09

Las prácticas comerciales desleales en Internet

Unfair commercial practices in the Internet

Lic. Francisco Pérez Bes
Lic. en Derecho. Centro Universitario Villanueva

Resumen / *Abstract*

La Ley 29/2009, de 30 de diciembre, transpone al ordenamiento interno español el nuevo régimen que regula las prácticas comerciales de los empresarios en sus relaciones con los consumidores establecido en la Directiva 2005/29/CE. En este trabajo procuramos identificar y analizar aquellas prácticas comerciales desleales que, por su propia naturaleza están teniendo o pueden tener una especial incidencia en Internet y en el comercio electrónico.

The 29/2009 Law, of December 30th, transposes into the Spanish internal legal system the new legal regime regarding unfair commercial practices of traders in their relations with consumers, established by the 2005/29/EC Directive. In this paper we try to identify and analyse those unfair commercial practices that have or may have a specific impact on e-commerce and the Internet.

Palabras clave / *Keywords*

Internet, comercio electrónico, publicidad on line, competencia desleal, practicas comerciales desleales, consumidores, lista negra.
Internet, electronic trade, online advertising, unfair competition, unfair commercial practices, consumers, black list.

Universidad Pontificia de Salamanca

1. La nueva regulación de la competencia desleal

La transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2005/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (*Directiva sobre prácticas comerciales desleales*), se llevó a cabo a través de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios. Con la aprobación de esta Ley se modifica el régimen de la competencia desleal, convirtiendo a la Ley 3/1991, de Competencia Desleal, en la norma que regula, con carácter general, los aspectos relacionados con la licitud de las relaciones comerciales entre empresas (B2B), y entre empresas y consumidores (B2C) en el mercado.

Como aspectos a destacar de dicha modificación encontramos, de un lado, el que afecta a la cláusula general de deslealtad, antiguamente recogida en el artículo 5 de la LCD y que pasa a regularse en el actual artículo 4; de otro lado, en lo que se refiere a la regulación de las prácticas comerciales desleales, estas pasan a clasificarse en dos grandes grupos: las prácticas comerciales desleales por engañosas -tanto en sus aspectos de acción y omisión- y las prácticas comerciales desleales por agresivas. Asimismo, se modifica el Capítulo III de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD), que pasa a regular una serie de prácticas comerciales dirigidas a consumidores que el legislador europeo considera desleales *per se* o en cualquier circunstancia, es decir, sin necesidad de llevar a cabo un examen pormenorizado sobre si concurren los supuestos generales de deslealtad contemplados en la norma. Este tipo de prácticas venían recogidas en el Anexo I de la Directiva a modo de 'lista negra'. De este modo, la nueva LCD agrupa dichas prácticas de deslealtad automática en dos bloques: el primero (artículos 21 a 27, ambos incluidos), comprende las prácticas comerciales *per se* desleales por engañosas; y el segundo (artículos 28 a 31, ambos incluidos) recoge las prácticas comerciales *per se* desleales por agresivas.

Ahora bien, debe indicarse que no sólo las prácticas comprendidas en la citada lista negra deben ser calificadas de desleales. Antes al contrario, si la práctica comercial analizada en un determinado momento no se corresponde con ninguna de las descritas en dicha lista, la misma deberá enjuiciarse a la luz del tipo general relativo a las prácticas comerciales engañosas y agresivas (artículos 5 a 9) y, en su defecto, del tipo general de deslealtad recogido en el artículo 4 de la Ley. De tal modo, que, llegado el caso de que concurran, en esa concreta práctica, las condiciones requeridas, deberá declarase su deslealtad.

Universidad Pontificia de Salamanca

2. Las prácticas comerciales desleales

2. 1. Las prácticas engañosas

El primer gran grupo de prácticas comerciales desleales que recoge la Ley se refiere a las prácticas comerciales desleales por engañosas. Dentro del mismo podemos distinguir entre aquellas prácticas cuya deslealtad viene provocada por una acción del empresario, de aquellas otras en las que la deslealtad tiene lugar a consecuencia de una omisión por parte de aquél.

2. 1. 1. Los actos de engaño

La LCD, define las prácticas engañosas por acción en el artículo 5.1 bajo el título actos de engaño, del modo siguiente:

> 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 […].

Del análisis del precepto observamos que el tipo descrito incluye dos subtipos, como son, por un lado, la información falsa; y, por otro, la información veraz engañosa. Además, como afirma el citado artículo, la calificación de una práctica como engañosa se hace depender del concurso de dos presupuestos: de un lado, la aptitud de aquella práctica para inducir a error; y, de otro, la aptitud de la práctica para distorsionar el comportamiento económico del consumidor.

2. 1. 2. Las omisiones engañosas

El artículo 7.1 de la LCD define las omisiones engañosas del modo siguiente:

> 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.

El análisis de la norma permite constatar que el tipo de deslealtad omisiva contempla dos subtipos, como son, de un lado, la omisión de información y, de otro lado, la información insuficiente.

Universidad Pontificia de Salamanca

2. 2. Las prácticas desleales por agresivas

Como segundo grupo de prácticas comerciales desleales descrito en la nueva Ley de Competencia Desleal encontramos las denominadas 'prácticas agresivas', que se regulan en el artículo 8 de la LCD. Dicho artículo dice lo siguiente:

> Se considera desleal todo comportamiento que teniendo en cuenta sus características y circunstancias, sea susceptible de mermar de manera significativa, mediante acoso, coacción, incluido el uso de la fuerza, o influencia indebida, la libertad de elección o conducta del destinatario en relación al bien o servicio y, por consiguiente, afecte o pueda afectar a su comportamiento económico. […].

3. La figura del consumidor medio.

3.1. El concepto general de consumidor medio

El objeto de la Directiva sobre Prácticas Comerciales Desleales, tal y como señala su artículo 1, es el de contribuir al buen funcionamiento del mercado interior y alcanzar un elevado nivel de protección de los consumidores.

