

NUEVAS PRÁCTICAS COMERCIALES PROHIBIDAS

Ángel García Vidal

Catedrático de Derecho Mercantil

Universidad de Santiago de Compostela

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

Fecha de publicación: 16 de noviembre de 2021

1. Consideraciones generales

En el libro sexto del Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre (publicado en el BOE del 3 de noviembre y en vigor desde el día siguiente) se transpone al ordenamiento español la Directiva (UE) 2019/2161, que modificó varias directivas previas con el fin de mejorar la aplicación y modernizar las normas de protección de los consumidores de la Unión. En este caso la transposición se realiza dentro de plazo, pero apurándolo de tal manera que, para respetarlo, se recurre – una vez más- a un Real Decreto-ley, que de instrumento excepcional está pasando a ser casi la norma habitual.

Entre las directivas que modificó la Directiva (UE) 2019/2161 que ahora se transpone se encuentra la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores, lo que explica que el Real Decreto-ley 24/2021 haya introducido en la legislación española nuevos actos y prácticas comerciales de competencia desleal, objeto de análisis del presente documento.

Algunos actos se incluyen en la Ley de Competencia Desleal (Ley 3/1991) y otros en la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007). Ello es debido a que, como es sabido, tras la Ley 29/2009, de transposición de la Directiva 2005/29/CE, las prácticas comerciales de los empresarios dirigidas a los consumidores son reguladas en ambos textos legales.

2. Introducción de nuevos actos y prácticas comerciales desleales de carácter engañoso

2.1. El Real Decreto-ley 24/2021 introduce en la Ley de Competencia Desleal nuevos supuestos de competencia desleal por engaño, tanto en la regulación de los actos desleales en general como en la normativa específica sobre los actos que se realizan frente a los consumidores y usuarios.

Con carácter general, y en cumplimiento de la Directiva 2019/2161, se incluye un nuevo supuesto de acto de competencia desleal en el artículo 5, dedicado como es sabido a los actos de engaño. Así, según el nuevo apartado 3 de este artículo, 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. Estamos, pues, ante una conducta desleal con independencia de que el adquirente tenga o no la condición de consumidor o usuario.

Por su parte, en el apartado de prácticas comerciales desleales con los consumidores -y también incorporando las modificaciones de la Directiva 2019/2161- se introduce expresamente la previsión de una nueva práctica comercial encubierta. Así, se añade un nuevo apartado 2 al artículo 26 de la Ley de Competencia Desleal, según el cual se considerará desleal por engañoso 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, entendiendo 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». Se trata de una previsión que deberán tener muy en cuenta los buscadores que recurran a sistemas de posicionamiento promocionado al ofrecer sus resultados. Con todo, bajo la normativa vigente ya se podía llegar a este mismo resultado, pero el legislador europeo -y en consecuencia también el nacional- optan por una referencia expresa a este tipo de casos, sin duda en atención a la amplia difusión en la práctica de este tipo de conductas publicitarias, que se quiere estén perfectamente identificadas.

De igual modo, se aprovecha la reforma del artículo 26 de la Ley de Competencia Desleal para introducir una aclaración en el supuesto de práctica comercial encubierta ya recogido previamente en la ley, referente a la inclusión en medios de comunicación de mensajes para promocionar un bien o servicio, pagando el empresario o profesional por dicha promoción, sin que quede claramente especificado en el contenido, o a través de imágenes y sonidos claramente identificables para el consumidor o usuario, que se trata de un contenido publicitario. Ahora se aclara que esta conducta también es desleal cuando los mensajes se incluyen «en servicios de la sociedad de la información o redes sociales». Aunque estos supuestos ya podrían entenderse englobados en un concepto amplio de «medios de comunicación», la nueva inclusión evita interpretaciones restrictivas del precepto.

También se incluyen, dentro del artículo 27 (apartados 6 a 8), las nuevas prácticas comerciales que la Directiva 2019/2161 introdujo en el listado de prácticas que se consideran desleales en cualquier circunstancia, recogido en el anexo I de la Directiva 2005/29/CE.

De este modo, se consideran desleales por engañosas las prácticas que 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. Sin perjuicio de lo reprochable de esta conducta, y de que se recoge tal cual la norma impuesta por la Directiva 2019/2161, es discutible que aquí exista, al menos en todo caso, un verdadero engaño al consumidor. Sí lo habrá en relación con el empresario que ha puesto a la venta las entradas, pues se emplean medios para sortear los límites de compra. Pero una vez hecho eso, la reventa puede no realizarse sin que concurra engaño alguno al consumidor.

