

Foro de Actualidad

España

LA MODIFICACIÓN DE LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL PARA ADAPTARLA AL MERCADO DIGITAL: NOVEDADES DEL REAL DECRETO-LEY 24/2021

Ana Ortega Redondo

Abogada del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje

La modificación de la Ley de Competencia Desleal para adaptarla al mercado digital: novedades del Real Decreto-Ley 24/2021

El 28 de mayo de 2022 ha entrado en vigor la reforma de la Ley de Competencia Desleal operada por el Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, que transpone, entre otras, la Directiva (UE) 2019/2161 y modifica la Ley de Competencia Desleal para adaptarla a la realidad del mercado digital. Este trabajo pretende exponer cuáles son las modificaciones, a qué se deben y qué implicaciones podrían tener.

PALABRAS CLAVE:

LEY DE COMPETENCIA DESLEAL, INFLUENCER, RESEÑAS, VISITAS, BOTS, CALIDAD DUAL DE LOS ALIMENTOS, BÚSQUEDAS ONLINE.

The modification of the Unfair Competition Law to adapt it to the digital market: novelties of Royal Decree-Law 24/2021

On 28 May 2022, the amendment of the Unfair Competition Law, introduced by Royal Decree-Law 24/2021 of 2 November, which transposes, among others, Directive (EU) 2019/2161 and amends the Unfair Competition Law to adapt it to the reality of the digital market, came into force. This paper aims to explain what the amendments are, what they are due to and what implications they could have.

KEY WORDS:

UNFAIR COMPETITION LAW, INFLUENCER, REVIEWS, VISITS, BOTS, DUAL QUALITY OF FOOD, ONLINE SEARCHES.

FECHA DE RECEPCIÓN: 30-5-2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 1-6-2022

Ortega Redondo, Ana (2022). La modificación de la Ley de Competencia Desleal para adaptarla al mercado digital: novedades del Real Decreto-ley 24/2021. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 58, pp. 125-136 (ISSN: 1578-956X).

El pasado 28 de mayo entró 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 noviembre¹, 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 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) y prácticas agresivas (art. 31), que son los que, pese a que ya se encontraban comprendidos en el régimen general de actos y prácticas desleales —recordemos que la prohibición general de actos desleales prevista en el art. 4 de la LCD desempeña el papel de cláusula de cierre del sistema de represión del de la competencia desleal y asegura su aplicación a prácticas comerciales que presenten perfiles que ahora no se conocen o que ahora no exigen una respuesta particular⁴—, se ha considerado que, debido a su creciente incidencia en el mercado, requieren la introducción de un régimen específico de tutela.

1. 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 Comisión⁵, con-

sumidores 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 habrían 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, el 24 de julio de 2019 la Comisión publicó un estudio que evaluaba las diferencias en la composición de los productos alimenticios de la UE y que concluyó que, si bien en la mayoría de los casos la composición coincidía con la presentación de los productos⁶, el 9 % de los productos presentados como idénticos en toda la UE tenía una composición diferente (i. e., aunque la parte frontal de su envase era idéntica, su composición era distinta) y otro 22 % tenía la parte frontal de su envase similar y una composición diferente.

En este contexto se han establecido una serie de medidas para solucionar esta situación, entre las que se encuentra aclarar cuándo la calidad dual de los productos es una práctica engañosa. Según la exposición de motivos de la Directiva, a falta de una disposición expresa, la experiencia en la aplicación de la normativa vigente ha puesto de relieve que tal vez no quede claro para los consumidores, los comerciantes y las autoridades nacionales competentes que esta práctica puede ser contraria a la Directiva 2005/29/CE y, por consiguiente, establece que dicha directiva debe modificarse para garantizar la seguridad jurídica tanto para los comerciantes como para las autoridades encargadas de velar por el cumplimiento de las normas.

Así, 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 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.