Con tal de permitir la aplicación efectiva de las disposiciones de protección que contiene dicha norma y, en particular, a la hora de estudiar los efectos de una práctica comercial concreta en sus destinatarios, la Directiva toma como referencia la figura teórica del consumidor típico o consumidor medio al que se dirige la práctica comercial (*average consumer*). Así lo ha recogido, a nivel interno, el artículo 4.2 de la LCD, en virtud del cual "para la valoración de las conductas cuyos destinatarios sean consumidores, se tendrá en cuenta al consumidor medio".

Por su parte, el Considerando 18 de la Directiva indica que el concepto de consumidor medio no es un término que la ley haya de definir, sino que han de ser los tribunales los que -respetando lo que disponga el Tribunal de Justicia- apliquen su propio criterio "para determinar la reacción típica del consumidor medio en un caso concreto".

Ante la ausencia de una definición legal de consumidor medio, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (vid. Sentencia Gut Springheide de 16 de julio de 1998), ya tuvo la oportunidad de interpretar este concepto, afirmado que debe entenderse por consumidor medio a aquel que está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos ("reasonably well informed and reasonably observant and circumspect, taking into account social cultural and linguistic factors").

Universidad Pontificia de Salamanca

El propio Tribunal aclaró que el término de consumidor medio no puede describirse basándose en términos estadísticos, ni debe asociarse a aquel consumidor que posee un determinado nivel académico o cultural, sino que debe definirse atendiendo a la reacción típica de aquel consumidor que cuenta con cierta experiencia y aptitud para interpretar la información que se le facilita sobre determinados productos y las condiciones en las que éstos se comercializan. Es decir, se trata de un nivel normal de información, según el cual el consumidor debe tener un determinado grado de atención y discernimiento.

La consideración de lo que debe entenderse por consumidor medio en cada caso concreto ha tenido una gran importancia en la práctica jurídica de estos últimos años, en particular en lo relativo a los supuestos de ilicitud publicitaria (especialmente en los casos de publicidad engañosa), en los cuales el órgano juzgador ha tenido que hacer un esfuerzo para situarse en la posición de ese consumidor estándar con tal de presumir cómo éste interpretaría un concreto mensaje publicitario. En este sentido, destaca la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 22 de marzo de 2010, dictada en un procedimiento relativo a publicidad engañosa y competencia desleal. En este caso, en el que el litigio se centraba en la frase "zumo refrigerado", la Magistrada ponente, ante la necesidad de determinar cuál sería la interpretación que los consumidores harían de dicha alegación, lleva a cabo esa difícil y delicada tarea interpretativa de la publicidad controvertida desde la perspectiva de un consumidor medio, afirmando lo siguiente:

> **Pues bien, un consumidor medio (como por ejemplo yo misma que intenta buscar lo mejor para su familia) asocia el frío a la conservación de las características naturales o nutritivas del producto en mejores condiciones que otro que se comercializa en la estantería a temperatura ambiente, incluso la diferente fecha de caducidad más breve en aquel que en éste, llevan a pensar que se está consumiendo un producto más natural […].**

Ahora bien, que la referencia para calificar un comportamiento como desleal sea la reacción típica del consumidor medio no supone, sin embargo, que grupos de consumidores más vulnerables queden desprotegidos, toda vez que la Ley exige que se tenga en cuenta la reacción típica del consumidor medio al que se dirige la práctica, o la reacción típica del consumidor medio de un grupo especialmente vulnerable, cuando el acto de competencia sólo es susceptible de alterar el comportamiento económico de un grupo concreto de consumidores especialmente vulnerables, ya por circunstancias personales o sociales. De este modo, la Ley cubre también aquellos supuestos de prácticas comerciales dirigidas especialmente a niños o a otros grupos que requieran una protección de mayor intensidad dependiendo del caso concreto.

Universidad Pontificia de Salamanca

3. 2. El consumidor medio en Internet

Frente a aquel consumidor 'típico' al que se ha venido refiriendo la Jurisprudencia durante estos últimos años, entendido como aquel consumidor que consumía contenidos a través de medios que podemos calificar de 'tradicionales', como la prensa o la televisión, el usuario de Internet es una persona a quien las propias características del medio en el que actúa le exige una capacidad y conocimientos algo distintos de los que se puede predicar del consumidor *off line*.

Tal circunstancia no ha pasado desapercibida para el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el cual ha desarrollado en sus últimas sentencias (entre otras, la Sentencia de 8 de julio de 2010 en relación a una cuestión prejudicial planteada en el asunto Portakabin vs Primakabin), un concepto de internauta medio, entendido como aquel internauta "normalmente informado y razonablemente atento".

Si bien a simple vista, las diferencias entre el concepto de consumidor medio y de internauta medio pueden parecer mínimas, no debemos olvidar que en aquellos casos en los que la determinada práctica comercial tiene lugar a través de Internet, el Tribunal de Justicia sustituye la figura de 'consumidor' por la de 'internauta' como parámetro en base al cual interpretar tal práctica. En este caso, desaparece la referencia al carácter de 'razonablemente perspicaz' que se venía predicando, con carácter general, del consumidor medio, exigiéndole únicamente ahora una atención 'razonable'.

4. Las prácticas comerciales desleales en Internet

La Directiva sobre prácticas comerciales desleales no se ha desarrollado pensando específicamente en cubrir la actividad comercial *on line*. Antes al contrario, esta norma nace con una vocación generalista, de manera que el objetivo de la misma es el de prever una serie de supuestos o prácticas comerciales cuyo desarrollo pueda ser declarado desleal, con independencia del medio empleado para ello.

En este sentido, no cabe duda de que aún a pesar de las eventuales particularidades que podamos encontrar en aquellas prácticas comerciales que se lleven a cabo a través de Internet, estas deberán cumplir, con carácter general, con las mismas exigencias establecidas para las prácticas *off line*. Cierto es, sin embargo, que las características de Internet permiten el desarrollo de prácticas comerciales más o menos novedosas, que la Directiva pretende, de algún modo, que no queden ausentes de regulación.

Universidad Pontificia de Salamanca

Tal preocupación ha llevado al Comité sobre Mercados Internos y Protección del Consumidor del Parlamento Europeo (IMCO) a publicar, en Junio de 2010, el informe titulado *Misleading Advertising on the Internet*, en el que trata de identificar aquellas prácticas comerciales desleales que mayor incidencia están teniendo a través de ese medio y determinar si las mismas quedan incluidas dentro del ámbito de aplicación de la Directiva de prácticas comerciales desleales.