También se recogen las conductas relacionadas con las reseñas falsas, considerando engañoso añadir o encargar a otra persona física o jurídica que incluya reseñas o aprobaciones de consumidores falsas, así como distorsionar reseñas de consumidores o usuarios o aprobaciones sociales con el fin de promocionar bienes o servicios. Entre estas conductas se encuentran, por ejemplo, el recurso a mecanismos automáticos o *bots* para generar reseñas positivas.

Y en esta misma línea, también es desleal por engañoso afirmar 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. Sin duda, la clave en la aplicación de esta prohibición residirá en la determinación de cuáles hayan de ser esas medidas que deben emplearse para garantizar que las reseñas las realizan personas que efectivamente han consumido o utilizado el bien o servicio reseñado, circunstancia ésta que, a buen seguro, generará un importante grado de conflictividad.

2.2. Junto a las ya indicadas, el Real Decreto-ley 24/2021 introduce otra serie de conductas desleales por engaño en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y no en la Ley de Competencia Desleal.

Como es sabido, en el artículo 20 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios se establece la información necesaria en la oferta comercial de bienes y servicios, posibilitando que el consumidor o usuario tome una decisión sobre la contratación, y se dispone que la ausencia de esa información constituye una práctica desleal engañosa por omisión en el sentido del artículo 7 de la Ley de Competencia Desleal, en el que se tipifica 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.

Pues bien, en cumplimiento de la Directiva 2019/2161, se añaden a dicho artículo 20 nuevos elementos que deben figurar como información necesaria en la oferta comercial de bienes y servicios, y cuya omisión da lugar a un acto de competencia desleal. Además, y en relación con toda la información que según dicho artículo 20 deben contener las ofertas, se introduce una aclaración de extraordinaria relevancia, según la cual «la carga de la prueba en relación con el cumplimiento de los requisitos de información establecidos en este artículo incumbirá al empresario» (nuevo apartado 5 del artículo 20).

Los nuevos datos sobre los que debe informarse son los siguientes:

- a) En primer lugar, en el caso de bienes y servicios ofrecidos en mercados en línea debe indicarse si el tercero que ofrece el bien o servicio tiene la condición de empresario o no, con arreglo a su declaración al proveedor del mercado en línea (art. 20.1.f). Y a estos efectos, se añade un nuevo apartado 3 al artículo 59 *bis* de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en el que se define el concepto legal de «mercado en línea» como «un servicio que emplea programas (*software*), incluidos un sitio web, parte de un sitio web o una aplicación, operado por

el empresario o por cuenta de éste, que permite a los consumidores o usuarios celebrar contratos a distancia con otros empresarios o consumidores».

b) Asimismo, se dispone (en el nuevo artículo 20.3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) que las prácticas comerciales consistentes en ofrecer a los consumidores y usuarios la posibilidad de buscar bienes y servicios ofertados por distintos empresarios o consumidores y usuarios sobre la base de una consulta en forma de palabra clave, expresión u otro tipo de dato introducido, independientemente de dónde se realicen las transacciones en último término, deberán contener, en una sección específica de la interfaz en línea que sea fácil y directamente accesible desde la página en la que se presenten los resultados de la búsqueda, información general relativa a los principales parámetros que determinan la clasificación de los bienes y servicios presentados al consumidor y usuario como resultado de la búsqueda, así como información sobre la importancia relativa de dichos parámetros frente a otros

No obstante, esta disposición no opera para quienes ofrecen motores de búsqueda en línea a los consumidores o les proponen su uso, entendiendo por motor de búsqueda en línea «un servicio digital que permite a los usuarios introducir consultas para hacer búsquedas de, en principio, todos los sitios web, o de sitios web en un idioma concreto, mediante una consulta sobre un tema cualquiera en forma de palabra clave, consulta oral, frase u otro tipo de entrada, y que en respuesta muestra resultados en cualquier formato en los que puede encontrarse información relacionada con el contenido solicitado», según la definición del Reglamento (UE) 2019/1150 sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea (al que expresamente remite el nuevo artículo 20.3 de la ley española).

c) De igual modo, según el nuevo apartado 4 del artículo 20 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y de forma paralela a la nueva regulación de la Ley de Competencia Desleal sobre las reseñas, se dispone que las prácticas comerciales en las que un empresario facilite el acceso a las reseñas de los consumidores y usuarios sobre bienes y servicios deberán contener información sobre el hecho de que el empresario garantice o no que dichas reseñas publicadas han sido efectuadas por consumidores y usuarios que han utilizado o adquirido realmente el bien o servicio. A tales efectos, el empresario deberá facilitar información clara a los consumidores y usuarios sobre la manera en que se procesan las reseñas.