En concreto, a fin de evaluar si la diferenciación resulta fácilmente identificable por los consumidores, se debe examinar la disponibilidad y adecuación de la información. Es importante que los consumidores estén informados acerca de la diferenciación de los bienes debido a factores legítimos y objetivos. En este sentido, si bien los comerciantes deben tener la libertad de facilitar dicha información de distintas maneras que permitan a los consumidores tener acceso a la información necesaria, deben inclinarse por lo general por alternativas distintas a la de facilitar esta información en la etiqueta de los productos. En cualquier caso, como no podría ser de otra manera, deben respetarse las normas sectoriales pertinentes de la Unión y las normas relativas a la libre circulación de mercancías.

2. 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 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.

2.1. Publicidad encubierta realizada en servicios de la sociedad de la información y en redes sociales

De esta forma, 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* —esto es, como es ya sabido, personas que se considera que tienen un alto nivel de influencia sobre el público por su elevado número de seguidores en redes sociales y/o medios de comunicaciones digitales y que interactúan tanto a través de *tweets*, vídeos y *posts*, como a través de mensajes en *blogs* u otros⁷— 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 publicidad⁸.

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 destinatario⁹.

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*¹⁰.

Aunque en el año 2014 se modificó el artículo 20.1 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico ("LSSI") por la disposición final 2.3 de la Ley General de Telecomunicaciones¹¹ y, desde entonces no es necesario incluir las palabras "publicidad" o su abreviatura "publi", sigue siendo exigible en virtud de la LCD informar del carácter comercial de las comunicaciones.

En efecto, el art. 5.1 de la LCD establece: "*Se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida sobre alguno de los siguientes aspectos: [...] d) El alcance de los compromisos del empresario o profesional, los motivos de la conducta comercial y la naturaleza de la operación comercial o el contrato, así como cualquier afirmación o símbolo que indique que el*

empresario o profesional o el bien o servicio son objeto de un patrocinio o una aprobación directa o indirecta".

Asimismo, el art. 7.1 dispone: *"Se considera desleal la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa. Es también desleal si la información que se ofrece es poco clara, ininteligible, ambigua, no se ofrece en el momento adecuado, o no se da a conocer el propósito comercial de esa práctica, cuando no resulte evidente por el contexto"*.

Por último, el art. 26 establece: *"Se considera desleal por engañoso incluir como información en los medios de comunicación, comunicaciones para promocionar un bien o servicio, pagando el empresario o profesional por dicha promoción, sin que quede claramente especificado en el contenido o mediante imágenes y sonidos claramente identificables para el consumidor o usuario que se trata de un contenido publicitario"*.

A pesar de ello, 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 publicación¹².

Como recordó la CNMC¹³, *"el marco normativo europeo permite considerar a los creadores de contenidos que difunden sus servicios a través de plataformas de intercambio de vídeos como prestadores de servicios de comunicación audiovisual. Actualmente hay varias iniciativas europeas y nacionales que atestiguan la relevancia de estos agentes y la necesidad de someter su actuación a normas más concretas de regulación en ámbitos tan relevantes como la protección del menor o la emisión de comunicaciones comerciales"*.

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;
- 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"¹⁴.

- 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").
- 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. En este sentido, TATO PLAZA¹⁵ ya señaló que *"un mensaje publicitario debe ser calificado como publicidad encubierta cuando, pese a perseguir una finalidad publicitaria y no ser ésta fácilmente identificable por los destinatarios, no incluye advertencias que informen explícitamente al*