Entre las prácticas comerciales descritas en la lista negra del Anexo I de la Directiva de prácticas comerciales desleales y que han sido transpuestas en la Ley de Competencia Desleal (en adelante LCD) encontramos algunas que, por su propio diseño, encuentran en Internet el medio idóneo para su desarrollo. Así, por ejemplo, dentro del grupo de prácticas calificadas de desleales por engañosas, y sin perjuicio de lo dispuesto en el tipo general de engaño del artículo 5.2 de la Ley, encontramos una serie de prácticas relativas a la utilización, por parte de los comerciantes, de sellos de calidad y similares. También destaca el incremento de otras prácticas publicitarias que, a pesar de su deslealtad, se desarrollan habitualmente en Internet debido a la facilidad y menor control que ofrece este medio, como son la publicidad encubierta, la promoción de bienes o servicios legalmente prohibidos, la falsa afirmación de propiedades curativas de un producto, u otras tales como la promoción de productos o servicios de los que se predica que pueden facilitar la obtención de premios en juegos de azar. Asimismo, encontramos aquellas prácticas relacionadas con las características de la venta y comercialización de productos o servicios. Dentro de este último supuesto destacan los relativos a falsas ofertas limitadas, publicidad señuelo, ventas con obsequio engañosas, la utilización del término 'gratis' o la afirmación de obtención de falsos premios. Respecto de este tercer grupo, su ejecución en Internet no plantea diferencias sustanciales respecto de su práctica *off line* más allá de la facilidad que ofrecen las nuevas tecnologías para llevarlas a cabo, por lo que no nos detendremos en su análisis. Por último, encontramos aquellas prácticas cuyo reproche se basa en la agresividad con la que se realizan, y que si bien es cierto que muchas de ellas no resultarán de aplicación al ámbito de Internet, por ser este un medio de comunicación a distancia, la ley las califica de desleales.

4. 1. Prácticas comerciales desleales por engañosas en Internet

4. 1. 1. Publicidad engañosa y sellos de calidad

El primer grupo de prácticas comerciales desleales al que vamos a referirnos aglutina aquellas actividades consistentes en la utilización, por parte del empresario o profesional, de un sello de calidad. El desarrollo del comercio electrónico ha

Universidad Pontificia de Salamanca

potenciado la inserción de diferentes sellos de calidad en un gran número de páginas Web, con el fin de ganarse la confianza de los consumidores que acceden a ellas. El artículo 21 de la LCD contempla cuatro modalidades de deslealtad en relación con prácticas relacionadas con aquéllos:

i) En primer lugar, aquella práctica consistente en que el empresario o profesional afirma falsamente estar adherido a un código de conducta, de los regulados en el Capítulo V de la LCD.

La Ley española se refiere inicialmente a este supuesto en su artículo 21.1.a), en virtud del cual se reputan desleales por engañosas, las prácticas comerciales que afirmen sin ser cierto: "Que el empresario o profesional está adherido a un código de conducta".

Tal práctica comprende aquellas situaciones en las que un empresario afirma falsamente haber asumido voluntariamente las obligaciones deontológicas incluidas en un código ético de conducta de los regulados por la Ley. Estos códigos -tal y como dispone el artículo 37 de la LCD- son aquéllos relativos a prácticas comerciales con consumidores, elaborados por corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales y de consumidores, para que sean asumidos voluntariamente por los empresarios o profesionales.

ii) La segunda práctica desleal, prevista en el artículo 21.1.c) de la LCD y en el punto 4 del Anexo I de la Directiva, consiste en la afirmación falsa de un empresario o profesional de que él mismo, sus prácticas comerciales, o un bien o servicio ha sido aprobado, aceptado o autorizado por un organismo público o privado, o hacer esa afirmación sin cumplir las condiciones de la aprobación, aceptación o autorización.

El precepto descrito comprende dos supuestos diferentes. El primero de ellos consiste en manifestar que se ha obtenido dicha aprobación, aceptación o autorización, cuando ello no se ha producido. El segundo supuesto alcanza a aquellos casos en los que el empresario obtuvo ese reconocimiento pero, sin embargo, ha dejado de cumplir con las exigencias necesarias para ello, y aún así, continúa afirmando mantener aquél.

Como ejemplo del primero de los supuestos citados, podríamos citar el de aquel profesional que afirma en su página Web estar inscrito en un colegio profesional cuando ello no es así; o el de un establecimiento hostelero que en su página Web sostiene ser un hotel de cinco estrellas, cuando en realidad es un establecimiento de categoría inferior.

Universidad Pontificia de Salamanca

En relación a este tipo de prácticas, la Dirección General de Sanidad y Protección de los Consumidores de la Comisión Europea (www.isitfair.eu) pone, como ejemplo de deslealtad, el de aquel empresario que afirma que los productos alimenticios que comercializa -y que podría distribuir a través de su tienda *on line*- cuentan con una certificación de que aquellos no contienen organismos genéticamente modificados (OGM), cuando la realidad es que no dispone de tal certificación.

Otro ejemplo de este tipo de práctica sería el de aquella academia de formación *on line* que sostiene que los cursos que imparte están autorizados por el Ministerio de Educación u otro organismo, cuando la verdad es que sus cursos carecen de validez académica y, por tanto, tales cursos no están amparados por una expresa autorización oficial.

En estos casos que, a título ejemplificativo, acabamos de exponer, la afirmación inicial por parte del empresario en su publicidad *on line* ha provocado una impresión irreal en el consumidor. Y ha sido esa contradicción entre la imagen que el mensaje comercial del comerciante ha transmitido al consumidor y la realidad, la que causa el engaño y, en consecuencia, la que provoca la deslealtad del acto.

iii) El tercer supuesto contemplado en este artículo se refiere a la falsa afirmación del empresario acerca de la oficialidad de un código de conducta al que está realmente adherido.

El artículo 21.1.b) de la LCD, al igual que hace el punto 3 del Anexo I de la Directiva, declara desleal la práctica consistente en afirmar, sin ser cierto que un código de conducta ha recibido el refrendo de un organismo público o cualquier otro tipo de acreditación.