Finalmente, en relación con la información necesaria en la oferta comercial de bienes y servicios, se modifica la redacción del apartado que exige informar sobre los procedimientos de pago, plazos de entrega y ejecución del contrato y el sistema de tratamiento de las reclamaciones, cuando se aparten de las exigencias de la diligencia profesional (art. 20.1.f). Hasta el momento dicho precepto indicaba que la diligencia profesional a tener en cuenta era la definida en la cláusula general represora de la competencia desleal del artículo 4.1 de la Ley de Competencia Desleal. Ahora se elimina esa remisión legal y se indica que las exigencias de la diligencia profesionales están determinadas por «el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado» (que es lo que también se dispone en la Ley de Competencia Desleal). Se trata, por tanto, de un cambio de mera redacción, sin mayores consecuencias prácticas.

3. Introducción de nuevas prácticas comerciales desleales de carácter agresivo

Tras la modificación operada por la Directiva 2019/2161, la Directiva de prácticas comerciales desleales con los consumidores dispone (art. 3.5) que los Estados miembros pueden adoptar disposiciones –proporcionadas y no discriminatorias- para proteger los intereses legítimos de los consumidores en lo que atañe a prácticas de comercialización o venta agresivas o engañosas en el contexto de visitas no solicitadas efectuadas por comerciantes al domicilio de los consumidores o excursiones organizadas por comerciantes con el objetivo o el efecto de promocionar o vender productos a los consumidores. Sobre esa base, el Real Decreto-ley 24/2001 modifica la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, disponiendo (art. 19.7) que la Administración pública competente podrá restringir determinadas formas y aspectos de las visitas no solicitadas efectuadas por el empresario en el domicilio del consumidor y usuario o las excursiones por él organizadas con el objetivo o efecto de promocionar o vender bienes o servicios.

Pues bien, de modo paralelo a esta nueva regulación, el Real decreto-ley 24/2021 introduce una nueva práctica agresiva en el artículo 31.4 de la Ley de Competencia Desleal, según la cual se consideran desleales «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 texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007,

de 16 de noviembre». De este modo, en caso de que las Administraciones competentes adopten esa normativa restrictiva su incumplimiento dará lugar, por expresa disposición legal, a una práctica comercial agresiva y, por ende, desleal.

4. Medidas correctoras

La Directiva 2019/2161 modificó la Directiva de prácticas comerciales desleales y otras directivas en materia de consumo en relación con las sanciones y medidas correctoras. Eso explica que el Real Decreto-ley 24/2021 dé una nueva redacción al título IV del libro primero de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, dedicado a la potestad sancionadora, atendiendo igualmente a la coordinación necesaria con el Reglamento (UE) 2017/2394 sobre la cooperación entre las autoridades nacionales responsables de la aplicación de la legislación en materia de protección de los consumidores.

El análisis de esta nueva regulación de las infracciones en materia de consumo excede del objeto del presente documento. Sin embargo, sí debe mencionarse la introducción de nuevo artículo 20 *bis* en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios dedicado a las medidas correctoras como consecuencia de las prácticas comerciales desleales.

Según este nuevo precepto, cuando exista una resolución firme de una autoridad competente o de un órgano jurisdiccional constatando una práctica comercial desleal contra los consumidores y usuarios, la existencia de dicha práctica desleal se considerará acreditada a efectos del ejercicio de determinadas acciones civiles previstas en la Ley de Competencia Desleal (las acciones declarativas, de cesación, de remoción y de rectificación). En consecuencia, cuando exista una resolución administrativa firme sancionando una práctica comercial desleal con los consumidores se podrá invocar como prueba de la existencia de dicha práctica ante la jurisdicción civil. No obstante, es importante tener presente que se trata de una presunción *iuris tantum*, pues se prevé la posibilidad de prueba en contrario. Y, además, la presunción no opera cuando se entabla ante los tribunales civiles la acción de indemnización de daños y perjuicios o la acción de enriquecimiento injusto, recogidas en el artículo 32.1, apartados 5 y 6, de la Ley de Competencia Desleal.

Por lo demás, el nuevo artículo 20 *bis* de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios añade que las personas que hubieran realizado de forma



conjunta una práctica comercial desleal con los consumidores y usuarios serán solidariamente responsables del resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados, y que, en ningún caso, la existencia de una práctica comercial desleal puede ser utilizada en contra de los intereses de los consumidores y usuarios.