público de los consumidores de aquella finalidad". En concreto, este autor apunta la complejidad de determinar si había una contraprestación económica cuando puede acreditarse la entrega gratuita de un producto sin que pueda probarse que constituya una prestación por la difusión, y concluía que en estos casos se debe atender a los indicios que muestren el propósito publicitario del mensaje (en concreto, *"deberán analizarse las características del mensaje difundido por el influencer; y, en base a las mismas, deberá determinarse si aquél está justificado editorialmente o si, por el contrario, carece total o parcialmente de justificación editorial"*). Asimismo, proporciona indicaciones sobre cuándo la advertencia del propósito promocional del mensaje resulta suficiente para que el público identifique de forma clara e inequívoca la naturaleza publicitaria de la comunicación. Para ello, debe atenderse, por un lado, al tenor literal de la advertencia, la cual debe identificar clara e inequívocamente el carácter publicitario del mensaje, siendo suficiente con que se utilicen expresiones como "publicidad", "publi", "en colaboración con", etc. No considera el autor suficientemente claras las expresiones "legal" o "información", que pueden ser excesivamente genéricas, o abreviaturas en otros idiomas (como "collab" o "sp"). Igualmente, la advertencia debe estar ubicada en el propio mensaje y debe informar al destinatario del carácter publicitario del mensaje de forma inmediata.

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*¹⁶, 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*¹⁷ profesionales¹⁸. En todos estos casos el Jurado de Autocontrol concluyó que nos encontrábamos ante publicidad encubierta.

2.2. Publicidad encubierta realizada en búsquedas *online*

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.

La Directiva proporciona en su exposición de motivos ejemplos de pagos indirectos 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.

3. 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.

3.1. 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 superior¹⁹.

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.

Esta norma, con una literalidad muy similar a la prevista en la Directiva, establece que:

"Será ilegal que cualquier persona (A) eluda una medida de seguridad, un sistema de control de acceso u otro control o medida tecnológica en un sitio web de Internet o servicio en línea que sea utilizado por el emisor de las entradas para hacer cumplir los límites de compra de entradas para eventos publicados o para mantener la integridad de las normas de pedido de compra de entradas en línea publicadas; o (B) venda u ofrezca la venta de cualquier entrada de un evento en el ámbito interestatal obtenidas en violación del subpárrafo (A) si la persona que vende u ofrece vender la entrada (i) ha participado directamente o ha tenido la capacidad de controlar la conducta que infringe el subpárrafo (A); o (ii) sabía o debería haber sabido que la entrada del evento fue adquirida en violación del subpárrafo (A)" (traducción propia).

Como puede apreciarse, la prohibición se encuentra limitada a las entradas de eventos, que la propia norma describe como *"cualquier certificado, documento, vale, ficha u otro medio de prueba ya sea físico, electrónico o de otra forma, que indique que el portador, poseedor, o persona con derecho a la posesión a través de la compra o de otro modo tiene (A) un derecho, privilegio o licencia para entrar en un evento u ocupar un asiento o área particular en un evento con respecto a uno o más eventos; o (B) un derecho a comprar tal derecho, privilegio, o licencia con respecto a uno o más eventos futuros"* (traducción propia).

Pese a que se trata de un problema que se ha extendido a otros productos distintos de la compra-venta 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 efecto, 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 genérica²⁰.

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.

3.2. 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 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 servicio²¹.

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*).

4. 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 entró también en vigor el 28 de mayo de 2022 y, como puede apreciarse, requiere un desarrollo reglamentario que, de momento, no se ha producido. Así, aunque el apartado 4 del art. 31 de la LCD ya se encuentra en vigor, hasta que se produzca este desarrollo normativo, su aplicación práctica es limitada.