En este caso, el tipo descrito persigue proteger a los consumidores frente a aquél empresario que afirma que un código de conducta al que está adherido ha recibido una acreditación formal o un reconocimiento oficial por parte de algún organismo. En este caso, a diferencia del primer supuesto que hemos visto, es cierto que el comerciante es signatario de un código de conducta, de manera que lo que provoca la deslealtad de la práctica es la referencia errónea a las características del código que ha suscrito.

Tal sería el caso de aquella empresa que está adherida, en su actividad comercial, a alguno de los sistemas de autorregulación en Internet de los contemplados en la página Web de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información, dependiente del Ministerio de Turismo, Industria y Comercio (www.lssi.es). La inclusión de

Universidad Pontificia de Salamanca

esos sistemas o códigos de conducta en la relación que ahí se contempla, no implica, por sí solo, su reconocimiento oficial o la conformidad de sus disposiciones con la legislación aplicable. Así pues, la afirmación en contrario por parte del empresario o profesional adherido alguno de ellos, supondrá, de modo inmediato, la deslealtad de tal práctica.

iv) La cuarta y última de las prácticas empresariales relacionadas con el uso comercial de sellos de calidad, consiste en "la exhibición de un sello de confianza o de calidad o de un distintivo equivalente, sin haber obtenido la necesaria autorización", tal y como dispone el artículo 21.2 de la LCD, en relación con el punto 2 del Anexo I de la Directiva.

A diferencia de los supuestos anteriores, que exigían una afirmación falsa del empresario, en este caso se prevé una infracción de carácter objetivo, en el sentido de que basta con que aquel muestre un distintivo que sea susceptible de ser interpretado por el consumidor como sello de confianza o de calidad. En este caso, y sin perjuicio de las eventuales infracciones que tal práctica pueda suponer desde otros ámbitos del Derecho, tales como de la legislación marcaria, este supuesto exige que la exhibición de ese distintivo sea idónea para hacer creer al consumidor que el empresario lo hace porque ha obtenido autorización para ello, cuando, en realidad, dicha autorización no ha sido otorgada.

Ese sería el caso de aquel empresario que incluye en su página Web, por ejemplo, el sello de calidad para el comercio electrónico, sin haber obtenido su efectiva concesión por parte del Instituto Nacional del Consumo, en cuanto organismo legalmente habilitado para ello.

La deslealtad de esta práctica se hace extensiva a aquellos supuestos en los que, habiendo efectivamente obtenido un certificado de calidad de su actividad en un momento determinado éste carece ya de validez por haber caducado, por no haber logrado su renovación o por haberle sido retirada su concesión por cualquier motivo; sin embargo, a pesar de ello, el empresario mantiene su exposición pública. En este caso, y sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda concurrir ese empresario con la empresa emisora de dicho certificado por infracción de las condiciones de uso del mismo, tal práctica se considera desleal por llevar a engaño al consumidor.

4. 1. 2. Publicidad de productos de venta ilegal

Internet permite hacer llegar la promoción de todo tipo de productos y servicios a todos aquellos lugares desde donde se tenga acceso a la red. Este carácter ex-

Universidad Pontificia de Salamanca

traterritorial ha venido provocando numerosos conflictos relacionados con la aplicación de varias normativas a un mismo supuesto, especialmente en aquellos casos de disparidad entre la normativa aplicable en el lugar de establecimiento del comerciante y la aplicable al lugar del domicilio del consumidor.

Este caso se refiere a la publicidad de determinados productos, cuya comercialización, aún a pesar de poder ser lícita en el lugar de origen de la misma, está legalmente prohibida en el domicilio del destinatario. En relación a este supuesto, el artículo 23.1 de la LCD declara desleal aquella práctica comercial consistente en "afirmar o crear por otro medio la impresión de que un bien o servicio puede ser comercializado legalmente no siendo cierto". Esto es, llevar a cabo una comunicación comercial de productos cuya comercialización está prohibida en el territorio en el que se encuentra el destinatario, siempre y cuando en dicha comunicación se dé a entender que esa prohibición no resulta aplicable.

Sin perjuicio de las evidentes prohibiciones de comercialización de determinados productos (como sería el caso de medicamentos falsificados, por ejemplo), esta prohibición persigue evitar aquellas situaciones en las que el comercializador de un producto o servicio no advierte con claridad al consumidor de que existen o pueden existir ciertas limitaciones de carácter legal que restrinjan la venta, posesión o uso de dichos bienes en el país de destino.

A modo de ejemplo, esta prohibición afectaría a aquella publicidad a través de Internet, dirigida a un consumidor español, en la que se afirma lo siguiente: "Impresione a sus amigos con este voraz pez: pirañas traídas directamente del Amazonas". En efecto, la deslealtad de esta práctica publicitaria utilizada radica en el hecho que la oferta se refiere a animales exóticos protegidos, cuya adquisición está prohibida en Europa.

4. 1. 3. Elementos que facilitan la obtención de premios en juegos de azar

Siguiendo con los supuestos contemplados en el anteriormente mencionado artículo 23 de la LCD, su apartado 2 (que se corresponde con la práctica 16 del Anexo I de la Directiva) declara desleal la práctica comercial consistente en alegar que los bienes o servicios promocionados pueden facilitar la obtención de premios en juegos de azar.

Este sería el caso de un eventual mensaje a través del cual se comercializa algún tipo de *software* del que se afirma que puede ayudar a su usuario a ganar dinero si juega a la lotería (o a cualquier otro juego de azar).

Universidad Pontificia de Salamanca

Si bien no ha sido este un supuesto habitual en la práctica, el rápido desarrollo del juego *on line* puede dar lugar a la aparición de prácticas comerciales que queden encuadradas dentro de este tipo. De ser así, su calificación como desleal parece clara, a la vista de este artículo.

4. 1. 4. Productos falsamente curativos

Otra de las prácticas comerciales tipificadas como desleales bajo cualquier circunstancia hace referencia a la alegación de presumibles efectos curativos de los productos promocionados. En este caso, la relevancia de esta práctica a los efectos de resaltar su carácter de desleal no proviene tanto por el hecho de que se difunda en Internet, sino más bien por tratarse de una práctica relativamente habitual en dicho medio.

