano.monteagudo@uria.com



Ingrid Pi i Amorós

Socia

+34 915864558 / +34 661394885

ingrid.pi@uria.com



Borja Sainz de Aja Tirapu

Socio

+34 915860620 / +34 639885008

borja.sainzdeaja@uria.com



Carles Vendrell Cervantes

Socio

+34 915860599 / +34 690820532

carles.vendrell@uria.com



Francisco Javier García Pérez

Counsel

+34 934165638 / +34 699329775

javier.garcia@uria.com