Notas

- 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 (el "Real Decreto-ley 24/2021").
- 2 Directiva (UE) 2019/2161 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").
- 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 LCD contempla la legitimación activa de los consumidores para ejercitar las acciones previstas en ella para la protección de sus intereses.
- 4 Por todos, MASSAGUER, José (2006). *El nuevo derecho contra la competencia desleal: la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*. Madrid: Thomson Civitas, pág. 96.
- 5 Comunicado de prensa de la Comisión Europea de 24 de junio de 2019 sobre la calidad dual de los alimentos disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_19_3332.
- 6 El 23 % de los productos tenía una parte frontal del envase idéntica y una composición idéntica, y el 27 % de los productos indicaba su composición diferente en distintos países de la UE con una parte frontal también diferente.
- 7 En este grupo se vienen incluyendo los denominados *social media influencers, bloggers, youtubers, instagrammers y facebookers*.
- 8 ROSSELLÓ RUBERT, Francisca María (2021). Régimen jurídico y supervisión de la actividad publicitaria del *influencer* en plataformas digitales. *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 2021, pág. 91.
- 9 TATO PLAZA, Anxo (2019). Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en redes sociales (*influencers*). *Revista de Derecho Mercantil*, vol. 2019.
- 10 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 focalizaba 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.
- 11 Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.
- 12 A efectos ejemplificativos, GUTIÉRREZ GARCÍA, Elisa (2021). La publicidad encubierta a través de *influencers*: la urgencia de una regulación. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n.º 29, Sección Estudios, apuntaba que "Desconocer a estos agentes y la evolución natural del mercado hace que las regulaciones sobre materias que puedan quedar afectadas nazcan obsoletas y expongan innecesariamente a los destinatarios y al mercado a distorsiones que en ningún caso son deseables. El especial dinamismo de la publicidad y su alcance global en Internet y las redes sociales impone la necesidad de crear instrumentos que permitan afrontar las prácticas desleales en materia publicitaria para beneficio de todos. Atajar y frenar legislativamente la dispersión de las comunicaciones comerciales que resulten ilícitas ya por el mero hecho de no identificarse deviene tan necesario como urgente".
- 13 Informe relativo al Anteproyecto de Ley General de Comunicación Audiovisual IPN/CNMC/042/20, de 18 de diciembre de 2020.
- 14 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.
- 15 TATO PLAZA, Anxo (2019): Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en redes sociales (*influencers*). *Revista de Derecho Mercantil*, vol. 2019.
- 16 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.
- 17 Se conoce como *tipster* a la persona que, a cambio de una remuneración, comparte pronósticos sobre apuestas deportivas y consejos para apostar.
- 18 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).

19 Así lo han puesto de manifiesto los medios de comunicación en diversas ocasiones. A efectos ejemplificativos, podemos citar la noticia de *El Confidencial* de 30 de mayo de 2016 titulada "Entradas agotadas: cómo los 'bots' compran tickets de forma masiva para su reventa" (disponible en: https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2016-05-30/bots-especulacion-entradas-ticketmaster_1207423/); el artículo de *Expansión* de 24 de noviembre de 2017 titulado "La música en vivo, en guerra contra los 'bots' de reventa de entradas" (disponible en: <https://www.expansion.com/economia-digital/innovacion/2017/11/24/5a156804468aeb8fd8b4576.html>); el artículo de *Cinco Días* de 7 de diciembre de 2020 titulado "Los bots cazadores de gangas adulteran las compras a través de internet" (disponible en: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/12/06/companias/1607255505_862901.html).

20 "Será ilegal que cualquier persona (A) eluda una medida de seguridad, un sistema de control de acceso u otro control o medida tecnológica en un sitio web o servicio en línea de Internet previsto para hacer cumplir los límites de compra publicados o para gestionar el inventario; o (B) venda u ofrezca la venta de cualquier producto o servicio en el comercio interestatal obtenido en violación del subpárrafo (A) si la persona que vende u ofrece la venta del producto o servicio (i) participó directamente en la conducta que infringe el subpárrafo (A) o tuvo la capacidad de controlar dicha conducta; o (ii) sabía o debería haber sabido que el producto o servicio fue adquirido en violación del subpárrafo (A)" (traducción propia).

21 De esta forma, el 10 de mayo de 2021 el periódico *20 Minutos* publicó una noticia titulada "Filtran una red masiva de reseñas falsas en Amazon" (disponible en: <https://www.20minutos.es/tecnologia/actualidad/filtran-una-red-masiva-de-resenas-falsas-en-amazon-4691282/>) en la que se explica que "Safety Detectives, una empresa dedicada a la ciberseguridad, afirma haber descubierto 'una base de datos abierta de ElasticSearch que expone una estafa organizada de reseñas falsas que afecta a Amazon'".