Concretamente, el artículo 23.3 de la LCD (en relación al apartado 17 del Anexo I de la Directiva) recoge la deslealtad de aquella práctica consistente en "proclamar, falsamente, que un bien o servicio puede curar enfermedades, disfunciones o malformaciones".

Una prohibición de este tipo ya se contemplaba, en el Derecho español, en el Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria (comúnmente conocido como *Real Decreto de Productos Milagro*). Ahora, con la inclusión de esta práctica en la LCD, se reconoce, además, su deslealtad de forma automática cuando el destinatario sea un consumidor o usuario.

Por otro lado, en aquellos casos en que se utilicen alegaciones relacionadas con la salud vinculadas a las propiedades de los alimentos, y referidas a la prevención, tratamiento o cura de una enfermedad humana (por ejemplo: "Este alimento puede prevenir el cáncer de estómago"), esta prohibición ya se recoge en la legislación sobre etiquetado de alimentos y en el Reglamento (CE) 1924/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, sobre alegaciones nutricionales y saludables hechas en alimentos.

Por su parte, la Comisión Europea considera que esta práctica también resulta aplicable a los productos cosméticos, tratamientos de estética y productos relacionados con el bienestar, en aquellos casos en que transmiten al consumidor medio la impresión de que producen ciertas mejoras en las condiciones físicas de las personas. Tal sería, por ejemplo, el caso de aquella publicidad difundida a través de Internet en la que una empresa asegura que su producto (del que se afirma que está 'probado y verificado' pero que, en realidad no funciona) ayuda a que su ca-

Universidad Pontificia de Salamanca

bello vuelva a crecer en un plazo de tiempo determinado (Frote con una pequeña cantidad de este producto su cuero cabelludo tres veces al día y en el plazo de tres semanas comprobará que disfruta ya de una abundante cabellera).

4. 1. 5. Planes de venta piramidal

El artículo 24 de la LCD (que se corresponde con el apartado 14 de la lista negra del Anexo I de la Directiva) define la venta piramidal (también conocida como venta 'en cadena') como aquella práctica consistente en "crear, dirigir o promocionar un plan de venta piramidal en el que el consumidor o usuario realice una contraprestación a cambio de la oportunidad de recibir una compensación derivada fundamentalmente de la entrada de otros consumidores o usuarios en el plan, y no de la venta o suministro de bienes o servicios".

Las ventas piramidales venían antiguamente reguladas en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM) como una actividad de promoción de ventas prohibida.

Tras la modificación sufrida por la Ley 29/2009, el artículo 23 de la LOCM pasa a remitir expresamente al artículo 24 de la LCD, aunque mantiene la sanción de nulidad de las condiciones contractuales contrarias al artículo 24 de la LCD.

Como ejemplo de práctica piramidal, la Comisión Europea se refiere a un hipotético supuesto en el que un consumidor recibe una publicidad con el siguiente contenido: "Gane mucho dinero en su tiempo libre, cómodamente desde su propio hogar: haga que cinco amigos suyos se beneficien de la red y gane esta exclusiva […]. Cuantos más amigos incorpore a la red, más dinero ganará".

Además del referido mensaje promocional, en el que se condiciona la obtención de ingresos a la incorporación de nuevos afiliados, el anunciante incluye unas condiciones contractuales adicionales para los eventuales contratantes, entre las cuales destaca la de un pago único por adelantado como requisito para la afiliación.

Otro ejemplo de una práctica de estas características nos lo ofrece la Guía interpretativa sobre la Directiva de Prácticas Desleales publicada por la Dirección General de Sanidad y Consumo de la Unión Europea (DGSANCO), en la que contempla el ejemplo consistente en "crear una red para la comercialización y venta de productos de belleza, en el que las personas que deseen unirse a la misma en calidad de distribuidores se ven obligadas a pagar una entrada por un importe desproporcionado con respecto al valor real del coste del material educacional recibido (por ejemplo, información sobre los productos) o del coste adminis-

Universidad Pontificia de Salamanca

trativo que deriva de la inclusión del nuevo distribuidor en la red, y en la que la principal fuente de remuneración acaba siendo el reclutamiento de más personas como distribuidores de la red".

Por su parte, el Reino Unido también ha hecho público un documento interpretativo de la Directiva de prácticas comerciales desleales que, en relación a esta práctica concreta, propone un caso en el que un empresario gestiona un club de vacaciones, cuyo acceso requiere el pago de una cuota de miembro. El empresario, ofrece a los miembros del club la posibilidad de obtener altas cantidades de dinero a cambio de captar nuevos miembros. En este caso, los beneficios obtenidos por la pertenencia al club son insignificantes en comparación con los potenciales ingresos a obtener como comisiones por lograr nuevos miembros.

4. 1. 6. Publicidad encubierta ('hidden advertisement')

Una de las mayores preocupaciones del legislador al abordar las prácticas comerciales en Internet ha sido el de la denominada publicidad encubierta (*hidden advertising*), especialmente a través de *blogs*, redes sociales y otros foros en los que los usuarios intercambian experiencias y opiniones.

Por publicidad encubierta u oculta puede entenderse a aquella comunicación que, apareciendo ante los consumidores en forma de contenido editorial, no permite a un consumidor medio identificar claramente su verdadera naturaleza comercial. Tal práctica está considerada como desleal por el artículo 26 de la LCD (y apartado 11 del Anexo I de la Directiva), en virtud del cual:

> **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.**

En relación a este punto, la Ley de Competencia Desleal debe ser puesta en relación con 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, que prohíbe la publicidad encubierta del modo siguiente: "Las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica deberán ser claramente identificables como tales y la persona física o jurídica en nombre de la cual se realizan también deberá ser claramente identificable".

Universidad Pontificia de Salamanca

Esta prohibición incluye la utilización de contenido editorial en Internet para promocionar un producto, cuando el comerciante ha pagado por dicha promoción, siempre y cuando no se indique tal circunstancia con claridad, bien en el propio contenido, o mediante imágenes o sonidos claramente identificables por el consumidor (caso de los conocidos como *advertorial* o *infomercial*).

En este caso, el mayor obstáculo que se plantea es el de la dificultad en conseguir demostrar que tras esos contenidos se encuentra un mensaje comercial que se presenta ante el mercado oculto tras la forma de un contenido editorial o de comentarios de usuarios particulares. Tal apreciación es muy relevante, ya que la normativa sobre prácticas comerciales desleales no resulta de aplicación a la relación entre consumidores o B2B.

Como ejemplo de práctica desleal podríamos destacar el de un *blog* dedicado a viajes y aventuras publica un artículo sobre senderismo, incluyendo comentarios acerca de las excelencias de cierta marca de equipos de acampada, y cuán idónea resulta para este tipo de viajes en particular. Pero, en realidad, la empresa titular de tal marca ha recompensado económicamente a dicho *blog* por la publicación del *post*, sin haber informado de ello a los lectores.

La Comisión Europea, en su Web dedicada a dar información acerca de las prácticas comerciales desleales según la nueva Directiva (www.isitfair.eu), ofrece un ejemplo de práctica comercial aplicable a este caso. Dicho ejemplo se refiere a la inclusión, en un medio de comunicación, de un contenido en el que su autor narra una experiencia personal durante un viaje a través de las montañas con su familia. Ese contenido se titula: "Subir a la montaña con niños: mi aventura de senderismo en los Alpes franceses, por Sven Soergenson", e incluye las referencias siguientes: "Organizar una expedición no siempre es fácil, pero ir con niños lo hace todavía más complicado. El pasado verano fui con mi pequeño hijo de once meses, Jacques, a disfrutar del aire de la montaña. La sillita [nombre de la marca] demostró su valía en terrenos escarpados. Este producto fabricado por [nombre del fabricante] es mejor que cualquier otro del mercado para hacer senderismo y excursionismo…".

La realidad que radica tras el artículo es que las actividades de senderismo del autor fueron totalmente patrocinadas por el fabricante de los productos mencionados en el texto, hecho éste que no se desveló en ningún momento. Además, pese a que el texto parece un artículo periodístico, el espacio fue en realidad adquirido también por la empresa fabricante.

Ya hemos hecho referencia a la gran dificultad que existe a la hora de poder de-

Universidad Pontificia de Salamanca

mostrar que, en realidad, ha existido una contraprestación por parte de un empresario que justifica la publicación de un contenido con tales características. Ello obliga al juzgador a valorar una serie de indicios que permiten deducir la existencia de una contraprestación oculta que justifique la ausencia de objetividad del autor en la aparente información y su apariencia editorial. En relación a la consideración de indicios a la hora de valorar la existencia de una publicidad encubierta, puede traerse a colación un supuesto que enfrentaba a un particular con la empresa fabricante de automóviles en relación a un mensaje difundido en prensa de los productos comercializados por esta, en el que se ensalzaban las cualidades de un nuevo vehículo. Dicha controversia fue analizada por el Jurado de la Publicidad, quien resolvió a favor de la reclamada al considerar que una vez analizado el artículo en aras a determinar el carácter informativo o publicitario, y a falta de prueba que acreditase que el anunciante había abonado una contraprestación económica por la difusión del mensaje al periódico en el que se publicó dicho contenido, "ha podido constatar que el artículo no sólo incluye los aspectos ventajosos del vehículo, sino también algunos negativos, lo cual denota un grado de objetividad que es más propio de un artículo periodístico que de uno publicitario. En adición, sostiene el Jurado que el artículo está firmado por un periodista y que utiliza un lenguaje objetivo y neutral, característico también de un mensaje informativo".

En Estado Unidos, esta problemática ya ha sido planteada con relación a la actividad de ciertos *bloggers* que actúan como prescriptores encubiertos de determinados productos o marcas, a los que se refieren en sus *posts*. Sin embargo, esas referencias no siempre partían de una iniciativa espontánea, objetiva, libre e independiente por parte de su autor, sino que en algunos casos se había demostrado que la inclusión de referencias positivas a una empresa, marca, producto o servicio concreto venía provocada por la existencia de una contraprestación, consistente en la entrega de regalos o, incluso, pagos, por parte de las empresas beneficiadas de dichas alabanzas.

Tal circunstancia, llevó a la administración competente (la Federal Trade Commission) a desarrollar un documento titulado *Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising*, a modo de guías a través de las que se fijan unos criterios para los anunciantes a la hora de utilizar la blogosfera como canal de comunicación. En particular, fijando unas obligaciones de transparencia para los *bloggers* que actúan como prescriptores de determinadas marcas. Entre estas obligaciones se encuentran la de informar con claridad al lector de la relación que mantiene el autor del *post* con la marca a la que se refiere en su *blog*, al objeto de garantizar que los consumidores están bien informados de la intención promocional de ciertos *blogs* u otros comentarios volcados en Internet.

Universidad Pontificia de Salamanca

Otro supuesto es aquel en el que las recomendaciones son realizadas por personas que aparentan ser consumidores individuales independientes pero que, en realidad, reciben una contraprestación por parte del empresario para hacerlo (como podría ser el caso de ciertos virales o de algunos supuestos de *buzz advertising*).

El paulatino incremento de este tipo de prácticas ha llevado a la Comisión Europea a mostrar su preocupación al respecto. Recientemente se ha hecho público el proyecto de informe, de fecha 16 de octubre de 2010, sobre los efectos de la publicidad en el comportamiento de los consumidores, emitido por la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor, en el cual se lamenta del desarrollo de una publicidad encubierta en Internet mediante la difusión de comentarios en redes sociales, foros y *blogs*, que se distinguen difícilmente por su contenido de una simple opinión. Con tal procurar evitar este tipo de prácticas, se sugiere a los Estados miembros que fomenten el establecimiento en los foros de observadores o moderadores con formación sobre los riesgos que entraña la publicidad encubierta.

4. 1. 7. Comerciante disfrazado de consumidor

En estrecha relación con la figura de la publicidad encubierta que acabamos de abordar, otra de las situaciones ilícitas que han proliferado gracias a Internet ha sido la de aquellas prácticas a través de las cuales el empresario o profesional se presenta en el mercado como un consumidor más cuando, en realidad, lo hace con la intención de actuar como comerciante.

Este caso viene previsto en el artículo 27.5 de la LCD (que se corresponde con la práctica 22 del Anexo I de la Directiva), que califica de desleal a aquellas prácticas comerciales que "afirmen de forma fraudulenta o creen la impresión falsa de que un empresario o profesional no actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, o presentarse de forma fraudulenta como un consumidor o usuario".

Como ejemplo de práctica desleal a la que se refiere este precepto, podríamos citar la de aquel mensaje incluido en una página web de venta de productos de segunda mano en la que se informa de la venta de un producto a través de una referencia que, por su propio diseño y presentación, un internauta medio puede entender que el vendedor del producto es un particular, cuando la realidad es otra.

Otra modalidad de práctica encuadrable en este supuesto de deslealtad es la conocida como *sock puppetry*, que consiste en la creación de una falsa identidad

Universidad Pontificia de Salamanca

digital, a través de cuentas falsas en foros o similares. En este caso, la práctica consiste en aportar comentarios positivos referidos a un determinado producto o marca, pero que lejos de ser suscritos por consumidores individuales, son escritos por el propio empresario o por sus empleados sin desvelar dicha condición. La diferencia fundamental entre esta actividad y la de utilizar un alias o pseudónimo, es que aquella pretende presentarse frente al resto de usuarios como un tercero desvinculado de aquel a quien dirige sus comentarios.

En el Reino Unido encontramos el primer pronunciamiento judicial por la realización de una práctica engañosa de este tipo, en el que condenó a uno de los usuarios de la plataforma eBay por utilizar una falsa cuenta a través de la cual pujaba en los productos que él mismo sacaba a subasta, con el fin de incrementar el precio final que obtendría por ellos en la adjudicación final (*shill bidding*).

También podría ser calificada de desleal de conformidad con el artículo analizado, aquel otro tipo de prácticas (comúnmente conocidas como Astroturfing), en virtud de las cuales un empresario crea en Internet una corriente de apoyos o comentarios positivos a sus productos o servicios, simulando que los mismos provienen de una reacción pública espontánea e independiente del propio empresario. Un ejemplo reciente de una práctica de astroturfing a través de Twitter ha sido el detectado durante una campaña política estadounidense. Tal práctica consistió en la creación de dos perfiles, aparentemente de usuarios individuales sin relación entre ellos, alojados en las cuentas @PeaceKaren_25 y HopeMarie_25. En este caso, la primera cuenta publicó más de 20.000 *tweets* mostrando su apoyo al partido republicano, mencionando o *retuiteando* habitualmente la cuenta del principal candidato. La segunda cuenta, por su parte, cuya creación se demostró tuvo lugar 10 minutos después de la primera, se dedicaba exclusivamente a *retuitear* todos los mensajes de la otra cuenta, sin producir *tweets* propios.

Otro grupo de prácticas que pueden encuadrarse dentro de este tipo de deslealtad debido al engaño (y sin perjuicio de su eventual calificación como *spam*) consisten en aquellas actividades que, bajo la apariencia de un mensaje de carácter privado o particular, se dirigen a un consumidor internauta, cuando la realidad es que tal comunicación tiene un origen comercial no desvelado inicialmente al internauta.

En relación a este tipo de supuestos, la Agencia de protección del consumidor holandesa (*Consumenten autoriteit*) advirtió sobre una práctica por la cual algunas empresas proveedoras de servicios de mensajes telefónicos de tarificación adicional incluían en redes sociales, en el día de san Valentín, una publicidad diseñada de tal modo que daba la impresión de que los usuarios destinatarios -en su mayoría ado-

Universidad Pontificia de Salamanca

lescentes- habían recibido un correo electrónico personal en su bandeja de entrada de un 'admirador secreto'. Una vez el usuario accedía a ellos convencido de estar accediendo a un mensaje privado, tales mensajes exigían al usuario que introdujera su fecha de nacimiento y otra información de carácter personal con el fin de -según se afirmaba en dicho mensaje- poder acceder al correo electrónico 'secreto'. Sin embargo, no se advertía que, al hacerlo, el usuario estaba contratando un servicio de suscripción de mensajes de texto de tarificación adicional (SMS Premium).

Un segundo supuesto, también resuelto por el organismo holandés (disponible en www.consumerauthority.nl), terminó en una sanción a la empresa Fotosessie.com por la realización de una práctica a través de redes sociales en la que invitaba a jóvenes usuarios a realizar una sesión fotográfica para iniciar su carrera como modelo, alegando que ese usuario había sido elegido como candidato idóneo gracias a su belleza. Tal mensaje sugería, además, que el afortunado gozaría de un descuento por la sesión fotográfica durante un limitado período de tiempo. En este supuesto se conjugaban varios aspectos de deslealtad. Por un lado, el engaño en la práctica; de otro lado, por razón de la protección reforzada que la norma concede a os destinatarios de la publicidad en razón de su edad.

4. 1. 8. Prácticas confusionistas

Como supuesto distinto al de la 'publicidad señuelo', el artículo 25 de la LCD (en relación con el 13 de la lista negra del Anexo I de la Directiva) regula un supuesto de prácticas engañosas por confusión, según el cual

> se reputa desleal por engañoso promocionar un bien o servicio similar al comercializado por un determinado empresario o profesional para inducir de manera deliberada al consumidor o usuario a creer que el bien o servicio procede de este empresario o profesional, no siendo cierto.

Este artículo debe ser puesto en relación con el artículo 6 de la LCD, el cual regula también los actos de confusión, aunque el supuesto regulado en este artículo no debe confundirse con el previsto en el artículo 25 de la Ley. El citado artículo 6 considera desleal

> todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajeno. El riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de la procedencia de la prestación es suficiente para fundamentar la deslealtad de una práctica.

Universidad Pontificia de Salamanca

En este caso, el tipo descrito no exige que concurra un aprovechamiento del esfuerzo o de la reputación ajena, sino, simplemente, que se confunda al consumidor acerca del origen empresarial del producto. En efecto, el objetivo perseguido por la práctica desleal es el de engañar al consumidor con tal de que adquiera un determinado producto, haciéndole creer que el producto o servicio promocionado procede de un fabricante, cuando en realidad, procede de otro distinto. De este modo, a través de esta práctica confusionista, el comerciante consigue aprovecharse de la buena fama y reputación de aquél con el que provocó la confusión.

La novedad del supuesto regulado en el artículo 25 de la LCD no nos ha permitido todavía ofrecer ejemplos prácticas de aplicación del mismo. Sin embargo, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 4 de marzo de 2010, ha analizado recientemente la aplicación del artículo 6 de la LCD, estableciendo las diferencias que rigen frente a los actos de imitación regulados en el artículo 11 de la LCD. Al referirse a dichos artículos, la Sentencia afirma que

> **el artículo 6 de la Ley 3/1.991, al mencionar como objeto de la confusión del consumidor la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos, se refiere a los medios de identificación o presentación de las prestaciones o establecimientos de un agente económico en el mercado. Mientras que el artículo 11 lo hace a la imitación de las iniciativas empresariales y de las prestaciones ajenas, entendidas éstas en el sentido de creaciones materiales -sentencias de 11 de mayo de 2.004 y 7 de julio de 2.006.**

Desde este punto de vista, los citados artículos, además de la norma general de engaño del artículo 5 y el artículo 12, relativo a la explotación de la reputación ajena pueden resultar de aplicación -según el caso concreto- aquellos supuestos de utilización inconsentida por parte de un tercero de una marca ajena como *keywords* a emplear como *metatags* en el código fuente de una determinada página web, o como palabra clave empleada en el sistema de *adwords* o similares.

5. Prácticas comerciales desleales por agresivas

En el Anexo I de la Directiva, en el que se contiene la relación de prácticas comerciales consideradas *per se* desleales (lista negra), se incluye un apartado dedicado a lo que la Ley denomina 'prácticas agresivas' (apartados 24 a 31 del Anexo I), entendidas como aquellas prácticas que mermen de forma significativa la libertad de elección del consumidor. Se trata de las prácticas que utilizan el acoso, la coacción, incluido el uso de la fuerza física, y la influencia indebida. Tales prácticas vienen definidas y reguladas en los artículos 8 y 9 de la LCD.

Universidad Pontificia de Salamanca

Por su propia naturaleza, resulta evidente que su aplicación al ámbito *on line* será mínima, pues, en la mayoría de las situaciones se exigirá una presencia física simultánea por parte de empresario y consumidor para poder apreciar un grado de coacción suficiente que permita sustentar la deslealtad de la práctica concreta.

Sin embargo, de entre dicho catálogo de prácticas destacamos algunas situaciones que sí tienen una incidencia intensa en el ámbito on line, como son:

5. 1. Comunicaciones comerciales no deseadas

La deslealtad de esta práctica está regulada en el artículo 29.2 LCD, cuando dispone que "igualmente se reputa desleal realizar propuestas no deseadas y reiteradas por teléfono, fax, correo electrónico u otros medios de comunicación a distancia, salvo en las circunstancias y en la medida en que esté justificado legalmente para hacer cumplir una obligación contractual".

Del análisis de este artículo podemos concluir que, para poder ser considerada desleal la práctica descrita, deben concurrir dos requisitos relativos a la recepción de comunicaciones comerciales, que son, de un lado, que las propuestas sean no deseadas y, demás, reiteradas. En este caso, la Ley no nos ofrece una definición de lo que debe entenderse por propuestas 'no deseadas y reiteradas', por lo que habrá que estar a lo que determinen los tribunales en la práctica.

Ese mismo artículo, en su último párrafo establece que tal regulación debe entenderse sin perjuicio de lo establecido en la normativa vigente sobre protección de datos personales, servicios de la sociedad de la información, telecomunicaciones y contratación a distancia con los consumidores o usuarios, incluida la contratación a distancia de servicios financieros. Tal previsión nos lleva a lo contemplado en el artículo 21 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información (LSSI), que prohíbe el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas (comúnmente conocido como *spam*).

La LSSI sanciona el envío de comunicaciones comerciales no solicitadas previamente o expresamente autorizadas con antelación a su recepción, a diferencia de lo dispuesto en la LCD. Sin embargo, nada parece impedir que ambos preceptos puedan aplicarse conjuntamente en un caso de *spam*.

Universidad Pontificia de Salamanca

5. 2. Exhortación directa a niños

La segunda práctica agresiva que merece ser destacada en relación a las actividades comerciales desarrolladas a través de Internet es la que contempla el artículo 30 de la LCD (que se corresponde con el apartado 28 de la lista negra de la Directiva), consistente en "incluir en la publicidad una exhortación directa a los niños para que adquieran bienes o usen servicios o convenzan a sus padres u otros adultos de que contraten los bienes o servicios anunciados".

En este caso, la posibilidad que ofrecen las nuevas tecnologías de dirigir publicidad a unos determinados segmentos de usuarios, basándose para ello en la información obtenida a través de las *cookies* instaladas en sus equipos y terminales, permite, como no, el desarrollo de campañas publicitarias dirigidas especialmente a, por ejemplo, niños. Lejos ahora de entrar a valorar aquellos otros aspectos legales que pueden afectar a este tipo de prácticas, especialmente los relacionados con la privacidad de los usuarios, el precepto de la Ley que ahora nos ocupa sanciona la inclusión de textos o imágenes a través de los cuales se invite a los niños destinatarios de la publicidad a comprar los bienes promocionados o a requerir a los adultos a que lo hagan por ellos. Tales prácticas podrían consistir, por ejemplo, en la utilización de alegaciones imperativas tipo "¡cómpralo!" o "¡dile a tu papá que te lo regale!".

La finalidad de esta protección a este tipo de destinatarios ya se adelantaba en el Considerando 19 de la Directiva, en el que se señala lo siguiente: "Cuando determinadas características como la edad, una dolencia física o un trastorno mental o la credulidad hagan que los consumidores sean especialmente sensibles a una práctica comercial o al producto correspondiente y, con toda probabilidad, únicamente el comportamiento económico de tales consumidores sea susceptible de distorsión merced a la práctica en cuestión en un sentido que el comerciante pueda prever razonablemente, debe garantizarse que estén adecuadamente protegidos, para lo cual es necesario que la práctica se evalúe desde la perspectiva de un miembro medio de ese grupo".

Universidad Pontificia de Salamanca